

21/06/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.221.446 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S)	: MARIA LUIZA DA FONSECA JAEGGE
ADV.(A/S)	: FELIPE DA SILVA SANTIAGO
INTDO.(A/S)	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP)
ADV.(A/S)	: GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN
AM. CURIAE.	: IAPE - INSTITUTO DOS ADVOGADOS PREVIDENCIÁRIOS - CONSELHO FEDERAL
ADV.(A/S)	: JOSE ENEAS KOVALCZUK FILHO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS - IEPREV
ADV.(A/S)	: ROBERTO DE CARVALHO SANTOS
AM. CURIAE.	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

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%. (art. 45 da Lei nº 8.213/1991). 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. Modulação de efeitos. Valores percebidos de boa-fé. 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,

RE 1221446 / RJ

não sendo possível sua extensão para os demais segurados, beneficiários de outras modalidades de aposentadoria, em observância dos princípios da reserva legal, da distributividade e da regra de contrapartida.

2. 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 do presente julgamento.

3. São irrepetíveis os valores alimentares recebidos de boa-fé por força de decisão judicial ou administrativa até a proclamação do resultado do presente julgamento.

4. 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”.

5. Recurso extraordinário a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário de 11 a 18/6/21, na conformidade da ata do julgamento e nos termos do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli, por maioria de votos, vencido o Ministro Edson Fachin e, parcialmente, o Ministro Marco Aurélio, que divergia quanto à modulação dos efeitos da decisão, apreciando o tema nº 1.095 da repercussão geral, em dar provimento ao recurso extraordinário para: a) declarar a impossibilidade de concessão e extensão do “auxílio -acompanhante” para todas as espécies de aposentadoria, com 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

RE 1221446 / RJ

transitada em julgado até a data deste julgamento; e c) declarar a irrepetibilidade dos valores alimentares recebidos de boa-fé por força de decisão judicial ou administrativa até a proclamação do resultado deste julgamento.

Brasília, 21 de junho de 2021.

Ministro Dias Toffoli
Relator

21/06/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.221.446 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S)	: MARIA LUIZA DA FONSECA JAEGGE
ADV.(A/S)	: FELIPE DA SILVA SANTIAGO
INTDO.(A/S)	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP)
ADV.(A/S)	: GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN
AM. CURIAE.	: IAPE - INSTITUTO DOS ADVOGADOS PREVIDENCIÁRIOS - CONSELHO FEDERAL
ADV.(A/S)	: JOSE ENEAS KOVALCZUK FILHO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS - IEPREV
ADV.(A/S)	: ROBERTO DE CARVALHO SANTOS
AM. CURIAE.	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) interpõe recurso extraordinário contra acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça sob o rito dos recursos repetitivos, o qual foi assim ementado:

“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

RE 1221446 / RJ

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 SEQUENTES 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

RE 1221446 / RJ

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

RE 1221446 / RJ

Previdência Social e seus dependentes.

IX – Diante de tal quadro, impõe-se a extensão do ‘auxílio-[a]companhante’ 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.”

Opostos embargos de declaração, eles não foram rejeitados.

No recurso extraordinário, o INSS sustenta violação dos arts. 1º, inciso III, 5º, 6º, 195, § 5º, 201 e 203 da Constituição Federal.

Em suas razões recursais, alega, preliminarmente, o conhecimento do recurso com base na iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser cabível o recurso extraordinário quando as questões constitucionais surgirem, originariamente, no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, o que teria ocorrido na espécie.

Para tanto, faz a seguinte ponderação:

“No ponto, cumpre observar que a violação aos dispositivos constitucionais surgiu originariamente no acórdão proferido pelo e. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial representativo de controvérsia, já que, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a lide foi decidida sob enfoque estritamente legal (consoante se verifica da ementa transcrita às fls. 2/3).”

Quanto ao mérito, a autarquia defende a impossibilidade de extensão do “auxílio-acompanhante” a todas as modalidades de

RE 1221446 / RJ

aposentadoria, pois a Lei nº 8.213/91, em observância ao princípio da isonomia, só previu a concessão do benefício para os casos decorrentes de invalidez. Nesse sentido, aduz o seguinte:

“Existe motivo que justifica a diferenciação, porque a aposentadoria por invalidez é algo não-esperado, não se espera a incapacidade, não se pode prevê-la. Veja-se a grande diferenciação quanto ao inesperado da situação: aquele que se torna inválido durante a atividade profissional passa a não ter recursos financeiros (salário) de forma repentina e imprevisível, sem assim poder se precaver tanto para o sustento próprio (daí a aposentadoria por invalidez) como para o eventual apoio de terceiros (acréscimo ora discutido). Já o aposentado por tempo de contribuição espera o momento da aposentação e os riscos próprios ao avanço da idade (doenças e mesmo invalidez), com possibilidade de programação e formação de patrimônio. A imprevisibilidade diferencia as espécies de benefício, o cálculo da RMI e a criação legal do acréscimo pela necessidade de apoio de terceiro.”

