

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: MÍNIMO EXISTENCIAL *VERSUS* RESERVA DO POSSÍVEL - UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS¹

Beatriz Nunes Lira Braga²

Resumo: O advento do Neoconstucionalismo, no século XX, trouxe consigo uma nova ideologia moderna a ser cumprida em meio a um Estado Democrático de Direito: a concretização de prestações materiais prometidas para a sociedade. Entre estas, encontram-se os Direitos Fundamentais, especialmente aqueles que se alocam na dimensão dos direitos sociais, nos quais se insere a previdência social, escopo principal deste trabalho. Diante de infinitas necessidades sociais existentes e dos limitados recursos para seu cumprimento, materializou-se a Teoria da Reserva do Possível, segundo a qual, frente a recursos escassos, o Estado deve alocá-los para satisfazer determinadas prestações sociais em detrimento de outras, que inexoravelmente sairão prejudicadas, a fim de que se garanta um ‘Mínimo Existencial’. Este trabalho buscou analisar as soluções aplicadas pelos tribunais brasileiros quando diante do conflito entre a concretização do direito à previdência social como um dos pilares fundamentais da dignidade da pessoa humana e a reserva do possível, a qual envolve os princípios do equilíbrio financeiro e atuarial e da prévia fonte de custeio do sistema previden-

¹ Artigo extraído de trabalho de conclusão de curso, apresentado como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas – FACISA, aprovado com grau máximo pela banca examinadora composta pelo orientador, Prof. Antônio Marcos Almeida e membros, Profa. Me. Ana Carolina Gondim e Prof. Herry Charriery, em 14 de dezembro de 2015.

² Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas – FACISA.

ciário, através do uso da pesquisa bibliográfica, baseando-se, principalmente, em pesquisas doutrinárias, fontes secundárias e materiais complementares. Quanto aos objetivos, a pesquisa foi baseada no método de abordagem explicativo e analítico-descritivo, pois submergiu o estudo e a avaliação de informações disponíveis para explicar o presente. Refletir sobre a temática aqui referida no atual contexto histórico, político, social e econômico, é uma tarefa de grande relevância científica, pois não há consenso no meio jurídico sobre a legitimidade de concessão/majoração pelo Poder Judiciário de benefícios previdenciários sem amparo legal e sem a prévia fonte de custeio. Assim, dentro dos embates jurídicos, em que teses e contratações foram apreciadas, diversos argumentos erigiram ao longo deste trabalho, mas destaque-se especialmente o de que a dignidade da pessoa humana deve sobrepor-se quando em conflito com princípios como o da legalidade e o da reserva do possível.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Direito à Previdência Social.

Abstract: The advent of new constitutionalism in the twentieth century, brought with it a new modern ideology to be fulfilled in the middle of a democratic state: the realization of material benefits promised to society. Among these fundamental rights are, especially those that are allocated in the dimension of social rights in which it operates social security, the main scope of this work. Faced with endless existing social needs and limited resources for enforcement, materialized in the Theory of Possible Reserve, according to which, faced with scarce resources, the state must allocate them to meet certain benefits over others, which inexorably leave harmed in order to be guaranteed a 'Minimum Existential'. This work aims to analyze the solutions applied by Brazilian courts when faced with

the conflict between the realization of the right to social security as a fundamental pillar of human dignity and the reserve for contingencies, which involves the principles of financial and actuarial balance and previous source of funding system pension, by use of bibliographic research, basing, mainly, on doctrinal research, secondary sources and supplementary materials. As to the objectives, the research was based on the explanatory and analytical-descriptive approach method because submerged the study and evaluation of information available to explain this. Reflect on the theme referred to herein in the present historical context, political, social and economic, is a task of great scientific importance because there is no consensus in the legal community about the legitimacy of granting/increase by the judiciary of pension benefits without legal support and without the prior source of funding. Subject to legal clashes, in which thesis and in contrast thesis were appreciated, various arguments erected throughout this work, but it should be highlighted especially that the dignity of the human person must overlap when in conflict with principles such as legality and possible reserve.

Keywords: Fundamental Rights. Possible reserve. Existential minimum. Right to Social Security.

1 INTRODUÇÃO



Este trabalho pretende analisar a concretização do direito à previdência social sob a ótica dos princípios da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e da reserva do possível, referindo-se, principalmente, à insuficiência das prestações previdenciárias para suprir as necessidades básicas dos indivíduos e a conseqüente busca por soluções através do Poder Judiciário, o qual torna-se responsável pela solução do conflito:

Mínimo Existencial *versus* Reserva do Possível.

O advento do Neoconstitucionalismo, no século XX, trouxe consigo uma nova ideologia moderna a ser cumprida diante de um Estado Democrático de Direito: a concretização de prestações materiais prometidas para a sociedade. Entre estas, encontram-se os Direitos Fundamentais, especialmente aqueles que estão situados na dimensão dos direitos sociais, nos quais se insere a previdência social, escopo principal deste trabalho.

Nesta perspectiva, os referidos Direitos Fundamentais necessitam de ações positivas e materiais da Administração Pública para que sejam efetivados. Diante de infinitas necessidades sociais existentes e dos limitados recursos para seu cumprimento materializou-se na Alemanha a Teoria da Reserva do Possível, segundo a qual, frente a recursos escassos, o Estado deve alocá-los para satisfazer determinadas prestações sociais em detrimento de outras, que inexoravelmente sairão prejudicadas, a fim de que se garanta um ‘Mínimo Existencial’.

Em reiteradas notícias têm sido constatado a situação de indivíduos, protegidos ou não pelo sistema previdenciário, que encontram-se sem condições de ter uma vida que se possa chamar de digna segundo os parâmetros trazidos pela Constituição Federal de 1988. São, por exemplo, os pensionistas universitários que se veem desamparados ao completarem 21 anos de idade; o menor sob guarda que, após a modificação do §2º, do art. 16, da Lei n. 8.213/91, pela Lei n. 9.528/97, não mais faz jus à pensão por morte instituída pelo falecimento de seu guardião; e, os aposentados por idade, por tempo de contribuição e por tempo de contribuição especial que, não obstante necessitem de assistência permanente de outra pessoa, não têm direito a receber o adicional de 25%, de que trata o art. 45, da Lei 8.213/91, no valor de seu benefício por não haver previsão legal específica para tanto.

Assim, o problema surge quando a insuficiência das

prestações previdenciárias não conseguem suprir as necessidades básicas dos indivíduos, fazendo com que surja a insatisfação da sociedade através de demandas que deságuam no judiciário, e o princípio da Reserva do Possível, que, no Brasil, assim como no berço alemão, deveria ser meio efetivador do 'Mínimo Existencial' e, em consequência, do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, diante de uma limitação real e inevitável, passa a ser uma forma de a Administração Pública se escusar da prestação de serviços tão importantes como são os Direitos Fundamentais, indispensáveis para uma vida digna.

A reserva do possível aplicada ao direito previdenciário brasileiro está diretamente ligada ao princípio da prévia fonte de custeio, segundo o qual, de acordo com o §5º, do art. 195, da CRPF/88, “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio”. Dessa forma, discorrer sobre a Reserva do Possível remete-nos diretamente a questão dos recursos disponíveis, não podendo olvidar que o Poder Público tem o dever constitucional de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, e, por conseguinte, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Este trabalho pretendeu contribuir com as atuais discussões acerca da Previdência Social como um dos pilares de concretização da dignidade da pessoa humana, sob a ótica do mínimo existencial, da reserva do possível e do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário brasileiro, bem como com a análise de casos concretos que envolvam indivíduos que necessitam desta prestação do Estado para sobreviver.

Diante disso, buscou como objetivo geral analisar as soluções aplicadas pelos tribunais brasileiros quando diante do conflito entre a concretização do direito à previdência social como um dos pilares fundamentais da dignidade da pessoa humana e a reserva do possível, a qual envolve os princípios do equilíbrio financeiro e atuarial e da prévia fonte de custeio do

sistema previdenciário. Pretendendo ainda conceituar os princípios da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial aplicados ao direito previdenciário. Abordar a efetivação do Mínimo Existencial diante da Reserva do Possível, como institutos garantidores da dignidade humana. Além de observar a plausibilidade da concessão ou majoração judicial de benefícios previdenciários sem que haja previsão legal de prévia fonte de custeio, considerando o atual regramento jurídico-constitucional, legal, principiológico, doutrinário e jurisprudencial do Direito Previdenciário.

As questões que nortearam o desenvolvimento deste trabalho estão centradas nas seguintes problemáticas: Levando em consideração o conjunto de regras e princípios que regem atualmente o ordenamento jurídico brasileiro, é legítima a concessão ou majoração judicial de benefícios previdenciários sem a prévia fonte de custeio? Pode o princípio da Reserva do Possível constituir óbice a concretização do direito à previdência social como meio materializador do princípio da Dignidade da Pessoa Humana?

Refletir sobre a temática aqui referida no atual contexto histórico, político, social e econômico, é uma tarefa de grande relevância científica, pois não há consenso no meio jurídico sobre a legitimidade de concessão/majoração pelo Poder Judiciário de benefícios previdenciários sem amparo legal e sem a prévia fonte de custeio. É que o sistema de Seguridade Social brasileiro, no qual se insere a Previdência Social, tem como característica principal a contributividade e a destinação específica destas contribuições, significa dizer que para cada contribuição criada há uma respectiva e específica destinação em respeito ao citado princípio da prévia fonte de custeio. Apesar disso, por vezes o Poder Judiciário tem contrariado esta regra concedendo ou majorando benefícios previdenciários em nome da Dignidade da Pessoa Humana.

Portanto, as questões aqui postas constituem a base des-

ta pesquisa e têm a sua importância justificada na medida em que procura debater e avançar os conhecimentos sobre a dignidade da pessoa humana no atual sistema previdenciário brasileiro, e ao mesmo tempo verificar os reflexos dos princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível, e seus corolários, na problemática aqui apresentada, bem como analisar a possibilidade da concessão ou majoração de benefícios previdenciários pelo Poder Judiciário sem a existência da contrapartida.

2 EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO: O FENÔMENO DO NEOCONSTITUCIONALISMO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O fenômeno do neoconstitucionalismo pode ser bem compreendido pelas construções teóricas de dois grandes juristas, o inglês Ronald Dworkin (2007) e o alemão Robert Alexy (1993), cujas obras buscam demonstrar a plena normatividade dos princípios, além da necessidade de uma dimensão ético-moral do Direito. Sob o aspecto da força normativa da Constituição, destaca-se o importante trabalho de Konrad Hesse (1991), que busca demonstrar os requisitos para que a Constituição de um país possa ser dotada de real eficácia, refutando as ideias de seu compatriota Ferdinand Lassalle (1998), para o qual a constituição não passava de mero “pedaço de papel”, sendo apenas expressão das relações de poder.

Observa-se que nem sempre a norma constitucional foi dotada de imperatividade. Até o advento do movimento neoconstitucionalista, a Constituição possuía uma conjuntura orientadora, incapaz de ser plenamente exigível e que limitava a atuação estatal frente ao indivíduo. Foi com o fim da Segunda Guerra Mundial e no decorrer do Século XX que o papel da Constituição sofreu grandes mudanças no seu estudo e aplicação, superando-se o antigo paradigma positivista, passou o Di-

reito Constitucional a exercer influência direta na atuação do Estado (GUIMARÃES, 2011).

