

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5016675-53.2014.404.7100/RS

AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

O Ministério Público Federal - MPF propôs a presente ação civil pública postulando, inclusive em antecipação da tutela, a condenação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a pagar o 'adicional de que trata o art. 45 da Lei 8.213/91 a todos os aposentados e pensionistas que necessitem da assistência permanente de outra pessoa', em âmbito nacional, mesmo para benefícios distintos da aposentadoria por invalidez, a exemplo da decisão da 5ª Turma do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos da AC 0017373-51.2012.404.9999, relator o Des. Federal Rogerio Favreto, D.E. 13.09.2013.

As causas de pedir foram assim resumidas na própria inicial:

O pedido do Ministério Público Federal tem por base três fundamentos nucleares: (1) a concessão do adicional objeto do feito tão somente aos aposentados por invalidez pelo INSS fere os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana; (2) fere também o direito, de status constitucional, à assistência financeira estatal especificamente para fazer frente aos 'gastos ocasionados pela deficiência', previsto na Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa Com Deficiência; (3) a possibilidade da prolação de sentenças aditivas deve superar o dogma do legislador positivo.

O MPF alegou que é inconstitucional a conduta do INSS de não reconhecer 'o mesmo direito às demais categorias de aposentados e aos beneficiários de pensão, realizando uma interpretação restritiva do enunciado do art. 45 da LBPS em detrimento de uma interpretação constitucional do dispositivo'. Ademais, há 'omissão parcial inconstitucional' na legislação, por não contemplar a pretensão aqui postulada e por inexistir motivo que autorize a distinção combatida, isto é, o pagamento do adicional de 25% apenas aos aposentados por invalidez.

A falta do adicional também implicaria violação do princípio da dignidade da pessoa humana, pois privaria os demais beneficiários do mínimo existencial.

Para resolver esse vício, que não constitui omissão legislativa total, afirmou ser necessário o reconhecimento de que a lei 'vai além do que a Constituição manda' e que o Poder Judiciário deve agir para a salvaguarda e efetivação dos direitos fundamentais, de forma independente do Poder Legislativo, como consequência da crise da democracia representativa.

Indeferida a medida liminar no evento 3 e determinada a citação do INSS.

O INSS contestou no evento 17, alegando, preliminarmente, (i) a incompetência deste Juízo Federal no que toca ao pagamento do adicional para benefícios de natureza acidentária, por força da exceção contida no artigo 109, I, da Constituição; (ii) a ilegitimidade ativa do MPF para demandar coletivamente direitos individuais patrimoniais e disponíveis; (iii) a inadequação procedimental, porque a matéria debatida não está incluída entre aquelas taxativamente elencadas no artigo 1º da Lei nº 7.347/1985; (iv) a impossibilidade jurídica do pedido, pois a pretensão somente pode ser atendida mediante a declaração de inconstitucionalidade com redução do texto do artigo 45 da Lei nº 8.213/1991 - LBPS.

No mérito, a autarquia defendeu que o adicional é previsto legalmente apenas para a aposentadoria por invalidez, inexistindo omissão a ser sanada e não havendo espaço para a intromissão do Poder Judiciário na execução dessa política pública, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. A distinção estabelecida na lei é pertinente e adequada, consistindo numa 'proteção extra para fazer frente a um evento de aposentação inesperado, já que decorrente da invalidez', conforme autoriza o artigo 201, § 1º, da Constituição. Invocou a limitação de o juiz não atuar como legislador positivo, citando precedentes do Supremo Tribunal Federal - STF.

Sustentou que o artigo 195, § 5º, da Constituição veda a criação ou majoração de benefício sem a correspondente fonte de custeio e que o provimento do pedido resultaria em quebra do equilíbrio atuarial do sistema (Constituição, art. 201, caput), podendo implicar no desembolso de quantia superior a R\$ 4 bilhões por mês.

Ademais, o pagamento do adicional para outros beneficiários teria cunho eminentemente assistencialista, não estando abarcado nas atribuições constitucionais do INSS, 'limitadas ao desenvolvimento da Política de Previdência Social, conforme disposto no artigo 201 da Constituição'.

Por fim, citou julgados de Tribunais Regionais Federais contrários ao pedido de extensão do adicional de 25% para diferentes tipos de benefícios, sendo que o precedente do TRF na inicial ainda não é definitivo, pois está pendente o julgamento dos embargos infringentes.