O recorrente obtempera que,

*“[d]e toda forma, é pacífico que o Judiciário não pode aumentar vencimentos sob o fundamento de isonomia. A Súmula Vinculante 37 (‘Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia’) vem sendo aplicada pelo STF também aos benefícios previdenciários (Ag Reg no Agravo de Instrumento 467.458/SP). Embora os benefícios previdenciários não sejam *vencimentos*, eles não são mais que uma *substituição da fonte de renda* do segurado e, tal qual os vencimentos, são *pagos pelos cofres públicos* e custeados por toda a sociedade. Por essa razão, a vedação constante da Súmula Vinculante n. 37 é igualmente aplicável à renda dos benefícios previdenciários (e não apenas aos vencimentos de servidores públicos).”*

RE 1221446 / RJ

A seguir, o INSS contrapõe-se ao fundamento do acórdão recorrido de que o “auxílio-acompanhante” teria natureza assistencial, sobretudo porque

“o acréscimo foi estabelecido dentro do arcabouço normativo do RGPS, que obedece à ótica do sistema contributivo estabelecido no artigo 201, *caput*, da Constituição Federal de 1988. A regra geral na ordem jurídica é que a obrigação acessória segue a natureza da obrigação principal, por estar intrinsecamente a ela vinculada. Neste sentido, considerando-se que o adicional (acessório) está previsto na Lei 8.213/91 como incremento à aposentadoria por invalidez (principal), e sendo essa um benefício previdenciário, não há nenhuma razão que justifique não possuir o adicional de 25% a mesma natureza previdenciária”.

Nesse ponto, destaca que

“[n]ão custa ressaltar que a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/1993), que é posterior à Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/1991), não prevê o acréscimo de 25%, donde é necessário concluir que o referido acréscimo não possui natureza assistencial”.

Assinala, ainda, o recorrente que é indevida a invocação à Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, porque as regras previdenciárias não estão nela incluídas nem podem dela ser extraídas. Além do mais, não se deve confundir pessoa inválida com pessoa com deficiência.

Por fim, tece considerações acerca da necessidade de aplicação do princípio da legalidade ao caso concreto:

“Com efeito, o princípio da reserva legal foi afrontado no exato momento em que o acórdão estendeu o acréscimo de 25% para todas as espécies de aposentadorias, não obstante expressa

RE 1221446 / RJ

previsão legal no sentido de que o adicional se restringe à aposentadoria por invalidez (art. 45 da Lei 8.213/91). Ora, se a lei diz que o acréscimo de 25% é *sobre o valor da aposentadoria por invalidez*, então é somente sobre essa espécie de aposentadoria que ele pode incidir. Afinal, *'devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia.'* (Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 2001, p. 204)

O r. acórdão recorrido entende que o juiz deve se antecipar ao legislador e atender às necessidades da realidade social. Ocorre que, quando se trata de direito previdenciário, não é possível pensar assim. O fundamento adotado encontra óbice no princípio da legalidade (CRFB/1988, artigos 5º, II, 37 e 201, *caput*). O juiz não pode se antecipar ao legislador na criação, extensão ou majoração de benefícios previdenciários, **pois regime previdenciário algum suportaria atitude ativista dessas proporções.** A realidade do sistema brasileiro já serve para demonstrar a rota para o colapso (não havendo sequer necessidade de invocar o exemplo da Grécia)."

Em contrarrazões, o **amicus curiae**, Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, suscita, preliminarmente, a ausência de violação frontal de dispositivo da Constituição Federal, haja vista que a matéria se restringe ao âmbito da legalidade do art. 45 da Lei nº 8.213/91.

No mérito, entende que seria possível a concessão do "auxílio-acompanhante" para todas as pessoas que necessitam de ajuda permanente de terceiros, porque, em sua visão, o auxílio possui natureza jurídica de benefício assistencial "destinado a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade, devendo, ainda, proteger a família, a velhice, entre outros fatores".