No que tange ao atual ordenamento jurídico brasileiro, no qual se verifica esse novo paradigma de Constituição com normas eficazes, conforme leciona Bonavides (1996, p. 19), a nova Carta Magna de 1988 “trata-se de dispositivo do mais súbito préstimo com que afiançar a passagem de um constitucionalismo meramente programático para um constitucionalismo social de incontrastável eficácia e juridicidade”.

O neoconstitucionalismo, portanto, é um movimento prático-teórico de revalorização do Direito Constitucional, que não se conforma diante da teorética de limitação do poder do Estado a partir da mera fixação de direitos ao indivíduo ou ao grupo social, mas sem uma real efetividade prática. Rejeita-se, por completo, a ideia de um mero “pedaço de papel”, conforme pregava Lassale (1998), de normas apenas dirigentes, dotando o texto constitucional de plena eficácia. Assim, à Constituição Federal foram inclusos dispositivos normativos instrumentais, através dos quais os indivíduos passam a possuir meios assecuratórios para o efetivo exercício dos direitos constitucionalmente concedidos.

Outrossim, o objetivo maior do movimento neoconstitucionalista é otimizar o antigo constitucionalismo, dotando o ordenamento jurídico de instrumentos para que suas garantias venham a se concretizar. Em consequência, novas ciências como a hermenêutica constitucional ganharam força, bem como os direitos sociais, a exemplo do direito a previdência social, passaram a ser plenamente exigíveis, e ainda, ampliou-se a jurisdição constitucional inclusive para o campo do direito privado, tendo as normas fundamentais eficácia horizontal.

Conforme ensina Barroso (2007), no plano teórico o movimento neoconstitucionalista se propôs a um novo modelo, baseado no reconhecimento da força normativa da Constituição, na expansão da jurisdição constitucional e no desenvolvi-

mento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Dessa forma, a Constituição passou a ser garantidora dos direitos e garantias fundamentais, tanto de natureza omissiva quanto comissiva e prestacional. Estes últimos, nas palavras de Canotilho (1988, p. 654), “significam, em sentido estrito, os direitos dos particulares obterem algo por meio do Estado (educação, previdência social, saúde, assistência social, entre outros)”.

O principal efeito dessa dogmática é o reconhecimento da eficácia plena das normas presentes na Constituição, da carga principiológica como norteadora das leis, da busca pela concretização das normas presentes no texto constitucional e do controle concentrado e difuso de Constitucionalidade. De acordo com Konrad Hesse (1991), até mesmo as normas programáticas mais abstratas previstas na norma constitucional produzem um mínimo de efeitos, e, portanto, possuem aplicabilidade direta. Em decorrência dessa premissa, está o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, segundo o qual o Estado deve esforçar-se para fazer o máximo possível dos mandamentos presentes na Lei Maior.

Entende-se por jurisdição constitucional a atuação de juízes e tribunais quando utilizam de mecanismos, por meio dos quais verifica-se a adequação de atos e normas infraconstitucionais à Constituição Federal. Essa jurisdição restringia-se ao controle difuso de constitucionalidade, e, no que tange ao controle concentrado, apenas existia a ação direta de inconstitucionalidade genérica e a interventiva, as quais apenas podiam ser propostas pelo Procurador Geral da República (MORAES, 2012).

O advento do neoconstitucionalismo trouxe consigo uma grande expansão da jurisdição constitucional, que além dos já existentes mecanismos de controle, acresceu-se ao controle concentrado oito legitimados para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica, bem como novos instrumentos de efetivação de direitos tais como a Ação Decla-

ratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Ademais, a hermenêutica é um ramo da ciência do direito que busca definir verdadeiros significados às normas jurídicas, através da interpretação teleológica das leis. A exegese constitucional sofreu grande influência do movimento neoconstitucional, momento em que as normas constitucionais passaram a ser interpretadas, mormente, com fulcro no princípio da máxima efetividade, segundo o qual “no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 1993, p. 227).

Por conseguinte, a Constituição Nacional começa a ter efetividade direta, deixando de ter o antigo escopo programático e de limitação de poder, passando a ser concretizadora de direitos fundamentais. Assim, “o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito” (LENZA, 2012, p. 62).

A Constituição brasileira de 1988 reflete esse novo paradigma do constitucionalismo, contendo um escopo social amplo, traçando metas e objetivos para a Administração Pública (art. 3º da CF) e dando plena eficácia à norma ali presente, concebendo-a como norma jurídica, dotada de imperatividade. Tem-se, desta forma, a supremacia constitucional, que “imprimiu assim, uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores” (BONAVIDES, 2007, p. 374).

Supremacia constitucional é, portanto, princípio familiar ao da efetividade das normas de uma constituição, em que estas se apresentam em patamar hierárquico superior às demais, sendo, além disso, fundamento do ordenamento como um todo, norteando a criação e interpretação de normas inferiores

através de seus princípios. Quanto aos direitos sociais básicos, no arcabouço jurídico brasileiro, possuem aplicação imediata, porquanto dispostos no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, podendo ser implementados por técnicas de controle, tais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, além de revestirem-se de especial proteção contra o legislador reformador.

Deste modo, no que tange os direitos fundamentais erigidos pela Carta Política brasileira, vale a lição de Gilmar Ferreira Mendes, em decisão prolatada no Supremo Tribunal Federal:

A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. SL 47 – AgR/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES. (BRASIL, 2010, p. 20)

Assim sendo, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, outrora comentado, segundo o qual a concretização dos dispositivos normativos que tratam de direitos sociais deve de fato existir, independentemente de quem o faça, Legislativo, Executivo ou Judiciário, porquanto o neoconstitucionalismo proclamou a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como ápice, no Brasil, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

3 ORIGEM E CONCEITO DA RESERVA DO POSSÍVEL

A origem desse instituto adveio da Alemanha, fruto de

um embate jurídico no qual estudantes que desejavam cursar medicina pleiteavam a criação de tantas vagas nesse curso quanto fosse a demanda, sob o argumento principal de que era dever do Estado garantir educação, direito social garantido pela então Constituição alemã. Em decisão histórica, a Corte Constitucional Federal Alemã indeferiu o pedido e formulou jurisprudência que se tornou o marco criador do que se chama hoje Reserva do Possível. De acordo com tal jurisprudência, em síntese, as prestações positivas por parte do Estado “estão sujeitas à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade” (KRELL, 2002, p. 52).

A decisão proferida confirmou que a educação é um direito constitucional, que todos possuem, e sua observância pelo Estado é plenamente exigível. Porém, ao proceder na análise da razoabilidade do pedido, entendeu a Corte que não seria plausível destinar grandes quantias de recursos públicos para a criação de tais vagas, beneficiando aquele limitado grupo de estudantes em face de uma maioria imensurável de pessoas, haja vista a necessidade de grandes alocações de recursos para suprir tal demanda. Dessa forma, não era “racional esperar da sociedade” a criação dessas vagas, impondo uma limitação fática ao interesse dos estudantes.

Conforme entende Lima (2008, p. 222):

Nas palavras do Tribunal Constitucional alemão, a reserva do possível é aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade. Se for razoável (melhor dizendo, proporcional), não pode o Estado se negar a fornecer. *A reserva do possível é uma limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afinal, sem dinheiro não há direito.* (grifo nosso)

Destarte, pode-se dizer que a Reserva do Possível é uma limitação financeira à efetividade dos direitos sociais e uma limitação que tem por parâmetro a razoabilidade do pedido formulado. Haveria, dessa forma, um interesse pessoal contra

um suposto interesse da coletividade, o qual estaria ameaçado ante o deslocamento de recursos para se suprir a demanda individual. A disponibilidade de recursos é quem ditaria, assim, se uma demanda individual seria exigível face à administração. Em suma, Reserva do Possível é a condição de limitação fática e lógica que sujeita a prestação de fazer dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes.

Corroborando com esta ideia, Galdino (2002) afirma que “os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita”, deste modo, o ato de reconhecer e dar praticidade aos direitos erigidos em nossa Carta Política está diretamente ligado à reserva do possível, pois depende diretamente da possibilidade de arrecadação de recursos captados junto à população.

Considerando que a Reserva do Possível é a continência orçamentária que o Estado possui para efetivar os direitos fundamentais positivos, no Direito Previdenciário ela manifesta-se na característica contributiva do Regime Geral de Previdência Social, significa dizer que, de modo geral, para que se usufrua de uma prestação previdenciária é necessário que o indivíduo tenha contribuído para o sistema. O princípio contributivo, por sua vez, tem como consequência outros dois princípios previdenciários, são eles o equilíbrio financeiro e atuarial e o prévio custeio, ambos positivados na Constituição da República nos arts. 195, §5º e 201, *caput*, respectivamente, os quais serão detalhados no tópico 2.4.

Ressalte-se que discorrer sobre prestações de cunho positivo (um fazer) nos remete imediatamente à segunda dimensão de direitos, aos direitos sociais³, que são prestados pelo Estado para a satisfação das necessidades coletivas, e, portanto dependem do dispêndio de recursos. Nossa Carta Magna consagrou estes direitos como Direitos Fundamentais, superando-

³ São direitos sociais garantidos pela Constituição brasileira: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

se assim a discussão acerca do fato de que tais direitos sociais seriam ou não direitos fundamentais⁴, garantindo-lhes, ainda, plena eficácia, conforme o art. 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Acontece que os direitos sociais, a exemplo da previdência, fazem parte de um conjunto de bens jurídicos abstratos que juntos constituem de forma concreta o que se chama de dignidade da pessoa humana, em outras palavras “[...] há que se compartilhar o ponto de vista de que os direitos e garantias fundamentais (ao menos a maior parte deles) constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são – em certo sentido – mero desdobramento” (SARLET, 2006, p. 127).

Em consequência, a despeito de o princípio da reserva do possível constituir uma limitação fática à concretização dos direitos fundamentais de cunho social, ele não pode ser utilizado como meio para impedir que os indivíduos vivam dignamente usufruindo de todos os direitos constitucionalmente assegurados, conforme restará demonstrado ao final deste trabalho.

4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Sabendo-se, pois, que a Reserva do Possível atua como um suposto fator limitador para a efetivação dos direitos fundamentais, sujeitando a concretização de tais normas à capacidade financeira da Administração – sendo muitas vezes hipótese levantada pelo Estado para se esquivar da obrigação de prestá-los – ao passo que, por determinação constitucional, esses mesmos direitos fundamentais devem ser concretizados, uma

⁴ A Constituição Federal coloca os direitos sociais inseridos no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, sendo sua proteção garantida inclusive contra o poder constituinte derivado, conforme o art. 60, § 4º, IV.

dúvida recorrente acaba surgindo: afinal, pode o princípio da Reserva do Possível constituir óbice aos direitos fundamentais de cunho social, a exemplo da previdência social, sabendo-se que eles são elementos concretizadores do princípio da Dignidade da Pessoa Humana?

Por conseguinte, ao longo dos diversos embates judiciais e doutrinários, a questão se desdobrou em um conceito jurídico segundo o qual à Administração Pública, de fato, é impossível garantir a satisfação de todas as demandas para as quais os cidadãos buscam satisfação. Por outro lado, deve esta mesma Administração garantir um núcleo mínimo de direitos a cada pessoa, afim de que se respeite a dignidade da pessoa humana, ainda que diante da limitação de recursos financeiros.

Tal construção jurídica se deu pelo simples fato de que não se pode negar a plena efetividade garantida às normas⁵ constitucionais, mas, por outro lado, também não se pode desconsiderar o fator limitador baseado na escassez de recursos. A esta garantia, portanto, denominou-se Mínimo Existencial⁶.

Krell (2002, p. 61), sobre a origem deste instituto, aduz que “a Corte Constitucional alemã extraiu o direito a um ‘mínimo de existência’ do princípio da dignidade da pessoa humana (...) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I, da LF)”. Ressalte-se que o princípio do Estado Social, também presente no sistema jurídico brasileiro, traduz a importância de um Estado prestativo, preocupado com as necessidades dos indivíduos que compõem a nação, sempre buscando criar projetos de políticas públicas que beneficiem a sociedade. O Estado, portanto, é um agente protetor e defensor social.

⁵ Normas no sentido de gênero, nas quais tem como espécies os princípios e as leis. Ambos são amplamente exigíveis, sendo que os princípios comandam a concretização de um valor, dentro dos limites práticos e jurídicos, ao passo que as leis exigem seu cumprimento pleno.

⁶ Também é possível encontrar denominações como mínimo vital, núcleo mínimo, entre outros.

Ainda nas palavras de Krell (2002, p. 61), “a Corte determinou um aumento expressivo do valor da ‘ajuda social’ (Sozialhilfe), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um ‘mínimo vital’”. Semelhantemente, no Brasil também se observa a estipulação objetiva desse ‘mínimo vital’, que se consolida nos amparos concedidos pela Assistência Social àqueles que não têm sequer condições de contribuir para a previdência social, assim como nos programas de transferência direta de renda para famílias em situação de extrema pobreza.

Em nosso ordenamento não há uma expressão direta acerca desse mínimo existencial, mas facilmente deduz-se sua presença tendo em vista que ele “é a combinação de capacidades para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas e culturais” (SCAFF, 2005, p. 86) consubstanciando-se, assim, no princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF/88).

Não há consenso sobre a abrangência desse conceito, nem quais garantias devem ser observadas pelos Poderes Públicos, devendo-se analisar o caso em concreto⁷ para saber até onde deve ser observado. Esse é o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes:

[...] defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, [...], argumentam que *tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial”* de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. (STA 175 – AgR/CE, Rel. Min. GILMAR MENDES, grifo nosso) (BRASIL, 2010).

Apesar da inexistência de um conceito jurídico determinado acerca desse “mínimo existencial”, uma coisa é certa: a

⁷ “ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia”. Gilmar Mendes. Tutela Antecipada nº 238/TO.

sua aplicabilidade deve atender a um binômio que compreende, de um lado, “a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”⁸ (BRASIL, 2004).

Essa razoabilidade, primeira face do referido binômio, consiste na ponderação do conflito no caso concreto. Desde que dentro do limite legal e não escapando do bom senso – que o Tribunal Constitucional Alemão entendeu como aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade – a pretensão individual deve corresponder a um bem protegido pelo conjunto da sociedade e tutelado pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, opondo-se à razoabilidade do pedido individual face à sociedade, encontra-se a limitação financeira, que impõe relevante barreira à concretização da vontade do indivíduo. Nessa esteira, não há como se garantir a pretensão almejada sem um montante de recursos, ou sem que se prejudique o repasse financeiro para outras áreas da administração pública.

Conforme defende Barcellos (2002, p. 245), “a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar”, de modo que todo aplicador do direito, e, mormente o Poder Judiciário, que passou a ser eficaz instrumento de concretização dos direitos sociais, deve levá-la em conta, a fim de que se alcance o mais próximo do que se pode chamar de Dignidade Humana.

O mínimo existencial, sem dúvida, visa uma justiça social baseada em uma construção moral, não só de solidariedade coletiva, mas também de efetivas prestações positivas pelo Estado, essenciais à dignidade dos indivíduos, afinal “não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente reali-

⁸ ADPF - 45/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. DJ de 04/05/2004.

zar os objetivos fundamentais da Constituição” (BARCELLOS, 2002, p. 245).

A Constituição de uma nação, além de seu caráter estruturante, busca materializar as vontades, objetivos e necessidades de um povo e, possui entre seus objetivos, o de nortear os governantes a alvos prioritários de gastos, isto é, na garantia de existência de um mínimo existencial para cada pessoa. Afirma-se que “a meta central [...] da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, [...], na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, [...], condições materiais mínimas de existência.” (BARCELLOS, 2002, p. 245).

A essas condições materiais mínimas de existência, acrescidas de proteção a direitos individuais, chama-se mínimo vital. Este, “como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (BARCELLOS, 2002, p. 245). Assim, conclui-se que ao alvedrio dos administradores dos cofres públicos está o tão importante mínimo existencial.

Conforme explicita Celso de Mello⁹ (BRASIL, 2000), a necessidade da concretização dos direitos fundamentais e do mínimo existencial se dá para de evitar um esvaziamento da norma constitucional, isto é, “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente¹⁰”, não podendo a Administração invocar a Reserva do Possível senão, objetivamente, pelas razões dadas pelo binômio estabelecido entre a razoabilidade e a disponibilidade de recursos.

⁹ AgR-RE 2º 271.286-8/RS. Ministro Relator: Celso de Mello. DJ de 12/09/2000.

¹⁰ Adverte ainda Celso de Mello: “[...] cláusula da ‘reserva do possível’, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.” ADPF-MC 45/DF.

Em suma, sendo razoável o pedido formulado, deve a administração alocar recursos para o suprimento da demanda, retirando-os de áreas menos essenciais ou de suas próprias reservas, baseando suas políticas públicas como alvos prioritários dos seus gastos. Caso contrário, tem o judiciário, sendo provocado, o poder-dever de fazer garantir essa demanda, conforme será demonstrado em tópico específico.

5 O DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL

A previdência social é “o ramo da atuação estatal que visa à proteção de todo indivíduo ocupado numa atividade laborativa remunerada, para a proteção dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento.” (LAZZARI, 2014, p. 27).

A previdência social é um direito fundamental social de função protetiva e garantidora de uma vida digna aos trabalhadores e seus dependentes, quando diante de adversidades da vida (IBRAHIM). Tal direito encontra-se implícito e explícito em diversos pontos de nossa Carta Política. A saber, prevê o artigo 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, [...], na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Disposto geograficamente no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, o direito à previdência social, nos termos do §1º do artigo 5º, é norma dotada de aplicação imediata, isto é, os direitos fundamentais, a exemplo do direito em comento, são dotados de meios necessários à sua plena exigibilidade e efetivação.

Tal é a importância desta prestação que todos os entes federados têm competência legislativa para criar normas que disponham sobre previdência social (art. 24, XII). A previdência social está compreendida na seguridade social, a qual, nos

termos do art. 194, da CRFB/88, abrange um conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público e da própria sociedade.

Implicitamente, o direito à previdência constitui fundamento de nossa República Federativa, visto que é inerente à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CFRB/88), e, portanto, torna-se necessária para o cumprimento dos objetivos republicanos previstos no artigo 3º, da CRFB/88. Ademais, o direito fundamental à previdência social relaciona-se com mais de uma geração de direitos, pois, partindo da classificação dos direitos fundamentais de defesa (negativos) e direitos de prestações (positivos), verifica-se que o direito à previdência pode ser conduzido por ambas as categorias haja vista que configura um complexo de direitos subjetivos negativos e positivos na medida em que é posto a sociedade pelo Poder Público, mas apenas são segurados da Previdência Social aqueles que contribuem para o sistema.

Vale ressaltar que os direitos sociais, a exemplo do direito à previdência social, funcionam como meio garantidor da atuação do indivíduo no regime democrático, significa dizer que a violação ou deficiência desses direitos influencia de modo nocivo à liberdade real do indivíduo, conforme assevera Martinez (1999, p.17):

Os direitos sociais não são apenas uma solução para a satisfação de necessidades básicas, são também uma obrigação para tornar real o contexto generalizador e para que todos possam desfrutar de fato dos direitos individuais e civis e participar, em igualdade de condições, dos direitos políticos¹¹.

Diante de tudo isso, observe-se que não há argumentos contrários suficientes que possam retirar o caráter de direito fundamental da prestação à previdência social. Além disso,

¹¹ Tradução: “Los derechos sociales no séran sólo un remedio para la satisfacción de necesidades básicas, serán también un instrumento imprescindible para convertir en real ese tenor generalizador, y para que todos puedan gozar de hecho de los derechos individuales y civiles y participar, en igualdad de condiciones, en los derechos políticos”.

consoante aduz Zambitte Ibrahim “negar a jusfundamentalidade dos direitos sociais seria o mesmo que recusar a eficácia normativa dos princípios jurídicos”.

Atualmente, no Brasil a previdência social é colocada para a sociedade por meio de um sistema contributivo de repartição¹² e filiação compulsória, em que as pessoas filiadas ao regime e que vertem contribuições para ele é que terão a cobertura contra os infortúnios que porventura acometam o segurado e/ou seus dependentes. *In verbis* a previsão constitucional: Art. 201. “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, [...]” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido leciona Ibrahim (p. 07):

Na concepção atualmente dominante, pode-se vislumbrar a previdência social como um seguro *sui generis*, pois impõe, em regra, a filiação compulsória, além de possuir natureza coletiva e contributiva, equilibrada do ponto de vista financeiro e atuarial, amparando seus beneficiários contra as necessidades sociais mediante a repartição dos riscos no grupo de segurados, em uma sistemática de solidariedade forçada.

O 'equilíbrio financeiro e atuarial', citado no art. 201, da CRFB/88, foi acrescentado pela emenda constitucional nº 20 e consiste no princípio do direito previdenciário que busca garantir a sustentação do sistema previdenciário no presente e no futuro. O sistema previdenciário precisa de segurança para que não entre em colapso, e este princípio assegura isto por meio de uma relação estável entre a receita contributiva e a despesa com os benefícios concedidos.

O princípio possui duas vertentes que juntas garantem, em tese, o balanceamento do programa previdenciário. “O equilíbrio fiscal, num sistema de repartição simples, ocorre

¹² O sistema de contributivo por repartição tem como base o princípio da solidariedade entre os segurados, isto é, os segurados da ativa contribuem para o pagamento dos benefícios do grupo de segurados em inatividade.

quando o total dos benefícios que estiverem sendo pagos não ultrapasse as receitas das contribuições vertidas em um determinado período” (ROCHA, 2004, p. 157), este é o foco do equilíbrio financeiro, em outras palavras significa arrecadar o tanto quanto se gasta. O equilíbrio atuarial, por outro lado, “está relacionado com a suficiência das contribuições de um indivíduo para viabilizar o pagamento de seus próprios benefícios” (ROCHA, 2004, p. 157), ou seja, o segurado deve verter para o sistema contribuições suficientes para o custeio de cada benefício específico que pretende usufruir no futuro.

Portanto, conforme leciona Vaz (2007, p. 27-28) este princípio busca assegurar a manutenção do sistema previdenciário “levando em consideração fatores como o valor das contribuições, o tempo de contribuição, o valor do benefício e o tempo de permanência deste benefício” (equilíbrio atuarial), além “da variação demográfica da população, volume de contribuições e de benefícios em manutenção e períodos de contribuição de manutenção de benefícios” (equilíbrio financeiro), desta forma mantem-se o pacto das gerações que se caracteriza pelo patrocínio dos benefícios de uma geração por outra.

Do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial decorre o princípio da prévia fonte de custeio, segundo o qual “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total” (BRASIL, art. 195, §5º, 1988). Como claramente dispõe a norma constitucional é necessário que o legislador ordinário crie determinada contribuição social para que também possa ser criado ou majorado um benefício previdenciário.

O prévio custeio, também chamado pelos doutrinadores como princípio da contrapartida, é corolário do equilíbrio financeiro e atuarial, constituindo um meio pelo qual este se efetiva, pois aquele norteia a positivação de formas concretas de manter balanceadas as contribuições e as despesas com benefícios, um exemplo da materialização deste princípio são os pe-

ríodos de carência¹³ dos benefícios previdenciários previstos na Lei 8.213/91.

Além disso, o princípio da legalidade aplicado ao direito previdenciário, previsto no art. 37, *caput*, e art. 150, I, ambos da CRFB/88, constitui uma das facetas do equilíbrio financeiro e atuarial e do princípio da contrapartida, porquanto garante que o pagamento de contribuições previdenciárias assim como a concessão de benefícios sejam condicionados a prévia previsão legal.

Para a Administração Pública a legalidade é a bússola de seus atos e decisões, ela pressupõe a autorização da lei como condição para suas ações (FIGUEIREDO, 2004). Em relação ao particular o princípio da legalidade, no caso concreto, tanto poderá lhe ser favorável, quando enquadrar-se perfeitamente aos preceitos normativos da vantagem que pretende alcançar perante a Previdência Social, como também poderá ser prejudicial, caso a situação concreta em que o indivíduo se enquadre seja minimamente dissonante com o que a legislação dispõe, assunto que será mais bem abordado no tópico 4 resultado e discussões.

Ademais, não é possível falar sobre a jusfundamentalidade do direito à previdência social sem discorrer acerca dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana. O princípio da isonomia tem previsão constitucional no *caput* do art. 5º, segundo o qual “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]” (BRASIL, 1988).

A estipulação de distinções não é absolutamente vedada, afinal, conforme ensinou Aristóteles, devem-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Todavia, inexistindo motivos objetivos e razoáveis, diferenciações criadas pelo Poder Legislativo po-

¹³ Segundo o art. 24 da Lei nº 8.213/91: “Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça *jus* ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.”.

dem ser consideradas discriminatórias e, por conseguinte inconstitucionais. Nesta perspectiva:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. (MORAES, 2012, p. 36).

A violação ao princípio da igualdade pode manifestar-se de várias formas, uma delas é a desigualdade que a lei produz. No direito previdenciário o princípio da igualdade nem sempre é devidamente observado pelo legislador ordinário, que, algumas vezes, por não prevê ou observar os fatos sociais mais cuidadosamente cria ou modifica leis que tratam de modo diferente pessoas cuja situação é idêntica, acarretando desrespeito à justiça social.

Conforme aduz Miguel Reale (2007, p. 304) o próprio legislador “é o primeiro a reconhecer que o sistema das leis não é suscetível de cobrir todo o campo da experiência humana, restando sempre grande o número de situações imprevistas, [...]”, por isso de forma prevenida o legislador criou dispositivo legal (Art. 4^a, LINDB)¹⁴ que autoriza o juiz a usar meios de integração para suprir a eventual omissão da norma.

Conforme outrora dito a previdência social é direito que visa proteger o indivíduo de infortúnios que lhes retirem os meios ordinários de subsistência. Diante disso, facilmente se chega à conclusão de que o direito à previdência social é indis-

¹⁴ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: Art. 4^a Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

sociável da dignidade da pessoa humana, reafirmando, portanto, o caráter fundamental desse direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana representa a importância da “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade” (SARLET, 2010, p. 70), isto porque a razão de existir do Estado e da sociedade organizada é o bem estar de cada ser humano individualmente considerado.

Não somente isto, a dignidade da pessoa humana segundo Ingo Sarlet (2010, p. 70) implica em:

[...] um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, *como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimos para uma vida saudável*, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (grifo nosso).

Nessa lógica, o legislador constituinte ao colocar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil impôs ao Estado, a sociedade e ao intérprete o dever de agir sempre com respeito a este postulado constitucional, pois é “verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais” (NUNES, 2002, p. 51), não podendo ser desprezado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas (NUNES, 2002). Daí a importância de considerar este princípio quando da concretização do direito à previdência social.

Por derradeiro, acrescenta-se que por vezes o infortúnio que acomete um segurado ou dependente do sistema previdenciário não estará previsto em lei ou quando previsto não abrange todos os segurados mesmo que em situações iguais, e, portanto, sem sua correspondente dotação orçamentária para custeá-lo, a exemplo dos pensionistas universitários que se veem desamparados ao completarem 21 anos de idade; do menor sob

guarda que após a modificação do §2º, do art. 16, da Lei n. 8.213/91, pela Lei n. 9.528/97, não mais faz jus à pensão por morte instituída pelo falecimento de seu guardião; e, dos aposentados por idade, por tempo de contribuição e por tempo de contribuição especial que, não obstante necessitem de assistência permanente de outra pessoa, não têm direito a receber o adicional de 25%, de que trata o art. 45, da Lei 8.213/91.

Casos como estes, por inexistir autorização legal e a fim de resguardar a reserva do possível previdenciária, são de plano indeferidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (Poder Executivo), razão pela qual recai sob o Poder Judiciário o dever de solucionar o conflito do Mínimo Existencial *versus* Reserva do Possível, na esfera do direito previdenciário.

6 A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL

Conforme já abordado, o advento do neoconstitucionalismo provocou mudanças no sistema hermenêutico do direito, provocando efeitos no ordenamento jurídico, tais como a atribuição de uma nova efetividade aos direitos sociais, que passaram a ser plenamente exigíveis, trazendo, ainda, a ideia de que as normas programáticas produzem efeitos desde logo.

Pois bem, diante de novas técnicas de controle constitucional, bem como de outras atribuições conferidas ao Supremo Tribunal Federal e, mormente da extrema indispensabilidade de direitos fundamentais sociais à dignidade dos cidadãos, o Poder Judiciário tem se valido muitas vezes de criatividade para conseguir concretizá-los, porquanto negados pelo Estado ou esquecidos pela própria sociedade, atitude esta que vem sendo denominada de ativismo judicial.

Para alguns, o ativismo caracteriza um fenômeno de ruptura com o sistema jurídico em que o órgão de interpretação, em verdade, ignora o texto, e faz uma construção interpre-

tativa que foge completamente da letra da norma, sem embaçamento técnico para tanto. Estaria essa atividade, portanto, acarretando a violação de princípios fundantes da república federativa, tal como a separação dos poderes. Ademais, segundo Reverbel (2010), o ativismo consiste na politização do judiciário, quando resolve problemas políticos transpassando a seara do direito, buscando solucionar a ineficiência política e, conseqüentemente, acaba afrontando a autonomia dos poderes.

Por outro lado, há um voluntarismo social de que isto é bom, de onde surge o entendimento que o ativismo, em verdade, consubstancia-se na guarda da Constituição Federal frente a comportamentos que venham a prejudicar os direitos fundamentais dos indivíduos, de modo que a vida digna de uma coletividade não pode ser ponderada menos importante que conveniências político-partidárias. Conforme entendimento de Andrade (2007), o Poder Judiciário é competente para verificar e conter a legalidade de qualquer ato, inclusive os emanados do Poder Público a fim de conferir se a medida encontra-se de acordo com os princípios consagrados na Carta Política brasileira.

Verifica-se, portanto, que diante da necessidade de aplicação do princípio da concordância prática¹⁵, deve o Poder Judiciário interferir na concretização de direitos fundamentais, sem, no entanto afastar por completo o princípio da separação dos poderes, reprimindo apenas atos contrários à ordem constitucional, devendo agir como um intérprete que tem liberdade para escolher sua exegese.

Como outrora exposto, tudo que se encontra na Constituição da República de 1988 é plenamente exigível, “não há na Constituição cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições” (BARBOSA, 1934, p.

¹⁵ Segundo o qual, “os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque.” (LENZA, 2012, p. 157).

489) e é neste contexto que se encontra a previdência social, exteriorizada por meio das políticas públicas que são, de acordo com Oliveira (2013), “providências [...] para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados”.

Ademais, as políticas públicas, e, por conseguinte o direito a previdência social, são positivados em leis regulamentadoras das diretrizes gerais que a Constituição prevê, portanto elaboradas pelo Legislativo, ou em atos normativos e ações governamentais prestadas pelo poder Executivo, com a finalidade de concretizar a concessão de benefícios e outras prestações previdenciárias, tudo para a boa manutenção do mínimo vital da vida dos seus administrados.

Acontece que nem todas as necessidades humanas são positivadas, motivo pelo qual inúmeros pedidos dos administrados por uma prestação estatal no sentido de garantir-lhe acesso à previdência social são indeferidos, e, em consequência, o judiciário é provocado na busca de se obter um direito constitucionalmente garantido, trata-se do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, expresso no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

6.1 MENOR SOB GUARDA

É o caso do menor sob guarda. À criança e ao adolescente é assegurado, com prioridade absoluta, o mínimo existencial, esta é, basicamente, a previsão do art. 227, da CRFB/88. Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, expressamente, confere ao menor sob guarda a condição de dependente para fins previdenciários (art. 33, §3º, ECA).

A Lei 8.213/91, por sua vez, que regulamenta o plano

de benefícios da previdência social, em sintonia com os dispositivos acima expostos, equiparava o menor sob guarda a qualidade de filho (dependente de primeira classe¹⁶) para fins de concessão de benefícios previdenciários, conforme a seguinte redação:

Art. 16. [...]

§ 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; *o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda*; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação (BRASIL, grifo nosso).

Ocorre que, em dezembro de 1997 este dispositivo foi modificado pela Lei 9.528/97, que excluiu o menor sob guarda do rol de dependentes, mantendo apenas o enteado e o menor tutelado como equiparados a filho, *in verbis* a redação atual:

Art. 16. [...].

§2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997) (BRASIL).

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, plenamente em vigor, prevê em seu art. 33, §3º, que “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários” (BRASIL, 1990), dessa forma, a modificação legislativa feita em 1997 criou uma antinomia.

A consequência imediata, diante desta modificação, foram milhares de requerimentos, de benefício de pensão por morte para menores sujeitos a guarda, negados pelo Instituto

¹⁶ A lei 8.213/91, em seu art. 16, prevê os beneficiários do RGPS na qualidade de dependente, são eles: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; II - os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente. A doutrina os divide em três classes preferenciais de acordo com a ordem apresentada nos incisos.

Nacional do Seguro Social e, proporcionalmente, inúmeras ações judiciais ajuizadas em que se alegavam os dispositivos da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e os princípios da dignidade da pessoa humana, do maior interesse do menor e da proteção à criança e ao adolescente, como fundamentos justificadores do direito ao benefício.

Ademais, após a modificação legislativa por muito tempo pairou sobre a doutrina e jurisprudência, diante da antinomia que se insurgiu, entendimentos divergentes no que tange ao direito de concessão do benefício de pensão por morte ao menor sob guarda. Entretanto, o entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça é o de que o menor sob guarda faz jus ao benefício, não obstante a falta de previsão legal na Lei n. 8.213/91.

O Superior Tribunal de Justiça entendia, *a priori*, que o problema deveria ser resolvido pelo critério da especialidade, considerando que a Lei 8.213/91 (Plano e Benefícios da Previdência Social) deveria prevalecer sobre a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), por ser aquela de caráter especial em relação ao tema controvertido. Observe-se um precedente:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. MENOR SOB GUARDA. LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. APLICAÇÃO.

1. A redação original do § 2º do artigo 16 da Lei de Benefícios equiparava a filho o menor que, por determinação judicial, estivesse sob a guarda do segurado. Ocorre que, por força da Medida Provisória nº 1.523, de 14/10/1996, posteriormente convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/1997, foi o menor sob guarda excluído da relação de dependentes.

2. De outra parte, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.060/1990), reza, no art. 33, § 3º, que "a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários".

3. *Diante desse conflito aparente de normas, o critério que*

melhor soluciona a controvérsia em exame é o da especialidade, ou seja, o diploma de regência do sistema de benefícios previdenciários, de caráter especial, deve prevalecer sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, este de caráter geral no confronto com aquele sobre o tema controvertido.

4. Assim, uma vez que o óbito do segurado instituidor, fato gerador do benefício, ocorreu em 4/5/1999 (fl. 90), vale dizer, após a modificação legislativa que excluiu o menor sob guarda do rol de dependentes de segurado da Previdência Social, incabível a concessão da pensão.

5. Entendimento firmado por este Colegiado, na sessão de 26/3/2008, no julgamento do EREsp nº 844.598/PI, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido.

6. Embargos de divergência acolhidos. EREsp 696.299/PE, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, *DJe* 4/8/2009. (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Todavia, em atual e acertada mudança de entendimento, sem embargo da inexistência de previsão legal e, consequentemente, a inexistência de prévia fonte de custeio, o STJ proferiu decisão, de relatoria do ministro Benedito Gonçalves, favorável à concessão do benefício de pensão por morte ao menor sob guarda, considerando como principais fundamentos (1) a dignidade da pessoa humana e o princípio da proteção integral da criança e do adolescente e (2) o status de prioridade absoluta dos direitos fundamentais do menor. Senão vejamos:

[...] o princípio da proteção integral da criança ou adolescente, afigura-se como corolário da dignidade da pessoa humana, tido como valor constitucional supremo, o próprio núcleo axiológico da Constituição, em torno do qual gravitam os direitos fundamentais. (BRASIL, 2014).

Como exposto, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CRFB/88) e tem como corolário o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, que consiste no dever da família, da sociedade e do Estado em garantir os direitos dos menores, sujeitos de direitos comuns e especiais decorrentes de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (CURY, GARRIDO e MARÇURA, 2002).

O Ministro Gonçalves (BRASIL, 2014) aduz ainda que “o fim social da lei previdenciária é abarcar as pessoas que foram acometidas por alguma contingência da vida.”, portanto, garantir a dignidade da pessoa humana a todos os indivíduos e em especial ao menor, que conforme o art. 227, da CRFB/88, tem prioridade absoluta, é obrigação constitucional do Poder Público, seja ele o Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Repise-se que a dignidade da pessoa humana como princípio fundante de toda a ordem jurídica nacional e internacional deve ser base para toda atividade hermenêutica desenvolvida em face de um conflito de direitos fundamentais, isto é, quando da aplicação do princípio da concordância prática ou harmonização. Nesse sentido o Ministro Benedito Gonçalves:

[...] não é dado ao intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que atente contra a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, já que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico. (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Dessa forma, a despeito de o plano de benefícios da previdência social (Lei nº 8.213/91) não abarcar o menor sob guarda no rol de beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, bem como ainda que, em regra, não se crie, majore, estenda ou se implemente qualquer benefício sem que lhe seja prevista a respectiva fonte de custeio de acordo com a regra constitucional do art. 195, §5º, conforme ressaltou em voto contrário a ministra Assusete Magalhães (BRASIL, 2014) no julgamento do RMS nº 36.034, faz jus o menor sob guarda ao benefício de pensão por morte quando aplicada a correta interpretação sistemática do ordenamento jurídico e conforme a Constituição da República.

Por tais razões, negar o benefício previdenciário de pensão por morte ao menor sob guarda constituiria inegável violação aos princípios constitucionais e, por conseguinte, a ordem jurídica brasileira, porquanto, como se sabe, não se pode

aplicar uma interpretação aos princípios e direitos fundamentais que lhes retire a razão de ser ou suprima por completo a essência. Observe-se a completa ementa do julgado:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO A CRIANÇA OU ADOLESCENTE SOB GUARDA JUDICIAL.

No caso em que segurado de regime previdenciário seja detentor da guarda judicial de criança ou adolescente que dependa economicamente dele, ocorrendo o óbito do guardião, *será assegurado o benefício da pensão por morte ao menor sob guarda, ainda que este não tenha sido incluído no rol de dependentes previsto na lei previdenciária aplicável.*

O fim social da lei previdenciária é abarcar as pessoas que foram acometidas por alguma contingência da vida. Nesse aspecto, *o Estado deve cumprir seu papel de assegurar a dignidade da pessoa humana a todos*, em especial às crianças e aos adolescentes, cuja proteção tem absoluta prioridade. O ECA não é uma simples lei, uma vez que representa política pública de proteção à criança e ao adolescente, verdadeiro cumprimento do mandamento previsto no art. 227 da CF.

Ademais, *não é dado ao intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que atente contra a dignidade da pessoa humana* e, conseqüentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, já que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Desse modo, *embora a lei previdenciária aplicável ao segurado seja lei específica da previdência social, não menos certo é que a criança e adolescente tem norma específica que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários* (art. 33, § 3º, do ECA). (STJ, RMS 36.034-MT, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 26/2/2014) (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Assim, os princípios constitucionais aqui citados, o fim social motivador da criação da lei previdenciária, o caráter especial dado à criança e ao adolescente pelo legislador constituinte originário, o dever do Poder Público de efetivar os direitos fundamentais e as regras que guiam a hermenêutica constitui-

onal atualmente¹⁷, são argumentos mais que suficientes para garantir que os direitos previdenciários do menor sob guarda em relação ao seu guardião, sejam assegurados, independentemente da reforma previdenciária ocorrida em 1997.

Por derradeiro, vale ressaltar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei n. 9.528/97 (decorrente da Medida Provisória n. 1523/96), especificamente no que concerne ao dispositivo que excluiu o menor sob guarda do rol de dependentes do Regime Geral de Previdência Social. O assunto ainda não foi julgado pelo órgão guardião da Constituição Federal.

6.2 EXTENSÃO DO ACRÉSCIMO DE 25% PARA TODAS AS ESPÉCIES DE APOSENTADORIA

Outro caso que vem causando demandas repetitivas no Poder Judiciário é a extensão do acréscimo de 25%, previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, devido aos aposentados por invalidez que necessitam do auxílio permanente de uma terceira pessoa, para os outros tipos de aposentadorias, a saber: aposentadoria por idade, por tempo de contribuição e por tempo de contribuição especial. Ao contrário dos casos de benefício de pensão por morte aos menores sob guarda, a extensão do acréscimo de 25% a outros tipos de aposentadorias ainda é objeto de controvérsia entre os tribunais brasileiros.

A Lei n. 8.213/91 em seu art. 45 prevê que “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)”. No mesmo sentido o Decreto n. 3.048/99, que regulamenta o plano de benefícios da previdên-

¹⁷ Como exemplo pode-se citar a aplicação das interpretações teleológicas e ontológicas, a primeira é aquela que busca atender aos fins sociais da norma, dirigindo-se às exigências do bem comum (art. 5º, LINDB), enquanto que a última busca extrair da norma o sentido pelo qual ela foi criada, seu propósito, a *ratio legis*.

cia social, dispõe que “o valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de vinte e cinco por cento, observada a relação constante do Anexo I”.

Sendo assim, conferiu o legislador o direito a um acréscimo de 25% no valor da aposentadoria (1) apenas para os aposentados por invalidez (2) que necessitem da assistência permanente de uma terceira pessoa e (3) quando verificada uma das doenças previstas na lista não exaustiva do anexo I, do Decreto n. 3.048/99.

Isto posto, o Instituto Nacional do Seguro Social, em estrito cumprimento do princípio da legalidade, indefere de plano qualquer pedido administrativo de acréscimo dos referidos 25% ao valor da aposentadoria que provenha de segurados que detenham benefício de aposentadoria de natureza diversa da aposentadoria por invalidez, ainda que o sujeito necessite da ajuda permanente de uma terceira pessoa e possua uma das doenças elencadas no anexo I do Regulamento da Previdência Social. Tais indeferimentos transformam-se em demandas judiciais que por sua vez têm gerado jurisprudências divergentes entre os tribunais brasileiros.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região em admirável julgado, na Apelação Cível 0017373-51.2012.404.9999, deu provimento ao recurso da parte autora para condenar o INSS ao pagamento do acréscimo de 25%, previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91 ao segurado aposentado por idade, e, para tanto, considerou como fundamentos primordiais o princípio da isonomia, o direito de proteção à vida e a dignidade da pessoa humana.

Ao prever o acréscimo de 25% aos aposentados por invalidez que necessitem da assistência permanente de uma terceira pessoa, a *ratio legis* foi proteger a vida de infortúnios que causem uma incapacidade tamanha que sozinho o indivíduo não consiga desfrutar de uma vida digna, nessa lógica o De-

sem bargador Rogério Favreto (AC 0017373-51.2012.404.9999/RS) considerou que:

[...] a proteção complementar almejada pela norma é a vida, onde o norte deve ser a doença e suas decorrências, que importam na exigência do apoio de um terceiro para conferir o mínimo de dignidade humana e sobrevivência, segundo o preceito constitucional da cobertura do risco social. (BRASIL, 2013, p. 04).

Além disso, sob a ótica de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico Favreto (BRASIL, 2013, p. 04) aduziu que “*[...] a melhor interpretação não pode ser restritiva ao direito de proteção da dignidade da pessoa humana, sob pena de estar em desconformidade com o conceito de proteção ao risco social previdenciário.*”. Portanto, considerando que não só os aposentados por invalidez são sujeitos deste infortúnio, mas também os demais tipos de aposentados, mesmo que acometidos após a inatividade, o legislador criou uma restrição contrária à realidade social.

Dessa forma, o emprego da norma de forma restringida aos aposentados por invalidez acarreta inegável violação não só a dignidade humana, mas também ao princípio constitucional da isonomia, porquanto “estaria se tratando iguais de maneira desigual, de modo a não garantir a determinados cidadãos as mesmas condições de prover suas necessidades básicas, em especial quando relacionadas à sobrevivência pelo auxílio de terceiros diante da situação de incapacidade” (BRASIL, 2013, p. 04).

Outrossim, a melhor doutrina entende que “a distinção entre os beneficiários representa um discrimen, que se afigura intolerável, injurídico e inconstitucional” (CASTRO; LAZZARI, 2014, p. 539), isto porque o infortúnio objeto da norma previdenciária é objetivamente a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, “pouco importando a espécie de aposentadoria concedida” (CASTRO; LAZZARI, 2014, p. 539).

Observe-se que mais uma vez o princípio da dignidade da pessoa humana se insurge como fundamento no caso concreto, de forma até mesmo que inevitável haja vista sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, conforme outrora já abordado. Ademais, repise-se que a razão de ser da norma jurídica previdenciária, consoante destacou o magistrado, é a proteção à vida acometida por uma doença cuja consequência é a necessidade de um terceiro ajudador, este é o fato gerador do direito ao acréscimo de 25%, que, por sua vez, pode afetar não só aposentados por invalidez, mas também indivíduos detentores de outras aposentadorias.

Ademais, verifica-se, neste caso, que novamente o Poder Judiciário utiliza a interpretação sistemática, além da teleológica e ontológica, e conforme a Constituição Federal para resolver o conflito entre princípios, cuja solução deu-se inevitavelmente em favor do bem estar social dos administrados e obediência aos preceitos do legislador constituinte, preservando a isonomia e a dignidade humana. *In verbis* a ementa completa do julgado:

PREVIDENCIÁRIO. ART. 45 DA LEI DE BENEFÍCIOS. ACRÉSCIMO DE 25% INDEPENDENTEMENTE DA ESPÉCIE DE APOSENTADORIA. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE OUTRA PESSOA. NATUREZA ASSISTENCIAL DO ADICIONAL. CARÁTER PROTETIVO DA NORMA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DESCOMPASSO DA LEI COM A REALIDADE SOCIAL.

1. A possibilidade de acréscimo de 25% ao valor percebido pelo segurado, em caso de este necessitar de assistência permanente de outra pessoa, é prevista regularmente para beneficiários da aposentadoria por invalidez, *podendo ser estendida aos demais casos de aposentadoria em face do princípio da isonomia.*

2. *A doença, quando exige apoio permanente de cuidador ao aposentado, merece igual tratamento da lei a fim de conferir o mínimo de dignidade humana e sobrevivência, segundo preceitua o art. 201, inciso I, da Constituição Federal.*

3. *A aplicação restrita do art. 45 da Lei nº. 8.213/1991 acarreta violação ao princípio da isonomia e, por conseguinte, à dignidade da pessoa humana, por tratar iguais de maneira desigual, de modo a não garantir a determinados cidadãos as mesmas condições de prover suas necessidades básicas, em especial quando relacionadas à sobrevivência pelo auxílio de terceiros diante da situação de incapacidade física ou mental.*

4. *O fim jurídico-político do preceito protetivo da norma, por versar de direito social (previdenciário), deve contemplar a analogia teleológica para indicar sua finalidade objetiva e conferir a interpretação mais favorável à pessoa humana. A proteção final é a vida do idoso, independentemente da espécie de aposentadoria.*

5. *O acréscimo previsto na Lei de Benefícios possui natureza assistencial em razão da ausência de previsão específica de fonte de custeio e na medida em que a Previdência deve cobrir todos os eventos da doença.*

6. *O descompasso da lei com o contexto social exige especial apreciação do julgador como forma de aproximá-la da realidade e conferir efetividade aos direitos fundamentais. A jurisprudência funciona como antecipação à evolução legislativa.*

7. *A aplicação dos preceitos da Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência assegura acesso à plena saúde e assistência social, em nome da proteção à integridade física e mental da pessoa deficiente, em igualdade de condições com os demais e sem sofrer qualquer discriminação. (TRF/4, AC 0017373-51.2012.404.9999-RS, 5ª Turma, Des. Federal Rogério Favreto, DE de 16.09.2013) (BRASIL, 2013, grifo nosso).*

Ato contínuo em recentíssimo julgado a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência - TNU, no Processo de nº 0501066-93.2014.4.05.8502, sanou a divergência de entendimento sobre o tema, existente entre os Juizados Especiais Federais, entendendo que o acréscimo de 25%, previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, é extensível aos demais aposentados que necessitam da assistência permanente de uma terceira pessoa.

Neste julgado a TNU, baseou-se em argumentos semelhantes aos utilizados pela 5ª turma do TRF da 4ª Região, quais

sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia, a proteção à vida e a proteção especial aos portadores de deficiência concedida pela Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/09) da qual o Brasil é signatário.

Tomando por base o princípio da isonomia asseverou o magistrado relator do processo nº 0501066-93.2014.4.05.8502, Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, que o acréscimo de 25% de que trata a norma tem natureza assistencial, porquanto “não há, na legislação de regência, fonte de custeio específico [...] para os próprios casos de aposentadoria por invalidez” (BRASIL, 2015), assim, a ausência de prévio custeio, que não é empecilho para a concessão do adicional aos aposentados por invalidez, também não deve ser para os demais tipos de aposentados.

Outro argumento utilizado no julgado em comento que merece destaque diz respeito a dispositivos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁸, segundo ela “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” (BRASIL, 2009, Artigo 5.1). Dessa forma, não estender o acréscimo de 25% previsto para as aposentadorias por invalidez às demais espécies, quando presentes todos os requisitos legais que legitimam sua concessão, constitui clara violação ao tratado internacional sobre direitos humanos firmado pelo Brasil. A Convenção ainda prevê que:

Artigo 28

2. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem

¹⁸ A Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com Deficiência, internalizada através do Decreto nº 6.949/09 é norma de status constitucional, haja vista que enquadra-se no §3º, do art. 5º, da Constituição Federal, segundo o qual: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

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. (BRASIL, 2009).

Sendo assim, além de todos os princípios e técnicas de interpretação aplicadas que corroboram com a tese de que o adicional de 25% é extensível a todas as espécies de aposentadoria, o ordenamento jurídico brasileiro possui dispositivos claros com força de normas constitucionais que impõem ao interprete dos comandos legais, a exemplo do art. 45 da Lei n. 8.213/91, uma interpretação que não contrarie o sentido da norma maior, por conseguinte resta legítima a compreensão de que o referido adicional é extensível as demais espécies de aposentadoria.

Para conhecimento vide outros precedentes recentes e favoráveis à extensão do adicional previsto no art. 45, da Lei n. 8.213/91, os quais se baseiam nos mesmos argumentos aqui expostos:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PRINCÍPIOS DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E DA ISONOMIA. INCAPACIDADE SUPERVENIENTE À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. ADICIONAL DE 25%. ARTIGO 45 DA LEI 8213/91. POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO. 1. A definição da proteção previdenciária devida ao segurado não deve ficar adstrita ao momento inicial de concessão de um benefício. Alterando-se os fatos, a cobertura previdenciária deve ser adaptada (modulada), podendo cessar ou, ao contrário, ser intensificada. 2. *A compreensão restritiva do art. 45 da Lei 8.213/91 implica interpretação que viola, a um só tempo, o princípio da vedação da proteção insuficiente de direito fundamental* (Rcl 4374, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18/04/2013, DJ 04/09/2013), e o princípio da isonomia (RE 580963, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18/04/2013, DJ 14/11/2013). 3. Por essas razões, 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 permanen-*

te, necessitando ainda de assistência contínua de outra pessoa, independentemente da espécie da aposentadoria de que seja titular. 4. Recurso provido. (TRF-4, Relator: JOSÉ ANTONIO SAVARIS, *Data de Julgamento: 25/08/2015, QUINTA TURMA*) (BRASIL, 2015, grifo nosso).

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. PREVIDENCIÁRIO. EXTENSÃO DO ACRÉSCIMO DE 25% PREVISTO NA LEI 8.213/91 A OUTRAS APOSENTADORIAS (IDADE E CONTRIBUIÇÃO). POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA QUESTÃO DE ORDEM Nº 20. RETORNO DOS AUTOS À TURMA DE ORIGEM PARA REEXAME DE PROVAS. PARCIAL PROVIMENTO. [...]. A matéria ventilada e a ser verificada no presente caso é a possibilidade de extensão do acréscimo de 25% previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/91 a outros benefícios senão aqueles expressamente mencionados no dispositivo legal. [...]. Ocorre que este Colegiado já examinou matéria idêntica à dos presentes autos, no PEDILEF 0501066-93.2014.4.05.8502, relator Juiz Federal SERGIO MURILO WANDERLEY QUEIROGA, julgamento em 11/03/2015, ocasião em que este *firmou entendimento de que o adicional de 25% previsto no artigo 45 da Lei 8.213/91 para beneficiários que se aposentaram por invalidez é extensível às outras aposentadorias, uma vez que o percentual é destinado aos segurados que necessitam de assistência permanente de outra pessoa.* Conforme bem assentado pelo do Relator do Incidente, *nessas situações, deve ser aplicado o princípio da isonomia.* Ao analisar a norma, o relator concluiu que o percentual, na verdade, é um adicional previsto para assistir aqueles que necessitam de auxílio de outra pessoa, não importando se a invalidez é decorrente de fato anterior ou posterior à aposentadoria. “O seu objetivo é dar cobertura econômica ao auxílio de um terceiro contratado ou familiar para apoiar o segurado nos atos diários que necessitem de guarida, quando sua condição de saúde não suportar a realização de forma autônoma, defendeu, concluindo ser consectário lógico encampar sob o mesmo amparo previdenciário o segurado aposentado por idade que se encontra em idêntica condição de deficiência. No voto de desempate, o presidente da TNU, [...], assentou que a norma tem finalidade protetiva e o acréscimo reveste-se de natureza assistencial,

concluindo que (...) preenchidos os requisitos ‘invalidez e necessidade’ de assistência permanente de outra pessoa, ainda que tais eventos ocorram em momento posterior à aposentadoria e, por óbvio, não justifiquem sua concessão na modalidade invalidez, vale dizer, na hipótese, ainda que tenha sido concedida a aposentadoria por idade, entendo ser devido o acréscimo. [...]. Desta forma, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO INCIDENTE para determinar a devolução dos autos à Turma Recursal de origem para firmar que a tese de concessão do adicional de 25% por auxílio permanente de terceira pessoa é extensível à aposentadoria da parte autora, uma vez comprovado os requisitos constantes no art. 45 da Lei nº 8.213/91, devendo, por este motivo, a Turma de origem proceder a reapreciação das provas referentes à incapacidade da requerente, bem como a necessidade de assistência permanente de terceiros. (TNU - PEDILEF: 50033920720124047205, Relator: JUIZ FEDERAL WILSON JOSÉ WITZEL, Data de Julgamento: 21/10/2015, *Data de Publicação*: 29/10/2015) (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Em contrapartida há ainda entendimento jurisprudencial mais legalista, afastando-se, portanto, do uso das técnicas de interpretação teleológica, sistemática e conforme a Constituição Federal, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ADICIONAL DE 25% PREVISTO NO ART. 45 DA LEI 8.213/91. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. INAPLICABILIDADE. 1. O acréscimo de 25% ao valor da aposentadoria, nos casos em que o titular necessita de assistência permanente de outra pessoa, é devido apenas nos casos de benefício por invalidez. Inteligência do art. 45 da Lei nº 8213-91. 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 Federal) 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 assistên-

cia ao inválido para outros benefícios previdenciários é critério político, de alteração legislativa, e não efeito de inconstitucionalidade legal. 5. Embargos infringentes aos quais se dá provimento. (TRF-4, Relator: JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, Data de Julgamento: 16/04/2015, TERCEIRA SEÇÃO) (BRASIL, 2015).

Ocorre que, o entendimento de que o art. 45 da lei previdenciária não pode ser estendido as demais espécies de aposentadoria tem como fundamento meramente: o princípio da legalidade, que tem previsão no art. 5º, II e 37, *caput*, da CRFB e o princípio da contrapartida, disposto no art. 195, §5º, da CRFB.

Afirma o desembargador relator, do processo nº 5053441-42.2013.404.7100, que não constitui lacuna legislativa ou violação ao princípio da igualdade a ausência de previsão do adicional de 25% aqui referido para todos os tipos de aposentados, pois a “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” (BRASIL, 2015).

Ora, se “ao inválido o grau de dependência é diretamente decorrente da doença motivadora do benefício” (BRASIL, 2015), surgindo uma doença igualmente motivadora de um benefício de aposentadoria por invalidez em um indivíduo já aposentado por idade, por tempo de contribuição ou por tempo de contribuição especial, não se enquadraria ele na mesma situação de dependência ensejadora do acréscimo de 25% no valor de seu benefício? Entendemos que sim, afinal o beneficiário não tem direito ao adicional pelo simples fato de ser aposentado por invalidez, mas na verdade por cumprir os demais requisitos previstos na lei (necessidade da assistência permanente de uma terceira pessoa e possuir uma das doenças previstas na lista não exaustiva do anexo I, do Decreto n. 3.048/99).

Ante o exposto, aplicando-se a técnica da ponderação ou balanceamento para solucionar o conflito entre os princípios

verifica-se que nem o princípio da legalidade, nem a prévia fonte de custeio ou a utilização de uma interpretação restritiva ao art. 45, da lei 8.213/91, são suficientes para afastar os princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da justiça social, da máxima efetividade das normas constitucionais e tampouco das normas positivadas na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que corroboram com a possibilidade de extensão do acréscimo de 25% a todas as espécies de aposentadoria.

6.3 EXTENSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE ATÉ QUE O BENEFICIÁRIO COMPLETE 24 ANOS OU CONCLUA GRADUAÇÃO SUPERIOR

Situação recorrente que também merece comentários é a extensão do benefício de pensão por morte até que o beneficiário complete 24 anos ou conclua curso de graduação superior. A Lei n. 8.213/91 dispõe em seu art. 77, §2º, inciso II, que “O direito à percepção de cada cota individual cessará: II - para filho, pessoa a ele equiparada ou irmão, de ambos os sexos, ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência;”.

Não há na Lei n. 8.213/91 previsão de hipótese para a prorrogação do benefício de pensão por morte para além dos 21 anos de idade em favor do beneficiário que não seja inválido ou com deficiência, não obstante, em inúmeros casos, a interrupção do benefício causar ao titular grave prejuízo obrigando-o a interromper seus estudos e buscar um outro meio de subsistência. Com efeito, igualmente aos demais casos já comentados, este fato tem gerado incontáveis ações judiciais, haja vista a necessidade iminente dos indivíduos pela cobertura previdenciária e a falta de autorização legal para tanto.

Outras leis que compõem o ordenamento jurídico brasileiro tratam da questão de modo diferente atribuindo aos estu-

dantes de até 24 anos de idade a qualidade de dependente para fins previdenciários e tributários, *in verbis* a Lei nº 3.765/60 (Dispõe sobre as pensões militares), Lei nº 8.112/90 (Regime jurídico dos servidores públicos da União) e Lei nº 9.250/95 (Diploma alterador da lei do imposto de renda):

Lei n. 3.765/60

Art. 7º A pensão militar é deferida em processo de habilitação, tomando-se por base a declaração de beneficiários preenchida em vida pelo contribuinte, na ordem de prioridade e condições a seguir:

I - primeira ordem de prioridade:

d) *filhos ou enteados* até vinte e um anos de idade ou *até vinte e quatro anos de idade, se estudantes universitários* ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez; (BRASIL, grifo nosso).

Lei n. 8.112/90

Art. 197. O salário-família é devido ao servidor ativo ou ao inativo, por dependente econômico.

Parágrafo único. Consideram-se dependentes econômicos para efeito de percepção do salário-família:

I - o cônjuge ou companheiro e os *filhos*, inclusive os enteados até 21 (vinte e um) anos de idade ou, *se estudante, até 24 (vinte e quatro) anos* ou, se inválido, de qualquer idade; (BRASIL, grifo nosso)

Lei n. 9.250/95

Art. 35. Para efeito do disposto nos arts. 4º, inciso III, e 8º, inciso II, alínea c, poderão ser considerados como dependentes:

III - a filha, o filho, a enteada ou o enteado, até 21 anos, ou de qualquer idade quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho;

V - o irmão, o neto ou o bisneto, sem arrimo dos pais, até 21 anos, desde que o contribuinte detenha a guarda judicial, ou de qualquer idade quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho;

§1º *Os dependentes a que se referem os incisos III e V deste artigo poderão ser assim considerados quando maiores até 24 anos de idade, se ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau.*

(BRASIL, grifo nosso).

Unindo as normas acima dispostas ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da isonomia, primordiais ao Estado Democrático de Direito, bem como ao direito fundamental a educação, assim consagrado pela Constituição da República (art. 6º), conclui-se que o conjunto de normas (regras e princípios) brasileiras fortalece, sob a ótica de uma interpretação lógico-sistemática, o sentido de que ao estudante universitário, que não possua outro meio de subsistência, é assegurada a qualidade de dependente, fazendo, portanto, *jus* à extensão do benefício de pensão por morte até os 24 anos de idade.

Consoante leciona Barroso (2012, p. 09) a dignidade da pessoa humana “constitui, em primeiro lugar, um valor, que é um conceito axiológico ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. [...] É no plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais”. Dessa forma, afigura-se injusto, mau e desvirtuoso a cessação do benefício previdenciário do estudante universitário que não possui outro meio de financiamento de suas necessidades básicas e de sua formação acadêmica concomitantemente.

Ocorre que, apenas parte minoritária da doutrina e jurisprudência tem defendido o direito constitucional à educação e à dignidade da pessoa humana dos estudantes universitários considerando esta possibilidade de extensão de seus benefícios de pensão por morte até os 24 anos de idade.

Claramente o entendimento minoritário é mais humanista não se apegando a letra fria da lei e através do método de interpretação lógico-sistemático, que segundo Reale (2007, p. 279) é o “trabalho de compreensão de um preceito em sua correlação com todos os que com ele se articulam logicamente”, leva em consideração todo o sistema de normas brasileiras para defender a extensão do benefício citado além do que a norma possibilita em sua literalidade.

Diante dos argumentos acima expostos, parece-nos justo e conveniente equiparar o direito de prorrogação da dependência econômica até os 24 anos de idade, quando o filho é estudante universitário, já reconhecido nas órbitas do direito de família¹⁹, na pensão para militares e no direito tributário²⁰, também para os dependentes do Regime Geral de Previdência Social. Nesse sentido:

APELAÇÃO. PREVIDÊNCIA PÚBLICA. AÇÃO ORDINÁRIA. RESTABELECIMENTO DE PAGAMENTO DE PENSÃO. FILHO ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO. POSSIBILIDADE. I - A Lei Municipal não prevê a extensão do benefício previdenciário ao filho não-invalído até os vinte e quatro anos, enquanto estudante de ensino superior. Todavia, referida extensão, em certa medida, vem prevista em diversas ordens legais; a começar pela Lei 8.112/80 (do regime jurídico dos servidores públicos civis da União), que no artigo 197 considera como dependente econômico do servidor, para fins de percepção de salário família, o filho maior até vinte e quatro anos, desde que estudante; também o art. 35, parágrafo 1º da Lei 9.250, que trata do Imposto de Renda Pessoa Física; no plano estadual, o art. 9º, parágrafo 3º da Lei 7.672/82. II - *A educação é direito de todos e dever tanto do Estado quanto da família (CF- art. 205); para além disso, a Carta Política eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais, quando a concebe como direito social (art. 6º), imbricado no princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, se dever do Estado, a este cumpre prestações estatais; se da família, por igual cumpre prover. E como a pensão previdenciária tem por finalidade suprir a falta do provedor, não é demais, ao contrário, é da lógica que o sistema acuda o dependente até completar vinte e quatro anos, em ordem de concluir sua formação universitária.* Afinal, a contribuição previdenciária tem esse propósito, dentre outros. Apelo desprovido. Unânime. (TJRS – Apelação Civ. nº. 70035852730 – Des. Rel. Genaro José Baroni Borges. Publicado em 07/06/2010) (BRASIL, 2010).

¹⁹ É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a pensão alimentícia é devida até os 24 anos de idade para os dependentes estudantes.

²⁰ Dedução no imposto de renda.

Verifica-se que com fundamento no princípio da isonomia e nas leis infraconstitucionais, outrora citadas, mormente a Lei n. 3.765/60, art. 7º, I, “d”, é claramente cabível uma interpretação analógica e sistemática em favor dos dependentes submetidos ao Regime Geral de Previdência Social, não constituindo impedimento a diferença entre os regimes jurídicos, haja vista que o fato social é o mesmo.

Vale ressaltar que a formação intelectual do indivíduo favorece não apenas ele próprio, mas também a sociedade da qual faz parte, de modo que assim como a formação profissional do indivíduo contribui para o crescimento econômico e social do país, a interrupção compulsória de seus estudos coopera para o aumento da taxa de desemprego, haja vista que a mão-de-obra qualificada é a cada dia mais requisitada pelos empregadores.

Ademais, se a cessação do benefício previdenciário de pensão por morte quando completos os 21 anos de idade do beneficiário significar a interrupção do seu curso superior ou técnico, tendo em vista a inexistência de outros meios de subsistência que lhe garanta a manutenção de suas necessidades básicas e de seus estudos, configurada estará a violação ao seu direito fundamental a educação e, a depender do caso, ao princípio da dignidade humana.

Ressalte-se que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6812/2010, de autoria do Senado Federal, que visa alterar o inciso II, do §2º, do art. 77, da Lei nº 8.2013/91 para estender o direito à pensão por morte aos filhos e dependentes até os 24 anos de idade, quando estudantes. Caso seja aprovado o dispositivo citado passará a ter a seguinte redação:

Art.77 [...]

§2º [...]

II- Para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação, ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, *ou ao completar 24 (vinte e quatro) anos de idade, se cursando ensino superior ou ensino técnico de nível médio*, salvo se for inválido. (BRASIL, 2010, grifo nosso).

A previsão legal permitindo a prorrogação do benefício previdenciário de pensão por morte que aqui se defende é inquestionavelmente importante, mas não é decisiva para impedir que os direitos aqui referidos se concretizem, porquanto com base no princípio da razoabilidade, bem como considerando os fatos que rodeiam uma determinada situação concreta deve-se preterir o princípio da legalidade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, nos casos em que se pleiteiam esta prorrogação do benefício de pensão por morte em razão da condição de estudante, observa-se que majoritariamente o Poder Judiciário tem negado o pedido apegando-se tão somente ao princípio da legalidade, não levantando sequer como argumento a reserva do possível na forma dos princípios da prévia fonte de custeio e do equilíbrio financeiro e atuarial do direito previdenciário. Senão vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR DE 21 ANOS. RECEBIMENTO DE PENSÃO ATÉ A CONCLUSÃO DO CURSO SUPERIOR OU ATÉ OS 24 ANOS. ARTIGO 77, § 1º, B, DA LEI 8.213/91. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. 1. De acordo com o entendimento desta Corte, *em consonância com entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o direito à percepção da pensão por morte cessa quando o beneficiário completa 21 anos de idade, independentemente de sua condição de estudante universitário*. 2. Ausência de previsão legal para o pagamento do benefício ao dependente estudante maior de 21 anos. 3. Agravo regimental improvido. (TRF-1 - AG: 159482620144010000, Relator: JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA (CONV.), Data de Julgamento: 29/10/2014, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 11/11/2014) (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Outrossim, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudências dos Juizados Especiais Federais já firmou entendimento no mesmo sentido, através do enunciado da súmula nº 37, pautando-se na impossibilidade de extensão do benefício

por ausência de dispositivo legal que autorize, *in verbis* a referida súmula: “A pensão por morte, devida ao filho até os 21 anos de idade, não se prorroga pela pendência de curso universitário” (BRASIL, 2007).

