

VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator):

Discute-se nos autos a possibilidade de concessão do auxílio previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/91, intitulado “auxílio-acompanhante”, a todas as espécies de aposentadoria, e não só a decorrente de invalidez.

Em 8/8/2020, o Plenário desta Corte concluiu pela existência da repercussão geral da matéria constitucional versada nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.221.446/SP, de **minha relatoria**.

A questão constitucional a ser enfrentada por esta Corte no presente paradigma de repercussão geral é, portanto, a viabilidade de concessão do “auxílio-acompanhante” para todos os segurados aposentados que comprovarem a necessidade de ajuda permanente de terceiros para os atos de sua subsistência, sob à luz **dos princípios da dignidade da pessoa humana e isonomia**, previstos nos artigos 1º, inciso III, e 5º, **caput**, da Constituição Federal.

I. Questão preliminar: cabimento do recurso extraordinário em face de acórdão do STJ, no qual surgida a questão constitucional versada nos autos

Registre-se, preliminarmente, que não foi interposto recurso extraordinário contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, mas tão somente do *decisum* do STJ, o que, a princípio, afrontaria a jurisprudência desta Corte no sentido do não cabimento do recurso na hipótese de questão constitucional decidida no acórdão de segundo grau, o que poderia ensejar, em um primeiro juízo, o seu não conhecimento.

Todavia, no caso vertente, o acórdão regional não desafiaria a interposição do apelo extremo, porquanto não está fundamentado em questão constitucional, a qual surgiu tão somente por ocasião do julgamento do recurso especial, circunstância que afasta uma possível preclusão.

Neste caso, é cabível a interposição do apelo extremo em face de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça ante o surgimento da

questão constitucional, originariamente, naquela instância, situação que traduz a firme jurisprudência desta Corte. Vejamos:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU. NÃO-INTERPOSIÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO MOMENTO PRÓPRIO. ACÓRDÃO DO STJ. PRECLUSÃO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL.

2. O STF fixou jurisprudência no sentido de que, no atual sistema constitucional, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que, da decisão do STJ no recurso especial, só se admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária. Precedentes.

3. A questão constitucional que serviu de fundamento ao acórdão do Tribunal de segundo grau deve ser atacada no momento próprio, sob pena de preclusão.

Agravo regimental a que se nega provimento” (RE 518.257, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 2/5/08).

“DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RECURSO QUE NÃO ATACA TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO ESPECIAL. **ADMISSÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. QUESTÃO DIVERSA DO ACÓRDÃO DE SEGUNDO GRAU** . INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE REALIZADO POR DESEMBARGADOR QUE PARTICIPOU DO JULGAMENTO DO MÉRITO. IMPEDIMENTO NÃO CONFIGURADO.

1. A petição de agravo regimental não impugnou todos os fundamentos da decisão agravada. Nesses casos é inadmissível o agravo, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal. Precedente.

2. A jurisprudência desta Corte “ *é no sentido de que [d]o sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do STJ no recurso especial, só se admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária*”. Precedentes.

3. A orientação do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a controvérsia relativa à individualização da pena passa necessariamente pelo exame prévio da legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, vejam-se o AI 797.666-AgR, Rel. Min Ayres Britto; o AI 796.208-AgR, Rel Min. Dias Toffoli; e o RE 505.815-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sede de *habeas corpus*, é de que não se torna impedido o magistrado que tenha participado do julgamento do mérito e, posteriormente, negado seguimento ao recurso extraordinário. Precedentes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE 867.963, Primeira Turma, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 19/6/15) (Grifo nosso).

Atendidos os pressupostos recursais, conheço do presente apelo extremo e passo ao exame do mérito.

II. Mérito Recursal

II.1. Considerações iniciais sobre o Sistema de Seguridade Social delineado na Constituição Federal de 1988

De início, importa discorrer, ainda que sucintamente, sobre o conceito, a abrangência e os princípios aplicáveis à Seguridade Social, notadamente aqueles que servirão de fundamento para o deslinde da controvérsia posta nos autos.