Aduz o seguinte:

"A decisão que estendeu o adicional de 25% a um aposentado que passou a sofrer de doença que lhe tornou incapaz de cuidar-se sozinho, levou em conta os direitos fundamentais à saúde, à vida e à dignidade, e, ainda, entendeu

RE 1221446 / RJ

o caráter social do adicional, para garantir uma melhor proteção social e bem-estar ao jurisdicionado e sua família.

Entendimento este que pode ser universalizado, sem violar o princípio da legalidade e/ou da reserva legal. Enfim, é possível a efetivação dos direitos sociais por meio da jurisdição constitucional. Nesse sentido, Lenio Luiz Streck¹:

‘De minha parte, sempre tenho defendido a possibilidade da utilização da *jurisdição constitucional* para realizar direitos fundamentais sociais (inclusive, de políticas públicas), criticando, com veemência, a objeção apresentada pela invocação da ‘reserva do possível.’”

Após análise dos autos, convencido de que a questão posta em discussão nesta lide apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, o Ministro **Luiz Fux**, Relator, reconheceu a repercussão geral da matéria. Em sessão realizada por meio eletrônico, o Plenário confirmou esse entendimento, tendo a ementa sido redigida nos seguintes termos:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. DENOMINADO AUXÍLIO-ACOMPANHANTE. ADICIONAL DE 25% (VINTE E CINCO POR CENTO) PREVISTO NO ARTIGO 45 DA LEI 8.213/1991 PARA OS SEGURADOS APOSENTADOS POR INVALIDEZ. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE TERCEIRO. CONTROVÉRSIA QUANTO À EXTENSÃO A OUTRAS ESPÉCIES DE APOSENTADORIA DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA ISONOMIA. GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. CONTRAPOSIÇÃO AOS LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. SÚMULA VINCULANTE 37. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E NECESSIDADE DE PRÉVIA FONTE DE CUSTEIO.

RE 1221446 / RJ

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO 8.002. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A TODOS OS PROCESSOS, INDIVIDUAIS OU COLETIVOS, EM QUALQUER FASE E EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL QUE VERSEM SOBRE O TEMA. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

O assunto foi inscrito como Tema nº 1.095 da Gestão da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte descrição:

“Constitucionalidade da 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”.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da República (PGR) opina pelo provimento do recurso extraordinário, consoante parecer assim ementado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1.095. ART. 45 DA LEI 8.213/1991. ADICIONAL DE 25%. EXTENSÃO. DEMAIS ESPÉCIES DE APOSENTADORIA. PREVISÃO LEGAL. FONTE DE CUSTEIO PRÓPRIA. AUSÊNCIA. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Recurso Extraordinário representativo do Tema 1.095 da sistemática da Repercussão Geral, referente à *‘constitucionalidade da 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’*.

RE 1221446 / RJ

2. No âmbito do Regime Geral da Previdência Social, para garantir a manutenção e o equilíbrio do sistema, somente a lei poderá instituir benefícios e vantagens previdenciárias.

3. A necessidade de fonte de custeio própria e a seletividade na prestação dos benefícios previdenciários visam à manutenção do sistema securitário, ao considerar a realidade atuarial e as limitações orçamentárias.

4. A extensão do adicional de 25%, previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, às demais formas de aposentadoria pelo Poder Judiciário implicaria a criação de um novo benefício sem previsão legal e sem fonte de custeio, ultrapassando o limite imposto pelo princípio da separação dos poderes.

5. Proposta de tese de repercussão geral: – É atribuição do Poder Legislativo o juízo sobre a extensão do adicional de 25%, previsto no art. 45 da Lei 8.213/1991, aos segurados do Regime Geral de Previdência Social independentemente da espécie de aposentadoria, tendo em conta os princípios da reserva legal e da necessidade de prévia fonte de custeio no contexto do equilíbrio atuarial do sistema previdenciário.

— Parecer pelo provimento do recurso extraordinário e pela fixação da tese sugerida.”

É o relatório.

21/06/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.221.446 RIO DE JANEIRO

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 às decorrente de invalidez.

Em 8/8/20, o Plenário desta Corte concluiu pela existência da repercussão geral da matéria constitucional versada nos autos do R E 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 da isonomia**, previstos nos arts. 1º, inciso III; e 5º, **caput**, da Constituição Federal.

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

Registro, preliminarmente, que não foi interposto recurso extraordinário contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, mas tão somente contra o **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 em acórdão proferido em segundo grau, o que poderia ensejar, em um primeiro juízo, o não conhecimento do recurso.