Requeru, na hipótese de procedência da demanda, a sua restrição aos limites da competência territorial da Subseção Judiciária de Porto Alegre/RS e o início dos efeitos financeiros apenas com o trânsito em julgado.

Os autos vieram conclusos para sentença.

II - FUNDAMENTAÇÃO

1. Preliminares

1.1 Incompetência

Indefiro a preliminar, pois, ainda que benefícios de origem acidentária sofram o efeito da decisão deste processo, o acidente de trabalho e o benefício dele decorrente não constituem o objeto da presente lide, que é circunscrito à extensão de um adicional de 25% à renda mensal das aposentadorias por tempo de contribuição, especial, por idade e pensão por morte quando o favorecido necessitar da assistência permanente de outra pessoa.

Não se trata, portanto, de uma **típica causa de acidente de trabalho**, excluída da competência da Justiça Federal no artigo 109, I, da Constituição.

Essa distinção foi realizada pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ em casos análogos, para definir a competência da Justiça Federal para causas de concessão ou revisão de pensões, ainda que originárias de acidente de trabalho, pois as específicas circunstâncias desse acidente não interferem na relação jurídica previdenciária debatida. Isto é, na hipótese da pensão, independente de a morte do segurado ter ocorrido por acidente de trabalho, o objeto da lide resume-se aos demais requisitos do benefício, como a qualidade de segurado e a condição de dependente, não configurando ação acidentária típica. Confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE, DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. ENTENDIMENTO SUFRAGADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Na linha dos precedentes da Terceira Seção do STJ, a concessão e a revisão de pensão por morte, independentemente das circunstâncias do falecimento do segurado, são de natureza previdenciária, e não acidentária típica, o que torna competente a Justiça Federal para o processo e o julgamento do feito, afastando-se a aplicação da da Súmula 15/STJ (CC 62.531/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJU 26/03/2007, entre outros).

II. Decisão do Relator que conheceu do Conflito de Competência, para declarar competente o Juízo Federal do Juizado Especial de Ribeirão Preto, Seção Judiciária do Estado de São Paulo, o suscitante.

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no CC 113.675/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 18/12/2012)

A mesma situação é observada nesta ação, pois se busca o pagamento do adicional para todos que necessitarem do auxílio permanente de uma pessoa, não importando a causa, se por doença, acidente comum ou acidente de trabalho.

Logo, é competente a Justiça Federal.

1.2 Ilegitimidade ativa do MPF

Indefiro a preliminar, aplicando as jurisprudências do STF e do STJ, reconhecendo a legitimidade ativa do MPF para a propositura de ação civil pública pertinente a benefícios previdenciários:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Ação civil pública. Interesses individuais homogêneos de relevância social. Legitimidade ativa do Ministério Público para seu ajuizamento reconhecida.

1. Em ações civis públicas em que se discutem interesses individuais homogêneos, dotados de grande relevância social, reconhece-se a legitimidade ativa do Ministério Público para seu ajuizamento. 2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacífica, nesse sentido. 3. Agravo regimental não provido. (STF, RE 475010 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/08/2011, DJe-187 DIVULG 28-09-2011 PUBLIC 29-09-2011 EMENT VOL-02597-02 PP-00185)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. OMISSÃO VERIFICADA. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM EFEITOS MODIFICATIVOS, PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que o Ministério Público detém legitimidade processual para propor ação civil pública que trate de matéria previdenciária, em face do relevante interesse social envolvido. Precedentes.

2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para negar provimento ao recurso especial.

(STJ, EDcl no AgRg no REsp 1064075/RS, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 12/04/2013)

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. De acordo com a jurisprudência atual desta Corte, o Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação judicial que vise a defesa de direitos individuais homogêneos tendo em vista o relevante interesse social na causa.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no REsp 1174005/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013)

1.3 Inadequação procedimental

Indefiro a preliminar, afinal as Cortes Superiores admitem a legitimidade do MPF para ações civis públicas previdenciárias e, por conseguinte, a adoção dessa via para a veiculação da matéria, ainda que não expressamente elencada no artigo 1º da Lei nº 7.347/1985.

1.4 Impossibilidade jurídica do pedido

O INSS alegou a impossibilidade jurídica do pedido, porque a pretensão somente poderia ser atendida mediante a declaração de inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.213/1991 com redução do texto.