Eis a dicção do art. 194 da Constituição Federal, **vide** : “ *A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*”.

Ibrahim define a seguridade social como uma

“rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna”.

Desse modo, é sabido ser a seguridade social composta por três programas sociais: **saúde, previdência e assistência social**. Porém, somente o sistema previdenciário possui caráter contributivo, isto é, há necessidade

de contribuição para que os segurados e seus dependentes usufruam dos benefícios previstos em lei.

Logo, em virtude da relevância e amplitude das áreas que a compõem, a seguridade social abarca um grande núcleo intangível dos direitos sociais fundamentais, razão pela qual o texto constitucional edificou os pilares para sua organização, conforme expresso no parágrafo único do art. 194 e seus respectivos incisos, dentre os quais destacarei os princípios da seletividade e distributividade que, nas lições de Aragonés

“De acordo com o princípio da seletividade o legislador ordinário fará a seleção dos benefícios e serviços que serão oferecidos pelo sistema. Está intimamente relacionado com a capacidade financeira, o que significa dizer que, tendo em vista o caixa da seguridade social, os benefícios e serviços serão prestados na medida de sua essencialidade, sempre partindo do mais essencial em direção ao menos essencial. Se admitirmos, por exemplo, que o benefício de auxílio-doença é mais essencial que o benefício de gratificação natalina – apenas para argumentar -, teremos que a seguridade social deve garantir antes o primeiro para depois garantir o segundo. Isso é seletividade. Na distributividade está uma das funções mais importantes do sistema, que é a redistribuição de renda. Distributividade, assim, é uma forma de realizar a justiça distributiva, oferecendo maior proteção social justamente à camada da sociedade mais necessitada. A seu respeito Wagner Balera afirma: ‘a distributividade faculta a escolha, pelo legislador, de prestações que – sendo direito comum a todas as pessoas - contemplam de modo mais abrangente os que se encontrem em maior estado de necessidade’”.

Outra norma que merece destaque para a solução da demanda, cujo objeto reside na possibilidade de extensão do art. 45 da Lei nº 8.213/91, é a **regra de contrapartida** disposta no § 5º do art. 195 da Constituição Federal, consistente na necessidade da **prévia fonte de custeio** para a criação ou extensão de benefícios, visando o equilíbrio financeiro do sistema previdenciário. Aliás, como dito alhures, esta é uma das características que diferenciam a previdência dos outros segmentos da seguridade social – saúde e assistência social.

Tendo em vista a imprescindibilidade da previdência social na vida dos indivíduos e por abarcar direitos sociais fundamentais, esta Corte já analisou diversas controvérsias relacionadas à matéria.

A propósito, trago à baila o que decidido na ADI 6327, da relatoria do Ministro **Edson Fachin**, na qual o Tribunal assentou ser a data da alta hospitalar da mãe ou do recém-nascido, o que ocorrer por último, o termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade.

Já no julgamento do RE 1.221.630 reafirmou-se a jurisprudência da Corte sobre constitucionalidade do fator previdenciário; e, por fim, no julgamento conjunto dos recursos extraordinário de nº 381.367, 827.833 e 661.256 o Plenário analisou os contornos do instituto da “desaposentação” e sua compatibilidade com o texto constitucional.

Aliás, tais lições, conquanto lançadas em discussão que tratava da possibilidade de desaposentação, bem se prestam à solução da controvérsia aqui instaurada, em que segurados aposentados, por motivos diversos de invalidez, pretendem o recebimento do adicional de 25% previsto no artigo 45 da Lei nº 8.213/91.

Naquele julgado (Tema 503, RE 381.367/RS, do qual fui redator para o acórdão), o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu pela necessidade de lei para criação de benefícios e vantagens previdenciárias, fixando a seguinte tese:

“No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação' ou à reaposentação, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”. (DJe de 14/12/20)

Por oportuno, transcrevo a ementa do aludido acórdão:

“Direito Constitucional. Direito Previdenciário. Desaposentação. Revisão da aposentadoria. Constitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91. Rejeição da tese da interpretação conforme para admitir a revisão do valor da aposentadoria. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

1. Recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a qual rejeitou a pretensão dos recorrentes de que fossem recalculados seus proventos de aposentadoria com base nos 36 últimos salários de contribuição, com o consequente reconhecimento da inconstitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91.