Todavia, no caso vertente, o acórdão regional não desafiaria a interposição do apelo extremo, porquanto ele não está fundamentado em questão constitucional. Questão dessa natureza surgiu tão somente por

RE 1221446 / RJ

ocasião do julgamento do recurso especial, circunstância que afasta uma possível preclusão.

Nesse 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. **Vide:**

“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 nº 518.257, Segunda Turma, Rel. Min. **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

RE 1221446 / RJ

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 nº 867.963, Primeira Turma, Rel. Min. **Roberto Barroso**, DJe de 19/6/15 - grifos nossos).

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

RE 1221446 / RJ

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: “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”.

Ibrahim¹ 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, é necessário haver 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 da distributividade, conforme as lições de Aragonés²:

“De acordo com o princípio da seletividade o legislador

1 IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. - 20 ed. - Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p5.

2 VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p 18.

RE 1221446 / RJ

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 a extensão de benefícios, visando ao equilíbrio financeiro do sistema previdenciário. Aliás, como dito alhures, essa é uma das característica 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 ela abarcar direitos sociais fundamentais, esta Corte já analisou diversas controvérsias relacionadas à matéria.

A propósito, trago à baila o que foi decidido na ADI nº 6.327, 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 recebimento

RE 1221446 / RJ

respectivo salário-maternidade.

Já no julgamento do RE nº 1.221.630, reafirmou-se a jurisprudência da Corte sobre constitucionalidade do fator previdenciário; e, por fim, no julgamento conjunto dos RE 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 para a solução da controvérsia aqui instaurada, na qual segurados aposentados, por motivos diversos de invalidez, pretendem o recebimento do adicional de 25% previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/91.

Naquele julgado (Tema nº 503, RE nº 381.367/RS, do qual fui redator do 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

RE 1221446 / RJ

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 ser esclarecedor, trecho do voto do Ministro **Edson Fachin**, cujas razões, sobremodo 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 –*

RE 1221446 / RJ

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

RE 1221446 / RJ

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

RE 1221446 / RJ

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

RE 1221446 / RJ

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 nossos).

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 dos segurados que serão atendidos por determinado benefício. Sendo assim, compreendo ser a criação ou extensão dos benefícios previdenciários uma opção política a

RE 1221446 / RJ

ser exercida pelo legislador, em momento e lugar adequados para a reflexão e análise sobre a questão.

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

“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 citada. Não obstante se tratar 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], sendo, portanto, imprescindível a prévia **fonte de custeio** no momento da constituição e a ampliação dos benefícios previdenciários.

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

RE 1221446 / RJ

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

RE 1221446 / RJ

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 art. 45 da norma:

“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:

RE 1221446 / RJ

“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 SEQUENTES 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,

RE 1221446 / RJ

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

RE 1221446 / RJ

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 auxílio-acompanhante 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, da reserva legal e da distributividade, da regra da contrapartida e da firme jurisprudência desta Corte no sentido da imprescindibilidade de lei para a criação e a 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, a 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, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, não encontra eco na jurisprudência do Supremo

RE 1221446 / RJ

Tribunal Federal.

Outrossim, compreendo não prosperar o argumento de que o adicional da grande invalidez teria natureza assistencial e que, por isso, ele poderia ser concedido às demais espécies de aposentadoria. Primeiro, porque, para o deferimento dos benefícios assistenciais, devem-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 desse auxílio para outras espécies de aposentadoria que não sejam as decorrentes 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, passo à análise do **caso concreto**.

A recorrida, Maria Luiza da Fonseca Jaegge – aposentada por idade e beneficiária de pensão por morte de seu marido -, ajuizou ação em face do recorrente, Instituto Nacional do Seguro Social, visando ao 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%.

RE 1221446 / RJ

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, ao apreciar o caso, sob à óptica 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 (art. 927, § 3º, do CPC), conforme elucidou o Ministro **Edson Fachin** no RE nº 593.849/MG-ED-segundos, a quem peço vênica para citar trecho de seu voto:

“[A] modulação dos efeitos de decisão que altere compreensão iterativa do STF é **faculdade processual** do Plenário desta Corte, condicionado à presença de interesse

RE 1221446 / RJ

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 eu 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 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 judícia; 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 os seguintes precedentes:

“Agravos internos em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União (TCU). Suspensão de pagamento de parcela

RE 1221446 / RJ

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 chancelado 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