Entretanto, a declaração de inconstitucionalidade não é vedada no ordenamento jurídico, muito pelo contrário, é admitida tanto pelo controle concentrado, de competência privativa do STF, como pelo controle difuso, a cargo dos magistrados das demais instâncias.

A preliminar liga-se, na verdade, à possível inadequação da ação civil pública para o exercício do controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF assentou as seguintes balizas:

(i) não é cabível a ação civil pública que tenha por objeto a declaração de inconstitucionalidade frente à Constituição da República, pois o efeito erga omnes, típico dessa demanda, significaria a usurpação da competência privativa do STF para o controle concentrado de constitucionalidade: RE 503630 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 20/08/2013, acórdão eletrônico DJE-181 divulg. 13-09-2013 public. 16-09-2013 e Rcl 1503, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/2011, DJe-029 divulg. 09-02-2012 public. 10-02-2012 ement. vol-02644-01 PP-00001;

(ii) admite-se, na ação civil pública, o exame incidenter tantum da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a fim de dirimir a pretensão veiculada na inicial pertinente a um bem da vida, ou seja, a providência última almejada, e não a simples declaração de inconstitucionalidade: RE 372571 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, acórdão eletrônico DJE-081 divulg. 25-04-2012 public. 26-04-2012 e RE 645508 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/11/2011, acórdão eletrônico DJE-235 divulg. 12-12-2011 public. 13-12-2011.

Na prática, para aplicar esse entendimento com exatidão nos casos concretos, convém empregar os critérios expostos em outros acórdãos da Corte Constitucional, a saber:

(i) haverá usurpação da competência do STF se a causa de pedir limitar-se à argüição de inconstitucionalidade e o pedido restringir-se à declaração da inconstitucionalidade: AI 557291 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 28/09/2010, DJe-248 divulg. 16-12-2010 public. 17-12-2010 ement. vol-02453-01 PP-00231;

(ii) haverá simples exercício da competência do juízo de primeiro grau para o controle difuso da constitucionalidade da lei ou ato normativo quando isso 'figurar como antecedente lógico-jurídico dos pedidos condenatórios ao depois formulados': Rcl 1897 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO (PRESIDENTE), Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 public. 01-02-2011 ement. vol-02454-01 pp-00039 lexstf v. 33, n. 386, 2011, p. 143-150.

Pois bem, na presente ação civil pública, o MPF deduziu o **pedido condenatório** de extensão do pagamento do adicional de 25% na renda de outros benefícios previdenciários, além da aposentadoria por invalidez, referida no artigo 45 da LBPS, tendo invocado a **inconstitucionalidade** do tratamento discriminatório apenas como **causa de pedir**. Assim, o caso ajusta-se perfeitamente aos julgados do STF que autorizam o manejo da ação civil pública,

sendo a inconstitucionalidade analisada *incidenter tantum*, sem usurpar a competência daquela Corte.

Indefiro a preliminar.

2. Mérito

O artigo 45 da Lei nº 8.213/1991 tem a seguinte redação:

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.

A pretensão deduzida nesta ACP, de estender para outros benefícios o adicional de 25% previsto no citado artigo da LBPS, já é bem conhecida na Justiça Federal e, quase unanimemente, não tem encontrado guarida, segundo demonstram os julgados abaixo transcritos originários de todos os Tribunais Regionais Federais:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE OUTRA PESSOA. ACRÉSCIMO DE 25% (VINTE E CINCO POR CENTO) PREVISTO NO ART. 45 DA LEI 8.213/91. INAPLICABILIDADE.

1. '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)'. (art. 45 da Lei 8.213/91). 2. Sendo o autor titular do benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de serviço, ele não faz jus ao acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, cuja vantagem se destina exclusivamente aos segurados aposentados por invalidez que necessitem da assistência permanente de outra pessoa e não pode ser estendida a outras espécies de benefícios previdenciários, à minguada de previsão legal. 3. Apelação desprovida. (TRF1, AC 200438000001962, DESEMBARGADORA FEDERAL NEUZA MARIA ALVES DA SILVA, SEGUNDA TURMA, e-DJF1 DATA:20/04/2012, p. 118)

I- A DIB do benefício é de 1/7/1969, logo, anterior à promulgação da Constituição e o art. 202 deste diploma legal, pelo princípio da irretroatividade da lei, só se aplica aos benefícios posteriores a outubro de 1988. II- O art. 45, da Lei 8.213/91, ao conceder um acréscimo de 25% ao valor do benefício daqueles que necessitem de assistência permanente, se refere à aposentadoria por invalidez, não sendo possível aplicá-lo nas hipóteses de aposentadoria por tempo de serviço. III- Agravo Interno do Autor desprovido.