2. Nosso regime previdenciário possui, já há algum tempo, feição nitidamente solidária e contributiva.

3. Não se vislumbra nenhuma inconstitucionalidade na aludida norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, que veda aos aposentados que permaneçam em atividade, ou a essa retornem, o recebimento de qualquer prestação adicional em razão disso, exceto salário-família e reabilitação profissional.

4. A Constituição Federal dispõe que ficam remetidas à legislação ordinária, as hipóteses em que as contribuições vertidas ao sistema previdenciário repercutem, de forma direta, na concessão dos benefícios.

5. Recurso extraordinário que é julgado em conjunto com o RE nº 827833 e o RE nº 66125. Aprovada pelo Plenário da Suprema Corte a seguinte tese de repercussão geral: "No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8213/91".

6. Recurso extraordinário a que se nega provimento "

Trago, ainda, por esclarecedor, trecho do voto do e. Ministro **Edson Fachin** cujas razões, sobretudo as que repousam no postulado da reserva legal, se amoldam ao presente caso. **Vide :**

" Ao Poder Judiciário não é reconhecida a possibilidade de majoração de benefício previdenciário sem que se observe o princípio da reserva legal, tal como disposto na Constituição para o regramento dessa espécie de prestação social.

Como assentou o e. Ministro Celso de Mello no julgamento do RE 567.360-ED, ' essa orientação – que consagra a advertência de que o princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado (RTJ 184/1170-1172) - acha-se consubstanciada em inúmeros julgamentos proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (RTJ 189/747 – RTJ 190/685-686 – RTJ 195/635, v.g.)' .

No exercício da eleição dos critérios pelos quais se dará a proteção aos riscos escolhidos pela Constituição Federal no inciso I do artigo 201, o legislador reconheceu que o objetivo do Constituinte no que tange à proteção ao risco social da idade avançada foi devidamente protegido quando o trabalhador exerce o direito à aposentadoria após o preenchimento dos requisitos legais previstos na legislação.

Previu, portanto, legitimamente, no § 2º do artigo 18 da Lei 8.213 /91, que outro benefício não seria concedido, à exceção do salário-

família e da reabilitação profissional, pois a finalidade precípua do regime geral, que é a proteção do trabalhador aos riscos da atividade laborativa, já foi devidamente atingida com a concessão da aposentadoria. Alterar esse panorama é possível pela via legislativa. Foi opção do legislador ordinário que, a seu critério e obedecido o processo legislativo, pode conceder ou obstar um dado benefício previdenciário (no caso, a possibilidade de renúncia a um benefício), nos limites da lei.

Por essa razão, não acompanho a solução intermediária de cunho aditivo, **por entender que a Corte Constitucional não tem legitimidade para suprir ou suplantar a atuação legislativa na seara da proteção aos riscos previdenciários.**

Esse entendimento encontra assento no julgamento realizado pelo STF nos RREE 415.454 e 416.827, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, e nos acórdãos a seguir transcritos:

‘I. Benefício previdenciário: aposentadoria por invalidez concedida na vigência da redação original do art. 44 da L. 8.213/91, antes, portanto, da edição da L. 9.032/95: revisão indevida: aplicação à espécie, ‘mutatis mudandis’, da decisão plenária dos RREE 415.454 e 416.827, 8.2.2007, Gilmar Mendes. Ao julgar os RREE 415.454 e 416.827, Pleno, 8.2.2007, Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal decidiu que contraria a Constituição (art. 5º, XXXVI, e 195, § 5º), a decisão que defere a revisão para 100% do ‘salário de benefício’ das pensões por morte instituídas antes da vigência da L. 9.032/95, que alterou o art. 75 da L. 8.213/91, sob o qual ocorrera a morte do segurado. RE provido, conforme os precedentes, com ressalva do voto vencido do Relator deste. II. Ônus da sucumbência indevidos.’ (RE 495.042/AL, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE)