RE 1221446 / RJ

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.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.221.446 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S)	: MARIA LUIZA DA FONSECA JAEGGE
ADV.(A/S)	: FELIPE DA SILVA SANTIAGO
INTDO.(A/S)	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIARIO (IBDP)
ADV.(A/S)	: GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN
AM. CURIAE.	: IAPE - INSTITUTO DOS ADVOGADOS PREVIDENCIARIOS - CONSELHO FEDERAL
ADV.(A/S)	: JOSE ENEAS KOVALCZUK FILHO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS - IEPREV
ADV.(A/S)	: ROBERTO DE CARVALHO SANTOS
AM. CURIAE.	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É imprópria a modulação dos efeitos do acórdão. A providência surge extravagante. Tem-se instituto voltado ao atendimento de situações excepcionalíssimas. Não cabe concluir – sobretudo em processos de natureza subjetiva – pela atribuição de eficácia prospectiva a pronunciamento do Tribunal, dando-se o dito pelo não dito, para salvar-se situação concreta conflitante com a Constituição Federal.

Valho-me de trecho do artigo “A modulação dos efeitos da decisão: análise e crítica ao instituto”, de minha autoria:

[...] O acionamento irrestrito ao instituto pode acarretar verdadeira quebra na observância da organicidade do Direito. Articula-se com a preservação da segurança jurídica, quando,

RE 1221446 / RJ

na verdade, potencializa-se o conflito, conferindo ao Supremo papel que a ele institucionalmente não compete. Pretende-se proteger situações tidas por consolidadas, a partir de norma contrária à Constituição Federal.

(A modulação dos efeitos da decisão: análise e crítica ao instituto. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coord.). *Estudos de direito processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 817-827.)

O § 3º do artigo 927 do Código de Processo Civil prevê que, “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. O preceito consagra a boa-fé, a confiança no Estado-juiz, e remete a possibilidade, faculdade do Colegiado, a ser implementada à luz do interesse social e da segurança jurídica. O caso não é de molde a caminhar-se ao temperamento do que proclamado, no que os pronunciamentos anteriores do Supremo não revelam superação de enfoque, ausente o exame de mérito da controvérsia.

Divirjo parcialmente do Relator, quanto à modulação dos efeitos da decisão.

21/06/2021

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.221.446 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S)	: MARIA LUIZA DA FONSECA JAEGGE
ADV.(A/S)	: FELIPE DA SILVA SANTIAGO
INTDO.(A/S)	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP)
ADV.(A/S)	: GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN
AM. CURIAE.	: IAPE - INSTITUTO DOS ADVOGADOS PREVIDENCIÁRIOS - CONSELHO FEDERAL
ADV.(A/S)	: JOSE ENEAS KOVALCZUK FILHO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS - IEPREV
ADV.(A/S)	: ROBERTO DE CARVALHO SANTOS
AM. CURIAE.	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

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

RE 1221446 / RJ

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.

RE 1221446 / RJ

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

RE 1221446 / RJ

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

RE 1221446 / RJ

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

RE 1221446 / RJ

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

RE 1221446 / RJ

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

RE 1221446 / RJ

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 discriminaríamos, 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

RE 1221446 / RJ

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*, 6ª 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, precipuamente, 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

RE 1221446 / RJ

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:

RE 1221446 / RJ

“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**

RE 1221446 / RJ

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

RE 1221446 / RJ

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.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.221.446

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL (00000/DF)

RECDO.(A/S) : MARIA LUIZA DA FONSECA JAEGGE

ADV.(A/S) : FELIPE DA SILVA SANTIAGO (107585/RJ)

INTDO.(A/S) : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIARIO
(IBDP)

ADV.(A/S) : GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN (52057/PR, 18200/SC, 356A/SE)

AM. CURIAE. : IAPE - INSTITUTO DOS ADVOGADOS PREVIDENCIARIOS -
CONSELHO FEDERAL

ADV.(A/S) : JOSE ENEAS KOVALCZUK FILHO (56101/PR, 19657/SC)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS - IEPREV

ADV.(A/S) : ROBERTO DE CARVALHO SANTOS (92298/MG)

AM. CURIAE. : UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 1.095 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para: a) declarar a impossibilidade de concessão e extensão do "auxílio-acompanhante" para todas as espécies de aposentadoria, com 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; e c) declarar a irrepetibilidade dos valores alimentares recebidos de boa-fé por força de decisão judicial ou administrativa até a proclamação do resultado deste julgamento, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin e, parcialmente, o Ministro Marco Aurélio, que divergia quanto à modulação dos efeitos da decisão. Falaram: pelo recorrente, o Dr. Vitor Fernando Gonçalves Cordula, Procurador Federal; e, pelo interessado, o Dr. André Luiz Moro Bittencourt. Plenário, Sessão Virtual de 11.6.2021 a 18.6.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli,

Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e
Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário