

Voto Vogal

O Senhor Ministro Edson Fachin: Adoto o bem lançado relatório elaborado pelo e. Ministro Relator.

Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, que fixou, em sede de recurso especial submetido ao rito dos recursos repetitivos, a seguinte tese: "*Comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria.*"

Eis a ementa do julgado:

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. "AUXÍLIO-ACOMPANHANTE". ADICIONAL DE 25% (VINTE E CINCO POR CENTO) PREVISTO NO ART. 45 DA LEI N. 8.213/91. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE TERCEIRO. COMPROVAÇÃO. EXTENSÃO A OUTRAS ESPÉCIES DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA ISONOMIA. GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (NOVA IORQUE, 2007). INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DE ACORDO COM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. FATO GERADOR. BENEFÍCIO DE CARÁTER ASSISTENCIAL, PERSONALÍSSIMO E INTRANSFERÍVEL. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA FONTE DE CUSTEIO. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ART. 1.036 E SEGUINTE DO CPC/2015. RECURSO ESPECIAL DO INSS IMPROVIDO.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II – Cinge-se a controvérsia à possibilidade de extensão do "auxílio-acompanhante", previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91 aos segurados aposentados por invalidez, às demais espécies de aposentadoria do Regime Geral da Previdência Social – RGPS.

III – O “auxílio-acompanhante” consiste no pagamento do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício ao segurado aposentado por invalidez, que necessite de assistência permanente de terceiro para a realização de suas atividades e cuidados habituais, no intuito de diminuir o risco social consubstanciado no indispensável amparo ao segurado, podendo, inclusive, sobrepujar o teto de pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

IV – Tal benefício possui caráter assistencial porquanto: a) o fato gerador é a necessidade de assistência permanente de outra pessoa a qual pode estar presente no momento do requerimento administrativo da aposentadoria por invalidez ou ser-lhe superveniente; b) sua concessão pode ter ou não relação com a moléstia que deu causa à concessão do benefício originário; e c) o pagamento do adicional cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporado ao valor da pensão por morte, circunstância própria dos benefícios assistenciais que, pela ausência de contribuição, são personalíssimos e, portanto, intransferíveis aos dependentes.

V – A pretensão em análise encontra respaldo nos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, bem como na garantia dos direitos sociais, contemplados, respectivamente, nos arts. 1º, III, 5º, *caput*, e 6º, da Constituição da República.

VI – O Estado brasileiro é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque, de 2007, admitida com *status* de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição da República. Promulgada pelo Decreto n. 6.949/09, a Convenção, em seu art. 1º, ostenta o propósito de “(...) *promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente*”, garantindo, ainda, em seus arts. 5º e 28, tratamento isonômico e proteção da pessoa com deficiência, inclusive na seara previdenciária.

VII – A 1ª Seção desta Corte, em mais de uma oportunidade, prestigiou os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia com vista a iluminar e desvendar a adequada interpretação de dispositivos legais (REsp n. 1.355.052/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 05.11.2015 e do REsp n. 1.411.258/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.02.2018, ambos submetidos ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973).

VIII – A aplicação do benefício às demais modalidades de aposentadoria independe da prévia indicação da fonte de custeio porquanto o “auxílio-acompanhante” não consta no rol do art. 18 da Lei n. 8.213/91, o qual elenca os benefícios e serviços devidos aos segurados do Regime Geral de Previdência Social e seus dependentes.

IX – Diante de tal quadro, impõe-se a extensão do “auxílioacompanhante” a todos os aposentados que, inválidos, comprovem a necessidade de ajuda permanente de outra pessoa, independentemente do fato gerador da aposentadoria.

X – Tese jurídica firmada: “*Comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria .*”

XI – Recurso julgado sob a sistemática dos recursos especiais representativos de controvérsia (art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do RISTJ).

XII – Recurso Especial do INSS improvido.”

Reconhecida nesta Corte a repercussão geral do Tema em face de recurso extraordinário do INSS, vem o caso a julgamento.

O i. Relator, Min. Dias Toffoli propõe o provimento do RE, com modulação de efeitos e fixação de tese nos seguintes termos:

“Ementa Direito Previdenciário e Constitucional. Recurso Extraordinário. Sistemática da Repercussão Geral. Preliminar de conhecimento. Questão Constitucional. Debate originário. Superior Tribunal de Justiça. Ausência de Preclusão. Precedentes. Mérito. Auxílio. Acompanhante. Adicional de 25%. (Lei n. 8.213/1991, art. 45). Necessidade de assistência permanente de terceiro. Aposentadoria por invalidez. Extensão do benefício a outras modalidades de aposentadoria. Impossibilidade. Princípio da reserva legal. (art. 45 da Lei nº 8.213/91). Fonte de custeio. Distributividade. Recurso extraordinário provido.

1. Na dicção do art. 45 Lei nº 8.213/91, o benefício intitulado auxílio-acompanhante tem como destinatários os aposentados por invalidez, não sendo possível sua extensão para os demais segurados, beneficiários de outras modalidades de aposentadoria, em observância aos princípios da reserva legal, da distributividade e da regra de contrapartida.

2. Fixada a seguinte tese de repercussão geral: No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar ou ampliar benefícios e vantagens previdenciárias, não sendo possível, por ora, a extensão do auxílio da grande invalidez (art. 45 da Lei n. 8.213/91) a todas às espécies de aposentadoria .

3. Modulação dos efeitos da tese de repercussão geral, de forma a se preservarem os direitos dos segurados cujo reconhecimento judicial

tenha se dado por decisão transitada em julgado até a data deste julgamento.

4. Declaração de irrepetibilidade dos valores alimentares recebidos de boa-fé por força de decisão judicial ou administrativa até a proclamação do resultado deste julgamento.

5. Recurso extraordinário a que se dá provimento.”

Como bem ressaltou a decisão que reconheceu a repercussão geral do Tema 1095, a questão a qual se cinge o presente feito é saber se é constitucional a extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991 aos segurados do Regime Geral de Previdência Social que comprovarem a invalidez e a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria, uma vez que, pela Lei, a previsão resume-se, apenas, ao benefício de aposentadoria por invalidez.

Para o STJ, o risco social é equivalente na hipótese de aposentadoria por invalidez e nas hipóteses nas quais a invalidez surge após a aposentação.

De modo diverso comprehende o i. Relator, por entender ser impossível a extensão do benefício, diante dos princípios da seletividade e da legalidade estrita.

Em análise do feito, divirjo da posição externada pelo Relator, e adiro aos fundamentos lançados pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, para entender ser possível a extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991 aos segurados do Regime Geral de Previdência Social que comprovarem a invalidez e a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria.

A decisão impugnada assim assevera:

“Entretanto, após profunda reflexão sobre o tema e detido estudo acerca das espécies de benefícios previdenciários, conclui que a melhor exegese do art. 45 da Lei n. 8.213/91 autoriza o alcance do “auxílio-acompanhante” às demais modalidades de aposentadoria previstas no Regime Geral de Previdência Social, uma vez comprovadas a invalidez e a necessidade de ajuda permanente de outra pessoa para atividades cotidianas, tais como higiene ou alimentação.

Sob o prisma da dignidade da pessoa humana, do tratamento isonômico e da garantia dos direitos sociais, previstos, respectivamente, nos arts. 1º, III, 5º, *caput*, e 6º, da Constituição da República, tanto o aposentado por invalidez, quanto o aposentado por idade, tempo de contribuição ou especial, são segurados que podem, igualmente, encontrar-se na condição de inválidos, a ponto de necessitar da assistência permanente de terceiro.

Sublinhe-se, ademais, que o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque, de 2007, admitida com *status de emenda constitucional*, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição da República.

Promulgada pelo Decreto n. 6.949/09, a Convenção, em seu art. 1º, ostenta o propósito de " (...) *promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente* ", garantindo, ainda, em seus arts. 5º e 28, tratamento isonômico e proteção da pessoa com deficiência, inclusive na seara previdenciária:

Artigo 5

Igualdade e não-discriminação

1. Os Estados Partes reconhecem que ***todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.***

(...)

Artigo 28

Padrão de vida e proteção social adequados

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência.

2. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como:

(...)

e) ***Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria*** (destaques meus).

Colha-se, por oportuno, a lição do doutrinador e magistrado federal José Antonio Savaris que, interpretando o art. 45 da Lei n. 8.213 /91, à luz dos princípios e garantias constitucionais, concluiu pela possibilidade de extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) a todas as espécies de aposentadoria:

Imagine-se a situação hipotética de dois segurados aposentados que igualmente se encontram severamente incapacitados e absolutamente dependentes da assistência de outra pessoa para o exercício das atividades cotidianas básicas, como higienizar-se, alimentar-se, deambular etc, sendo o primeiro titular de aposentadoria por invalidez e o *segundo de uma aposentadoria por idade*. **Nessa situação**, o segurado titular de aposentadoria por invalidez - benefício que pressupõe período contributivo (carência) menor, averbe-se - fará jus ao adicional de 25%, entretanto o segurado aposentado por idade, exposto exatamente ao mesmo risco social de grave repercussão, não poderia receber aludido acréscimo destinado a suprir a despesa extraordinária, tendo comprometida a suficiência da prestação previdenciária de sua titularidade, o que viola o princípio da dignidade humana.

Note-se que estaríamos diante de segurados que se encontram afetados por idêntica contingência social, incapacidade total e permanente e necessidade de assistência permanente de outra pessoa, mas discriminariam, com a não concessão do adicional, àquele aposentado por idade. Ocorre que o dado formal (a espécie do benefício de titularidade do segurado) não é a variável a ser considerada, mas o dado substancial, qual seja, a incapacidade severa que faz depender de outra pessoa e, por conseguinte, de ter recursos adicionais para fazer frente a este grave risco social.

Trata-se, mutatis mutandis, de dar aplicabilidade à mesma ratio decidendi daquela adotada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 589963-PR, ocasião em que foi declarada a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso). Nesse significativo precedente, a Suprema Corte reconheceu a omissão parcial inconstitucional do aludido dispositivo legal, ante a "inexistência de justificativa plausível para a discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo".

Em suma, a interpretação restritiva do art. 45 da Lei implica interpretação que viola, a um só tempo, o princípio da vedação da proteção insuficiente de direito fundamental (Rcl 4374, Rei. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18.04.2013 DJ 04.09.2013), e o princípio da isonomia (RE 580963, Rei. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18.04.2013, DJ 14.11.2013).

Por essas razões, operando-se interpretação conforme à Constituição, deve-se compreender que o adicional de que trata o art. 45 da Lei 8.213/91 tem como pressuposto de concessão o fato de o segurado se encontrar incapacitado de modo total e permanente, necessitando ainda de assistência contínua de outra pessoa,

independentemente da aposentadoria de que seja titular (*Direito Processual Previdenciário*, 6^a ed. rev., atual. e ampl., Curitiba, Alteridade Editora, 2016, pp. 739, destaques meus).

(...)

Posto isso, ao instituir a possibilidade de acréscimo pecuniário de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício, o qual pode vir, inclusive, a sobrepujar o teto de pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o legislador ordinário não se orientou apenas pelo fato gerador da aposentadoria por invalidez, mas, precípua mente, pela proteção do risco social consubstanciado no indispensável amparo ao segurado, atribuindo-lhe o auxílio de terceira pessoa, buscando, assim, diminuir o impacto financeiro sobre o valor de seus proventos com a contratação de assistência permanente.

Ora, o aposentado por invalidez que recebe, por exemplo, o valor de R\$ 5.645,80 (cinco mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos), teto máximo dos benefícios pagos pelo INSS atualmente, tem direito ao adicional, nos termos da alínea *a*, parágrafo único, art. 45, da Lei n. 8.213/91.

Por outro lado, os segurados aposentados que percebem valores inferiores ao teto, na sua grande maioria, apenas 1 (um) salário-mínimo (R\$ 954,00 – novecentos e cinquenta e quatro reais – valor de 01.01.2018), e que, ao tornaram-se inválidos, precisem de auxílio permanente de outra pessoa, são obrigados a direcionar parte dessa renda mínima para suprir tal necessidade.

O segurado que recebe aposentadoria por tempo de contribuição, por idade ou especial acometido de limitações físicas e/ou mentais e que recebe 1 (um) salário-mínimo, encontra-se em situação de risco social da mesma maneira que o aposentado por invalidez, porém com a circunstância agravante de que, como não recebe o adicional de “grande invalidez”, terá que custear as despesas extras com a contratação de ajuda de terceiro, o que, por óbvio, será feito em detrimento de outras necessidades básicas como alimentação e moradia, e, em última análise, do chamado “mínimo existencial”, um dos principais efeitos da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, ressalte-se que a norma em comento não exige que a ajuda de outra pessoa seja imprescindível desde o início da percepção do benefício, revelando que, na hipótese de o segurado ter se aposentado por invalidez e, apenas posteriormente, passar a necessitar desse socorro, o adicional será aplicável.

Logo, em caso de invalidez superveniente do segurado aposentado com fundamento em outro fato gerador, o indivíduo

tornar-se-á pessoa portadora de deficiência, devendo ser, igualmente, contemplado com o adicional do art. 45 da Lei n. 8.213/91, caso seja imprescindível o auxílio de outra pessoa.”

A justificação da norma, portanto, indubitavelmente, é a tutela adequada da invalidez, a necessitar de elevados gastos com o auxílio permanente de uma terceira pessoa, ou seja, eleva-se o direito à manutenção da saúde e qualidade de vida como elemento autorizador da percepção do percentual legal.

Assento que esta Corte já levou em consideração, em assentada anterior, a necessidade de inclusão de outras hipóteses, a considerar o mesmo risco social, ao abrigo de previsão legal de norma assistencial, a ensejar um novo olhar à questão posta em julgamento:

“Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros

benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. **Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)** . 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

(RE 567985, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013)

Por meio da utilização de uma interpretação sistemática do dispositivo ora em análise, de modo a extrair-se dele uma latitude que concretize os princípios constitucionais, é possível depreender que o real escopo da norma é a proteção da vulnerabilidade gerada pela invalidez, em sua vertente econômico-financeira, representada pela redução da capacidade contributiva em decorrência da elevação das despesas com a manutenção da saúde do contribuinte, especialmente em se considerando que a circunstância de não necessitar do acompanhante no exato momento da aposentadoria por invalidez não desfigura o direito à percepção posterior do benefício, como bem ressaltou a decisão impugnada.

Portanto, com a devida vênia aos entendimentos em sentido contrário, não visualizo distinção a ponto de reduzir a dimensão protetiva da norma apenas àqueles inativados pela invalidez, pois não há diferença constitucionalmente aferível entre a redução da capacidade laborativa no momento da aposentadoria e aquela a acometer o inativo posteriormente.

Assim, a restrição hermenêutica do âmbito de aplicação da norma apenas à aposentação por invalidez representa quebra de isonomia, a ensejar, em meu sentir, a rejeição do apelo extraordinário e a manutenção do entendimento do STJ, em atenção aos princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da igualdade, pois, revelado o

escopo da norma em tutelar o risco social da invalidez com a necessidade de acompanhamento por terceiro, a ausência de diferenciação constitucionalmente aferível entre as espécies de inativação leva à impossibilidade de concretização dos ditames constitucionais, em especial a proteção do direito à saúde e da qualidade de vida.

Divirjo, portanto, do voto do i. Relator, negando provimento ao recurso extraordinário, mantendo a Tese fixada pelo c. STJ.

É como voto.