‘RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO - REVISÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS - INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.032/95 A BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DE SUA VIGÊNCIA - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO, NESSE DIPLOMA LEGISLATIVO, DE SUA APLICAÇÃO RETROATIVA - INEXISTÊNCIA, AINDA, NA LEI, DE CLÁUSULA INDICATIVA DA FONTE DE CUSTEIO TOTAL CORRESPONDENTE À MAJORAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO - VEDAÇÃO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os benefícios previdenciários devem regular-se pela lei vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos necessários à sua concessão.

Incidência, nesse domínio, da regra "tempus regit actum", que indica o estatuto de regência ordinariamente aplicável em matéria de instituição e/ou de majoração de benefícios de caráter previdenciário. Precedentes. - A majoração de benefícios

previdenciários, além de submetida ao postulado da contrapartida (CF, art. 195, § 5º), também depende, para efeito de sua legítima adequação ao texto da Constituição da República, da observância do princípio da reserva de lei formal, cuja incidência traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado. Precedentes. - Não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação da correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar na anômala condição de legislador positivo, transgredindo, desse modo, o princípio da separação de poderes. Precedentes. - A Lei nº 9.032/95, por não veicular qualquer cláusula autorizadora de sua aplicação retroativa, torna impertinente a invocação da Súmula 654/STF. (RE 567.360 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009)

No mesmo sentido: RE 499.157, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 29.05.07.

Em síntese, compreendo que caberá legislador ordinário, no exercício da sua competência legislativa e na ponderação com os demais princípios que regem a seguridade social e a previdência social, como a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, dispor sobre a possibilidade de revisão de cálculo de benefício já concedido, mediante aproveitamento de contribuições posteriores, ou seja, sobre a possibilidade da desaposentação.

(..)

A Constituição Federal prevê, ainda, que a seguridade social será organizada com base nos princípios, dentre outros, da universalidade da cobertura e do atendimento e na seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (artigo 194, incisos I e III).

A universalidade da cobertura e do atendimento significa que as prestações previstas pelo sistema da seguridade social devem ser destinadas àqueles que dela necessitem, da forma que se revelar a mais abrangente. Essa universalidade se traduz, no sistema de saúde e de assistência social, no atendimento das necessidades de todos os cidadãos, sem qualquer tipo de discriminação no atendimento. Em relação à previdência, o sistema deve abranger os trabalhadores de todas as categorias profissionais e protegê-los da maior gama de riscos.

Já o princípio da seletividade ‘*possibilita a ponderação de critérios de atendimento pela necessidade*’, autorizando que ‘*prestações específicas de saúde, previdência e assistência social podem ser destinadas de forma diferenciada*’ (TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário. 16ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015, pp. 4-5).

Para Luiz Claudio Flores da Cunha, o ‘*princípio da seletividade é aquele que propicia ao legislador uma espécie de mandato específico, com o fim de estudar as maiores carências sociais em matéria de seguridade social, e que ao mesmo tempo oportuniza que essas sejam priorizadas em relação às demais*’ (Princípios de Direito Previdenciário na Constituição da República de 1988. *in* Direito Previdenciário – Aspectos Materiais, Processuais e Penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 39).

Nesse contexto, o legislador constitucional, ao tratar especificamente da Previdência Social, dispôs no artigo 201, inciso I, os riscos que necessariamente devem estar cobertos pelo regime geral, mas no *caput* desse dispositivo atribuiu ao legislador infraconstitucional a responsabilidade de eleger os critérios pelos quais os riscos seriam protegidos.

Assim, dentro do espaço de conformação da legislação infraconstitucional, o legislador, com base em estudo do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, elegeu, na Lei 8.213/91, que dispôs sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, as regras e critérios a serem observados para a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada ”. (Grifos acrescentados)

É notório, como dito alhures, que nosso regime previdenciário rege-se, também, pelo **princípio da distributividade**, o qual remete ao legislador ordinário a escolha dos riscos sociais e segurados que serão atendidos por determinado benefício. Sendo assim, compreendo ser a criação ou extensão dos benefícios previdenciários uma opção política a ser exercida pelo legislador, momento e lugar adequados para a reflexão e análise sobre a questão.