(TRF2, AGTAC 200451015371995, Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::31/10/2007 - p. 265)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CARACTERIZADA. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS, SEM EFEITO INFRINGENTE.

- (...). - A denegação do adicional de 25% previsto no artigo 45 da LBPS à parte autora não implica violação aos princípios da isonomia (artigo 5º, caput, da CF) ou mesmo da distributividade e seletividade (artigo 194, § único, III, da CF) ou ainda da uniformidade e equivalência dos benefícios (artigo 194, § único, da CF), pois recebe aposentadoria especial. - Não há que se falar em isonomia ou uniformidade, já que as aposentadorias por invalidez e especial possuem fatos geradores diversos, merecendo por isso tratamento desigual. - Quanto à

seletividade e distributividade, a Lei nº 8.213/91 atende a ambos os princípios, pois estabelece em quais situações o segurado fará jus ao adicional de 25%, restringindo-o apenas à hipótese de aposentadoria por invalidez. - Embargos de declaração a que se dá parcial provimento, para declarar o julgado, sem efeito infringente.

(TRF3, APELREEX 00026271120124039999, JUIZ CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS, - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/12/2013)

PREVIDENCIÁRIO. ACRÉSCIMO DE 25% PREVISTO NO ART. 45 DA LEI 8.213/91. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INAPLICABILIDADE.

1. O dispositivo do art. 45 da Lei 8.213/91 prevê a possibilidade de acréscimo de 25% ao valor percebido pelo segurado, quando este necessitar de assistência permanente de outra pessoa, apenas nos casos de aposentadoria por invalidez. 2. A extensão do benefício a casos outros que não a aposentadoria por invalidez viola os princípios da legalidade (artigo 5º, II e 37, caput, da Constituição da República) e da contrapartida (artigo 195, § 5º, da Constituição Federal). 3. A falta de igual proteção a outros beneficiários com igual necessidade de assistência não constitui necessária lacuna ou violação da igualdade, pela razoável compreensão de que ao inválido o grau de dependência é diretamente decorrente da doença motivadora do benefício - isto não se dando automaticamente nos demais benefícios previdenciários. 4. A extensão do auxílio financeiro pela assistência ao inválido para outros benefícios previdenciários é critério político, de alteração legislativa, e não efeito de inconstitucionalidade legal.

(TRF4, AC 0022944-66.2013.404.9999, Sexta Turma, Relator Néfi Cordeiro, D.E. 12/02/2014)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE OUTRA PESSOA. ACRÉSCIMO DE 25%. ART. 45 DA LEI 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE. CONVERSÃO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DOENÇA SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. ATO JURÍDICO PERFEITO. 1. Segundo o art. 45 da Lei nº 8.213/91, o aposentado por invalidez que necessitar da assistência permanente de outra pessoa fará jus a um acréscimo de 25% no valor do benefício. O mesmo acréscimo não foi previsto para os outros tipos de aposentadoria. Daí porque não pode o Judiciário estender a vantagem a outros casos, sob pena de comprometer o equilíbrio atuarial e financeiro do sistema previdenciário. 2. Tampouco é possível converter a aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria por invalidez para, em seguida, conceder o acréscimo. Afinal, a concessão de aposentadoria se constitui em ato jurídico perfeito, de forma que a autarquia previdenciária não pode ser compelida a rever tal ato sem que seja apontada nenhuma irregularidade. 3. Apelação a que se nega provimento.(TRF5, AC 00051577520124058400, Desembargador Federal Edílson Nobre, Quarta Turma, DJE - Data::21/02/2013 - p. 350)

No momento, a matéria tem despertado mais atenção em virtude do acórdão do TRF da 4ª Região na Apelação Cível e Reexame Necessário nº 0023183-70.2013.404.9999, Relator Desembargador Rogerio Favreto, Quinta Turma, D.E. 28/02/2014. Nesse julgado, foi determinada a extensão do adicional de 25% a beneficiária de aposentadoria por idade, mantendo-se a sentença de procedência do Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Sarandi/RS, no exercício da competência delegada.

Ainda não ocorreu o trânsito em julgado dessa decisão, tendo sido opostos recursos extraordinário e especial pelo INSS em 26.05.2014, que aguardam análise da admissibilidade.

Pois bem, apesar dos relevantes fundamentos nos votos do Desembargador Federal Rogerio Favretto e do Juiz Federal Roger Raupp Rios favoráveis à pretensão da aposentada, entendo que a **melhor técnica está com a**

tradicional solução em sentido contrário já reiteradamente adotada nos cinco TRFs.

Para justificar tal entendimento, valho-me das precisas razões no voto vencido da Juíza Federal Carla Carla Evelise Justino Hendges nesse mesmo julgado da Quinta Turma do E. TRF da 4ª Região (0023183-70.2013.404.9999), que consistiu na repetição do voto vencido do Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira em caso análogo, a AC 0017373-51.2012.404.9999, Quinta Turma, também da relatoria do Desembargador Rogerio Favreto, D.E. 13/09/2013:

O caput do artigo 45 da Lei 8.213/91 estabelece que 'o valor da aposentaria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25%'.

Parece-me que a concessão da vantagem postulada não decorre de uma simples interpretação da norma. A norma expressamente deixa de contemplar o benefício de aposentadoria por tempo de serviço ou contribuição. De igual maneira, a hipótese não é de analogia, seja ela analogia legis ou analogia juris, na definição de Karl Larenz, que é utilizada também por Carlos Maximiliano. A extensão do acréscimo de 25% aos casos de aposentadoria, assim, implica reconhecimento da invalidade parcial da norma. Em outras palavras, acarreta reconhecimento da inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, ou seja, a redução para excluir a menção à aposentadoria por invalidez. Esta constatação, assim, estaria a reclamar o respeito à cláusula do full bench ou cláusula da reserva de plenário, na linha, a propósito, do que estabelece a Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal.

De qualquer sorte, não diviso inconstitucionalidade na norma.

Com efeito, estabelecido o pressuposto de que passa a questão pela análise da constitucionalidade da disposição que restringiu a aplicação do acréscimo somente aos casos de aposentadoria por invalidez, resta que se verifique se caracterizada ofensa à Constituição Federal, ou, em um sentido mais amplo, ao ordenamento jurídico vigente - notadamente aquela com status constitucional. E de rigor o reconhecimento da mácula desta norma somente se justificaria no caso em apreço, em última análise, com base em possível afronta ao princípio da isonomia.

Não me parece, todavia, que haja igualdade de situação entre o caso do segurado que desempenha atividade laborativa se depara com a contingência da incapacidade -e assim tem deferida aposentadoria por invalidez-, e o caso do aposentado que, tempos após obter sua aposentadoria por idade, tempo de serviço ou contribuição, vem a ficar doente ou sofrer acidente. Diversas as bases fáticas, o legislador não está obrigado a tratar os casos de forma idêntica.

Veja-se que a concessão do adicional no caso da denominada 'grande invalidez' não decorre da Constituição; não é determinada pela Constituição Federal. Assim, não ofenderia a Constituição Federal a Lei 8.213/91 se não tivesse sequer criado este acréscimo previsto em seu artigo 45. Não se pode, assim, afirmar que inconstitucional a norma porque não contemplou outros benefícios que não a aposentadoria por invalidez que está prevista expressamente no art. 45.

A propósito, a se entender que a criação da vantagem não poderia se restringir à aposentadoria por invalidez, a sua extensão deveria ser feita a todos os benefícios previstos no artigo 201 da Constituição Federal, que é a regra matriz de tudo o que dispõe no particular a Lei 8.213/91. Não haveria por que deixar de contemplar, por exemplo, o auxílio-doença e a pensão, pois a necessidade de amparo de terceira pessoa pode atingir também, eventualmente, os titulares dos referidos benefícios.

Quanto à convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, não nego sua força normativa. Pelo contrário, tem o referido ato força normativa e isso decorre inclusive do nosso sistema, notadamente após o advento da Emenda 45/2005. Não vejo no referido texto da

convenção, disposição que contemple específica determinação para concessão de proteção adicional a segurado aposentado, que, em rigor, já está amparado pelo sistema.

Por outro lado, a se entender que o acolhimento do pedido não dependeria de declaração de inconstitucionalidade parcial da norma com redução de texto, mas sim decorreria de extensão do direito nela previsto a situação diversa, avultaria, a meu sentir, um outro problema. É que o reconhecimento do direito à vantagem para os casos de aposentadoria por tempo de serviço ou contribuição, não adviria, neste caso, de mera interpretação extensiva, mas sim de processo de integração, mediante analogia, uma vez que partindo de norma existente, que regula caso diverso, se estaria a conceder a vantagem a pessoas que estão em outra situação. Com efeito, no caso não se trataria simplesmente de aplicação de norma a situação concreta, de modo a solver litígio instaurado acerca de bem da vida disputado por dois sujeitos relacionados juridicamente. A analogia seria utilizada para reconhecer direito no caso de situação que o legislador claramente não contemplou, pois o art. 45, como já disse, é claro, ele estabelece: 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). O processo integrativo não se mostra apropriado, parece-me, quando a norma é taxativa.

Não cabe ao julgador sindicat os fundamentos de política jurídica que levaram o legislador a criar a norma; pode apenas analisar a sua compatibilidade à luz do ordenamento constitucional. Nesse ponto, não só pode como deve. Mas a sua atuação como legislador positivo no caso, conquanto não seja totalmente inviável, até consoante precedentes do Supremo Tribunal Federal, deve se reservada a situações muito especiais, notadamente quando a omissão estatal na produção legislativa esteja a inviabilizar direito que decorre ictu oculi da Constituição Federal.

Não me parece que esta seja a situação em foco, de modo que a atuação como legislador positivo, de toda sorte, não se mostraria adequada. Ou seja: só cogitaria de afastamento da norma se reconhecida a inconstitucionalidade com redução de texto. Não diviso, entretantes, essa inconstitucionalidade e, ainda que se reputasse que seria caso de aplicação analógica da norma, se estaria a criar, na verdade, uma nova norma para contemplar uma situação não prevista pelo legislador, o que não seria possível porque não decorre da Constituição esta determinação no caso concreto.

Oportuna também a transcrição do voto vista proferido pelo Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal por ocasião do julgamento por esta Turma do processo 0020609-17.2008.404.7100:

A norma legal do artigo 45 da Lei 8.213/91 pode discriminar, atribuindo o adicional apenas à aposentadoria por invalidez porque: (a) em várias outras situações há distinção entre os requisitos e os tipos de benefício de aposentadoria; (b) a própria renda inicial do benefício é diferenciado, conforme o tipo de benefício (sendo que no caso da aposentadoria por invalidez essa renda inicial é de 100%, enquanto em outras aposentadorias é variável).

Além disso, (c) existe motivo fático que justifique a discriminação porque a aposentadoria por invalidez é algo não-esperado, não se espera a incapacidade, não se pode prevê-la, ao contrário das outras aposentadorias que são relativamente previsíveis (a idade é certa; o tempo de contribuição também é certo). A lei pode discriminar, tratando de forma privilegiada apenas quem tenha se aposentado por invalidez, e não todo e qualquer benefício previdenciário ou toda e qualquer aposentadoria. Pode ser que um aposentado por idade ou por tempo de contribuição também venha a necessitar do benefício adicional, mas a lei não lhe dá esse direito e nisso não há discriminação.

Em suma, tenho que, a despeito dos relevantes fundamentos do eminente Relator, o direito invocado não encontra amparo no ordenamento jurídico. Assim, peço vênica para adotar a linha que norteou precedentes desta Corte. Refiro aqui AC nº 1999.04.01.1053417, da 5ª Turma, Rel. Juíza Ana Paula de Bortoli, AC 2006710006619, 6ª T., Rel. Des. Aurvalle. No mesmo sentido os seguintes precedentes da 1ª e da 2ª Região: AC 200438000001962, 2ª Turma TRF1, Rel. Des. Neuza Maria Alves da Silva e AGTAC 200451015371995, 2ª T Especializada TRF2, Rel. Des. Messod Azulay Neto.

Conforme destacado nesse voto, a **legislação previdenciária contempla múltiplas distinções**, conforme o tipo de benefício, a idade e o sexo do segurado e o trabalho por ele realizado.

Por exemplo, para a aposentadoria por tempo de contribuição é exigido o mínimo de trinta anos de contribuição para a mulher, enquanto o homem deve trabalhar mais cinco anos (Constituição, art. 201, § 7º, I). Já na aposentadoria especial, em virtude de o trabalhador ter ficado exposto a agentes nocivos, tanto do homem quanto da mulher o requisito do tempo de serviço é o mesmo (25, 20 ou 15 anos, conforme o agente nocivo; Lei nº 8.213/1991, art. 57), ou seja, não existe a distinção pelo sexo, favorecendo a mulher.

No auxílio-doença, a renda mensal tem coeficiente de 91% do salário-de-benefício, inferior ao da aposentadoria por invalidez, que é de 100% (LBPS, arts. 61 e 44). Apesar de o auxílio-doença ser devido para casos de invalidez temporária, a prática registra o pagamento desse benefício por muitos anos sem interrupção. Isto é, durante largo período de tempo o segurado incapaz para o trabalho recebe renda inferior à de outro segurado também incapaz, mas titular de aposentadoria por invalidez.

Na pensão por morte, hoje a renda mensal é de 100% do salário-de-benefício (LBPS, art. 74), mas esse coeficiente variou na legislação ao longo dos anos, o que motivou a propositura de milhares de ações judiciais a fim de que o coeficiente maior atual fosse estendido aos benefícios antigos com coeficiente menor. Pretensão que acabou rechaçada no STF, entendendo-se que a lei nova não retroage para regular os benefícios anteriores (RE 415454, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2007, DJe-131 DIVULG 25/10/2007).

Em todos esses exemplos pode ser invocada a mesma linha de argumentação do MPF na petição inicial a fim de ser ampliada a renda mensal do benefício ou mitigado algum requisito.

Com efeito, a mesma proporcionalidade em favor da mulher no tempo mínimo para a aposentadoria por tempo de contribuição deveria ser observada na aposentadoria especial, sob pena de 'omissão parcial inconstitucional' na legislação, afinal os motivos que justificam a redução do tempo para beneficiar a mulher em comparação ao homem também se fazem presentes na aposentadoria especial.

No auxílio-doença, o simples fato do seu pagamento ser temporário não poderia justificar uma renda mensal inferior à da aposentadoria por invalidez, porque a incapacidade para o trabalho ocorre por motivos alheios à vontade do trabalhador e a necessidade de recursos econômicos para a vida com dignidade é a mesma em ambos os casos.

Já o aumento do coeficiente da pensão na legislação atual (100%) pode ser interpretado como o reconhecimento pelo legislador de que esse é o valor necessário à manutenção da vida digna do trabalhador e sua família, pelo que o coeficiente menor era inconstitucional, ao não propiciar a proteção inscrita no artigo 201, § 2º, da Constituição.

Ademais, o adicional de 25% da aposentadoria por invalidez não é previsto para o auxílio-doença, nem mesmo para o benefício de prestação continuada da Lei Orgânica de Assistência Social - LOAS - Lei nº 8.742/1993, mais uma vez estabelecendo, no pensar de alguns, inconstitucional discriminação.

Por fim, o salário mínimo nacional é de R\$ 724,00 (Decreto nº 8.166/2013), mas pesquisas apontam que deveria ser equivalente a R\$ 2.748,22 (Dieese,), a fim de satisfazer todos os objetivos previstos no artigo 7º, IV, da Constituição. Diante da evidente insuficiência do salário mínimo legal, pode-se defender a elevação do seu valor por decisão judicial, como corolário direto da citada norma constitucional.

Enfim, foram alegados esses exemplos para ressaltar que há espaço na argumentação jurídica mais moderna para justificar qualquer providência via atuação do Poder Judiciário. Aliás, o Supremo Tribunal Federal assim tem procedido declarando a inconstitucionalidade até de Emendas à Constituição sob o manto da aplicação da razoabilidade, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, não raro invadindo, data vênua, o legítimo espectro confiado ao legislador de escolha entre diferentes opções (cito, *v.g.*, a derrubada pelo STF, nas ADIs 4.357 e 4.425, julg. em 14.03.2013, da compensação prevista no art. 100, § 9º, da Constituição, incluído pela EC 62/2009).

No entanto, a Constituição da República ainda consagra a tradicional doutrina da separação dos Poderes, qualificando-a como harmônica (art. 2º), para o bem do Estado Democrático de Direito. Caso contrário, é instalada a balbúrdia institucional, causando grave insegurança jurídica, resultado sempre indesejado.

Por fim, o adicional previsto no artigo 45 da LBPS tem nítida **natureza previdenciária**, porquanto visa proteger o trabalhador de uma incapacidade agravada, a ponto de requerer o acompanhamento e auxílio permanente de alguém.

Via de regra, não existe fonte de custeio específica para cada benefício, isto é, um tributo exclusivo para fazer frente às despesas da aposentadoria por tempo de contribuição, outro para a aposentadoria por idade, outro para a pensão e assim por diante. Logo, a falta de previsão na lei de contribuição própria para o pagamento do adicional de 25% na aposentadoria por invalidez nada significa quanto à definição da sua natureza jurídica, se previdenciária ou assistencial.

Ao contrário, a pretensão do MPF de ampliar o pagamento do adicional pelo beneficiário do INSS necessitar do acompanhamento permanente de uma pessoa, sem qualquer vinculação ao fato que originou o benefício, resultaria na criação de uma típica medida de **assistência social**. Assim, uma vez que a assistência social não está fundada em bases contributivas e na filiação da pessoa a alguma particular função do Estado, como a Previdência Social, o adicional também deveria ser pago a todas as pessoas inválidas que necessitem de cuidados permanentes de terceiros, mesmo que não seguradas ou beneficiárias da Previdência Social. Aliás, a pretensão do MPF cria um privilégio, pois esse adicional - de natureza assistencial - seria pago a pessoas que já recebem uma prestação do Estado (aposentadoria ou pensão), deixando desamparadas justamente as mais necessitadas, que igualmente dependem de cuidados especiais, mas não recebem prestação alguma do Poder Público por não serem pobres a ponto de terem direito ao benefício de prestação continuada da LOAS ou recebem tal benefício mas sem o adicional, porquanto igualmente não previsto na respectiva lei.

Mesmo a extensão desse adicional por ato do legislador implicaria em inconstitucionalidade por idêntico motivo: criação de benefício assistencial cuja premente necessidade material não é um dos seus requisitos, mas sim a vinculação à previdência pública. Nesse cenário, haveria flagrante discriminação imotivada e a ordem judicial ampliando a abrangência do adicional também às pessoas amparadas pela assistência social estaria de acordo com a Constituição, quer dizer, a inconstitucionalidade deveria ser resolvida com provimento jurisdicional ampliativo e não restritivo.

Concluindo, a distinção na lei é adequada, porque a incapacidade para o trabalho é requisito que diferencia a aposentadoria por invalidez, enquanto a necessidade da assistência permanente de uma pessoa está diretamente relacionada a esse fato - ser incapaz para o trabalho, havendo perfeita relação entre a prestação previdenciária e o seu adicional de 25%, a fim de proteger o trabalhador do referido risco social (Constituição, art. 201, I). A universalização dessa cobertura depende, inexoravelmente, de lei.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, indefiro as preliminares e resolvo o mérito do processo, **julgando improcedentes os pedidos** (CPC, art. 269, I).

Sem custas e honorários advocatícios (art. 18 da Lei n. 7.347/1985).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Havendo apelação(ões) tempestiva(s), tenha-se-a(s) por recebidas em ambos os efeitos. Intime(m)-se a(s) parte(s) contrária(s) para apresentação de contrarrazões. Juntados os eventuais recursos e as respectivas contrarrazões

apresentadas no prazo legal devem ser os autos remetidos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Decorrido o prazo legal para recursos voluntários, remetam-se os autos ao Egrégio TRF, por força do reexame necessário determinado pelo artigo 19 da Lei n. 4.717/1965, na interpretação do STJ: REsp 1108542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19/05/2009, DJe 29/05/2009.

Transitada em julgado, dê-se baixa e arquivem-se os autos.

Porto Alegre, 30 de maio de 2014.

Carlos Felipe Komorowski
Juiz Federal Substituto

Documento eletrônico assinado por **Carlos Felipe Komorowski, Juiz Federal Substituto**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.jfrs.jus.br/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **11243812v4** e, se solicitado, do código CRC **BE643EE8**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): CARLOS FELIPE KOMOROWSKI:2574

Nº de Série do Certificado: 1DBD751D4B637CAE

Data e Hora: 30/05/2014 15:59:29