Nessa linha de raciocínio, no voto em que proferi no citado RE 661.256/SC, consignei:

“Havendo, no futuro, efetivas e reais razões fáticas e políticas para a revogação dessas normas, ou mesmo para a instituição e a regulamentação do instituto da desaposentação, como foi também salientado na parte final do respeitável voto do eminente Ministro Relator, **o espaço democrático para esses debates há de ser respeitado, qual seja, o Congresso Nacional**, onde deverão ser discutidos os

impactos econômicos e sociais mencionados pelas partes e interessados não só nas sustentações orais mas também nos memoriais”.

Mister destacar, ainda, que o teor da Súmula Vinculante nº 37 [*“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”*] converge com a argumentação supracitada . Não obstante tratar-se de enunciado voltado aos servidores públicos, as razões se aplicam, **mutatis mutandis** , à solução da presente controvérsia.

Ademais, deve-se observar, também, a aplicabilidade da norma inserta no art. 195, § 5º, da Lei Fundamental [*Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total*] , no sentido de imprescindibilidade da prévia **fonte de custeio** no momento da constituição e ampliação dos benefícios previdenciários.

Nesse sentido, dada a pertinência para o debate travado nestes autos, permito-me a transcrição de trecho do voto do i. Ministro **Gilmar Mendes** proferido no julgamento do RE 661.256/SC:

“Nós não podemos esquecer que tivemos uma discussão aqui, muito ampla, a propósito desse tema, quando se tratou da pensão por morte, em que assentamos – e acredito que de forma bastante ampla, se não unânime – que essa regra do artigo 195, §5º, tem um significado que vai além de uma simples limitação ao legislador:

‘Art. 195

(...) § 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total’.

De fato, quando o Plenário do STF analisou o tema relativo à pensão por morte, no âmbito do RE 597.389 QO-RG, de minha relatoria, assim me pronunciei a respeito:

‘A Corte ainda assentou o entendimento de que a majoração de benefícios previdenciários, além de submetida ao postulado da contrapartida (CF, art. 195, § 5º), também depende, para sua legítima adequação ao texto da Constituição da República, da observância o princípio da reserva da lei formal, cuja incidência traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado. Por isso, não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob o fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício

previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação de correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar em legítima condição de legislador positivo, o que contraria o art. 2º da Constituição Federal'. (RE 597.389 QO-RG, de minha relatoria, DJe 21.8.2009)

Isso foi muito enfatizado naquele caso, para evitar que houvesse efeito retroativo na concessão. Mas essa não é uma vedação que se aplica tão somente ao legislador. Esse é um vetor hermenêutico que se aplica também ao intérprete. Se não se pode, pela via legislativa, criar benefício sem fonte de custeio, *quid* em relação à criação por via de esforço hermenêutico. Sendo assim, também não se pode pela via jurisprudencial. Sem dúvida nenhuma, a mim me parece que aqui, de fato, há um vetor hermenêutico que vale para o sistema como um todo, tal como nós entendemos, Ministro Fux, no Eleitoral, em relação ao princípio da anterioridade. Aquilo que se impõe ao legislador também se impõe ao tribunal enquanto intérprete. É importante, portanto, que se leve em conta esse aspecto". (DJe de 28/9/17)

II.2. Considerações sobre o caso concreto.

Delineados os contornos legais, doutrinários e jurisprudenciais que circundam o tema em questão, registro que, *in casu*, a Lei nº 8.213/91 previu o "auxílio-acompanhante", inclusive topograficamente, apenas para os aposentados por invalidez, conforme se extrai do artigo 45, **in verbis** :

" Seção V

Dos Benefícios

Subseção I

Da Aposentadoria por Invalidez

Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

Parágrafo único. O acréscimo de que trata este artigo:

- a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal;
- b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado;
- c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão".

Ao examinar o tema, o Tribunal **a quo** adotou a seguinte fundamentação:

“ 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 SEQUINTE 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".

Como visto, em observância aos princípios da legalidade/reserva legal e da distributividade, da regra da contrapartida e da firme jurisprudência desta Corte no sentido da imprescindibilidade de lei para criação e ampliação de benefícios ou vantagens previdenciárias, **entendo não ser possível a extensão do auxílio contido no art. 45 da lei nº 8.213/91, também chamado de auxílio de grande invalidez, para todos os segurados aposentados que necessitem de ajuda permanente para o desempenho de atividades básicas da vida diária.**

Além do mais, a meu ver, não obstante o louvável intuito de proteção às pessoas que precisam da ajuda permanente de terceiros, o entendimento externado no acórdão recorrido no sentido da possibilidade de extensão do “auxílio-acompanhante” para além da hipótese prevista em lei, sob à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, não encontra eco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, compreendo não prosperar o argumento de que o adicional da grande invalidez teria natureza assistencial e que por isso poderia ser concedido às demais espécies de aposentadoria. Primeiro porque para o deferimento dos benefícios assistenciais deve-se observar os requisitos legais, segundo porque seu caráter supostamente assistencial não afasta a exigência de previsão legal.

Nessa toada, caso o segurado preencha os requisitos para a concessão de benefício assistencial, certamente terá seu pleito atendido na seara pertinente.

Por fim, nas Leis nº 8.213/91 e 8.742/93, as quais tratam respectivamente, da previdência e assistência social, não há previsão deste auxílio para outras espécies de aposentadoria que não seja a decorrente de invalidez.

Ante o exposto, sugiro a definição da subsequente tese

“ No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar ou ampliar benefícios e vantagens previdenciárias , não havendo, por ora, previsão de extensão do auxílio da grande invalidez a todas às espécies de aposentadoria” .

Feitas tais considerações, passa-se à análise do **caso concreto** .

A recorrida, MARIA LUIZA DA FONSECA JAEGGE – aposentada por idade e beneficiária de pensão por morte do seu marido - ajuizou ação em face do recorrente, Instituto Nacional do Seguro Social, visando o

recebimento da parcela de 25% referente ao “auxílio-acompanhante” previsto para os segurados aposentados por invalidez.

O juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido, concedendo o acréscimo de 25% sobre o benefício da recorrida.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ante a incontroversa necessidade da autora de assistência de terceiros para os atos da vida diária, julgou improcedente o reexame necessário, mantendo a concessão do adicional de 25%.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, ao apreciar o caso, sob à ótica constitucional, negou provimento ao recurso especial do INSS e firmou 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.*”

Irresignada, a autarquia interpôs recurso extraordinário requerendo a reforma do acórdão com o objetivo de fixar a tese pela “*impossibilidade da extensão do adicional de 25% previsto no art. 45 da Lei 8.213/91 a outros benefícios previdenciários, além da aposentadoria por invalidez*”.

Com efeito, o acórdão recorrido está em desacordo com a firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual dou provimento ao recurso extraordinário.

III. Modulação dos efeitos e irrepetibilidade das parcelas recebidas de boa-fé.

É assente, neste colegiado, a possibilidade de aplicação do instituto da modulação de efeitos em processo subjetivo. Tal aplicação constitui, entretanto, medida extrema, a qual requer, consoante sólida jurisprudência, a existência de razões de **segurança jurídica** ou de **excepcional interesse social**.

Cabe ressaltar o caráter facultativo da modulação dos efeitos de decisão (§3º, art. 927 do CPC), conforme elucidou o Ministro **Edson Fachin** no RE nº 593.849/MG-ED-segundos, a quem peço vênias para citar,

“a modulação dos efeitos de decisão que altere compreensão iterativa do STF é **faculdade processual** do Plenário desta Corte, condicionado à presença de interesse social e em prol da segurança jurídica. **Não há, então, relação** de causalidade entre a mudança de entendimento e a adoção **da técnica do *prospective overruling***”.

Evidenciado o caráter não obrigatório, mas sim facultativo da modulação dos efeitos, incumbe perquirir, assim, a eventual presença dos requisitos da ameaça à segurança jurídica e/ou da existência de excepcional interesse social.

A exemplo do que ocorreu quando esta Corte analisou a questão da desaposentação (Tema nº 503 da repercussão geral), apesar de ter ficado vencido no ponto, tenho que é válido para este caso o mesmo entendimento formado por ocasião daquele julgamento.

Nessa conformidade, deve-se resguardar a segurança jurídica naqueles casos em que, tendo sido favorável a decisão àquele que se pretendia o recebimento do “auxílio-acompanhante”, já tenha se operado a preclusão máxima oriunda do **trânsito em julgado**. Todavia, os efeitos desse **decisum** devem ser observados a partir da data do julgamento do presente recurso.

Por outro lado, para aquelas situações em que a percepção do benefício decorre de decisão proferida em antecipação de tutela, a não ocorrência de ameaça à segurança jurídica é evidente, uma vez que o reconhecimento da concessão do adicional de 25% sobre o benefício previdenciário resulta de decisão de caráter precário, passível de revogação a qualquer tempo.

Por fim, entendo serem irrepetíveis os valores alimentares recebidos de boa-fé, sobretudo quando vinham sendo depositados por força de ordem judicial, ou seja, os segurados que vinham recebendo o adicional de 25% sobre seu benefício deferido pelo Poder Judiciário encontram-se isentos de qualquer obrigação de devolução dos valores recebidos até a proclamação do resultado deste julgamento. Nesse sentido, cito o seguinte precedente:

“Agravo interno em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União (TCU). Suspensão de pagamento de parcela decorrente de plano econômico. Devolução dos valores percebidos até o julgamento do **writ**. Descabimento. Agravo não provido. 1. A Suprema Corte já firmou o entendimento de que as verbas recebidas, até o julgamento do **writ**, em decorrência de planos econômicos – cujo pagamento teve sua ilegalidade reconhecida pela Corte de Contas em ato cancelado pelo STF - não são passíveis de devolução, em função dos princípios

da boa-fé e da segurança jurídica. Precedentes. 2. Agravo não provido” (MS nº 33.472/DF-AgR, Segunda Turma, de **minha relatoria** , DJe de 15/9/17).

“AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. URP. DEVOLUÇÃO DE PARCELAS RECEBIDAS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE ESPECÍFICO DO PLENÁRIO PARA SITUAÇÃO IDÊNTICA. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA.

1. Quando do julgamento do MS 25.430, o Supremo Tribunal Federal assentou, por 10 votos a 1, que as verbas recebidas em virtude de liminar deferida por este Tribunal não terão que ser devolvidas por ocasião do julgamento final do mandado de segurança, em função dos princípios da boa-fé e da segurança jurídica e tendo em conta expressiva mudança de jurisprudência relativamente à eventual ofensa à coisa julgada de parcela vencimental incorporada à remuneração por força de decisão judicial. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (MS nº 26.125/DF-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Edson Fachin** , DJe de 23/9/16).

“DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NATUREZA ALIMENTAR. RECEBIMENTO DE BOA-FÉ EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL. TUTELA ANTECIPADA REVOGADA. DEVOLUÇÃO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado, em decorrência de decisão judicial, não está sujeito à repetição de indébito, em razão de seu caráter alimentar. Precedentes.

2. Decisão judicial que reconhece a impossibilidade de descontos dos valores indevidamente recebidos pelo segurado não implica declaração de inconstitucionalidade do art. 115 da Lei nº 8.213/1991. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE nº 734.242 /DF-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. **Roberto Barroso** , DJe de 4/9/15).

IV. Dispositivo

Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para:

a) declarar a impossibilidade de concessão e extensão do “auxílio-acompanhante” para todas as espécies de aposentadoria, sugerindo a fixação da seguinte tese: *“No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar ou ampliar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão de extensão do auxílio da grande invalidez a todas às espécies de aposentadoria”;*

b) modular os 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;

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

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/06/2021 00:00