Não obstante a posição doutrinária e jurisprudencial majoritária ter um sentido mais legalista entendemos que deve prosperar no caso em tela a preservação do direito a educação e da dignidade da pessoa humana estendendo-se o benefício de pensão por morte quando concorrerem três pressupostos: ser dependente nos termos da lei previdenciária; persistir a dependência econômica em relação ao falecido; e, estar matriculado em curso superior ou técnico.

Por todo o exposto, observe-se que com base no ordenamento jurídico brasileiro, sob a égide de interpretações sistemáticas, teleológicas e conforme a Constituição da República Federativa do Brasil, bem como sabendo-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é informador de todas as normas que compõem este ordenamento, a legalidade, a reserva do possível, e a prévia fonte de custeio não podem constituir óbice para a efetivação do direito à previdência social, porquanto é fundamental à dignidade da pessoa humana, que dada a sua “condição de princípio fundamental da República assume o papel inspirador não só do legislador ordinário, como também do aplicador do Direito, que nunca deve perder de vista seus parâmetros, sob pena de desrespeitar o Ordenamento Jurídico que legitima sua atuação” (BRASIL, 1ª turma STF, 2004).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa buscou analisar as soluções aplicadas, pelos tribunais brasileiros, quando diante de lides que demandam conflito entre a concretização do direito à previdência social e a reserva do possível, considerando que aquele direito é um dos pilares da dignidade da pessoa humana, e este princípio é pau-

tado nas regras constitucionais do equilíbrio financeiro e atuarial e da contrapartida, abordando e conceituando os institutos jurídicos envolvidos no referido conflito e observando a plausibilidade da concessão ou majoração judicial de benefícios previdenciários sem que exista previsão legal de prévia fonte de custeio. Por todo o trabalho aqui exposto observa-se que tais objetivos foram alcançados.

As indagações que nortearam o desenvolvimento desta pesquisa foram as seguintes: Levando em consideração o conjunto de regras e princípios que regem atualmente o ordenamento jurídico brasileiro, é legítima a concessão ou majoração judicial de benefícios previdenciários sem a prévia fonte de custeio? Pode o princípio da Reserva do Possível constituir óbice à concretização do direito à previdência social como meio materializador do princípio da Dignidade da Pessoa Humana?

Após os resultados e discussões pode-se responder que sim para o primeiro questionamento, pois, a depender do caso concreto, quando se interpreta o conjunto de normas brasileiras sistemática e teleologicamente, a concessão ou majoração de benefícios previdenciários, feita pelo Poder Judiciário, é justa. No que tange ao segundo questionamento a resposta é negativa, tendo em vista que o princípio da dignidade da pessoa humana foi colocado pela própria ordem constitucional brasileira em um patamar mais elevado sob o qual se funda todo o aparato jurídico nacional, devendo, portanto prevalecer sobre a reserva do possível e seus corolários, quais sejam, o princípio da contrapartida e do equilíbrio financeiro e atuarial.

Foi à liga de novos fatores históricos e sociais que a República Federativa do Brasil evoluiu juridicamente no sentido de se criar um Estado Social. Uma Carta Política que outrora assentava direitos apenas no plano teórico e buscava uma limitação retórica de poder do Estado até o fim do século XIX, passou a unir a efetividade prática de condições dignas de vida

por meio da abstenção de atos e, principalmente, mediante prestações de serviços pelo Poder Público. Dessa forma, o fenômeno do neoconstitucionalismo agregou-se à nossa história, ainda que tardiamente em relação a outros países, a partir da promulgação da Carta de 1988.

A partir daí, a realização de direitos sociais, entre eles a previdência social, equipararam-se constitucionalmente aos direitos e garantias fundamentais, numa tentativa incansável do legislador de promover o bem comum. A Constituição passou a exigir que determinadas políticas públicas tivessem contornos constitucionais, devendo os administradores públicos fazer a alocação de recursos para garantir, dentro de um núcleo mínimo de direitos, o respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Conforme constatado, na realidade brasileira muitas vezes a teoria não corresponde à prática, tendo a Administração Pública falhado na devida prestação de serviços considerados essenciais, por estar subordinada ao princípio da estrita legalidade. Fato que leva muitas pessoas a buscarem a tutela judicial como forma de efetivação do direito à previdência social, sendo o princípio da legalidade e a escassez de recursos, isto é, a necessidade de prévia fonte de custeio e o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário as principais alegações por parte do Poder Executivo para justificar a não concretização do referido direito fundamental.

Dentro dos embates jurídicos, em que teses e contratações foram apreciadas, diversos argumentos erigiram como se pode observar nas apreciações esboçadas nos resultados e discussões. Os tribunais brasileiros têm adotado teses antagônicas ao apreciar o conflito entre a reserva do possível e o mínimo existencial na seara do direito previdenciário. Entretanto, destaca-se especialmente a tese de que a dignidade da pessoa humana deve sobrepor-se quando em conflito com princípios como o da legalidade e o da reserva do possível. Este posicio-

namento é legítimo, uma vez que se baseia em leis e princípios do ordenamento jurídico brasileiro sob a ótica de interpretações sistemática e teleológica.

Verificou-se que a afirmação de que a dignidade da pessoa humana deve se sobrepor é justificada partindo da premissa de que “a interpretação das leis não deve ser formal, mas antes de tudo, real, humana, socialmente útil, [...] o juiz pode e deve optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum.” (FIGUEIREDO, apud NEGRÃO, 1995, p. 161). Nesta perspectiva não a dúvida de que ao interprete é dado escolher prestigiar a efetivação do direito à previdência social sempre que no caso concreto ele figure como condição para que o indivíduo viva com dignidade.

Além disso, no que se refere ao princípio da legalidade “não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores [...] do direito à dignidade humana [...]” (BRASIL, 2000, MS 111.83). Assim, a estrita legalidade não é argumento suficiente para que a dignidade humana não se efetive por meio das prestações previdenciárias.

Em relação à reserva do possível, vale ressaltar que “a análise de questões previdenciárias requer do magistrado uma compreensão mais ampla, ancorada nas raízes axiológicas dos direitos fundamentais, a fim de que a aplicação da norma alcance a proteção social almejada” (BRASIL, 2014, REsp 1.479.564), afinal maior que a necessidade de prévio custeio para determinadas prestações previdenciárias é a vida, a educação, a saúde, os alimentos. Assim, quando defere a concessão, majoração ou extensão de benefício previdenciário nestas condições o Poder Judiciário propicia, ao menos, que a dignidade das pessoas seja preservada, respeitando-se, conseqüentemente, o texto constitucional.

Em suma, a previdência social é um direito ligado dire-

tamente à vida. Sem previdência não há vida, e, por conseguinte, quando em pleno gozo pelos cidadãos, conjuntamente com outros direitos intrínsecos ao mínimo existencial, dignificada está a existência dos indivíduos. Ademais, conforme a Constituição Federal Brasileira, assim como por todos os argumentos expostos neste trabalho, a Seguridade Social, na qual se insere o direito à previdência social, é direito fundamental garantido a todos e é dever dos Poderes Públicos, através de um conjunto integrado de ações, promover sua eficaz prestação. Assim não ocorrendo, a soberania da federação brasileira não é composta apenas de um Estado-Administrador, muitas vezes mal gerido, e de um Estado-Legislador, por tantas vezes omissivo, mas também de um Estado-Juiz, que possui o dever constitucional de apreciar possíveis ameaças e lesões aos direitos fundamentais dos administrados.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ANDRADE, Fernando Gomes. *Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF*; in: *Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BARBOSA, Rui; PIRES, Homero. *Comentários a Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Acadêmica, 1934.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. N. 9, p. 5. Maio de 2007. Disponível em <<http://search.4shared.com/postDownload/H3zBxPRu/LusRobertoBarrosoNeoconst.html>>. Acesso em: 23.abr.2015.

_____, *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 19.out.2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

_____, *Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos*. In: Miranda, Jorge. *Perspectivas constitucionais*. Lisboa: Coimbra. 1996. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista12/revista12%20%20PAULO%20BONAVIDES%20%E2%80%93%20Constitucionalismo%20Luso-Brasileiro;%20Influxos%20Rec%C3%ADprocos.pdf>>. Acesso em: 12.jul.2014.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 05 de outubro de 1988. Senado, Brasília/DF, 1988.

_____, Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999 – Regulamento da Previdência Social. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Congresso Nacional, Brasília/DF, 07 de maio de 1999.

- _____, Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 – Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Congresso Nacional, Brasília/DF, 31 de agosto de 2008.
- _____, Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 – Plano de Benefícios da Previdência Social. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Congresso Nacional, Brasília/DF, 25 de julho de 1991.
- _____, Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 – Regime Jurídico dos servidores públicos civis da união, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Congresso Nacional, Brasília/DF, 12 de dezembro de 1990.
- _____, Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995 – Altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Congresso Nacional, Brasília/DF, 27 de dezembro de 1995.
- _____, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Congresso Nacional, Brasília/DF, 14 de julho de 1990.
- _____, Lei nº 3.765, de 04 de maio de 1960 – Pensões Militares. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Congresso Nacional, Brasília/DF, 05 de maio de 1960.
- _____, *Projeto de Lei nº 6812/2010*. Brasília: Câmara, 2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=466328>. Acessado em: 11/11/2015.
- _____, *Superior Tribunal de Justiça*. EREsp 696.299 –

Pernambuco, Recurso Especial. Relator (a): Ministro Paulo Gallotti, Julgamento: 04/08/2009. Disponível em: <

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062222/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-696299-pe-2005-0082135-6>>. Acesso em: 06.ago.2015

_____, *Superior Tribunal de Justiça*. MS 11183/PR – Paraná, Mandado de Segurança. Relator (a): Ministro José Delgado, Julgamento: 04/09/2000. Disponível em: <

<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/44/STJ/2000/ROMS11183PR.htm>>. Acessado em: 02.set.2015.

_____, *Superior Tribunal de Justiça*. RMS 36.034 – Mato Grosso, Recurso em Mandado de Segurança. Relator (a): Ministro Benedito Gonçalves, Julgamento: 26/02/2014. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25049542/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-36034-mt-2011-0227834-9-stj/inteiro-teor-25049543>>. Acessado em: 24.set.2015.

_____, *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1.479.564/SP – São Paulo, Recurso Especial. Relator (a): Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Julgamento: 06/11/2014. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152379365/recurso-especial-resp-1479564-sp-2014-0193771-0/relatorio-e-voto-152379372>>. Acessado em: 04.nov.2015.

_____, *Supremo Tribunal Federal*. ADPF-MC 45/DF – Distrito Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator (a): Ministro Celso de Mello, Julgamento: 04/05/2004. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acessado em: 15.set.2015.

-
- _____, *Supremo Tribunal Federal*. SL 47 - AgR/PE – Pernambuco, Suspensão de Liminar no Agravo Regimental 47. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes, Julgamento: 17/03/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acessado em: 17.fev.2015.
-
- _____, *Supremo Tribunal Federal*. HC 83.358-6/SP – São Paulo, Habeas Corpus 83.358-6. Relator (a): Ministro Carlos Britto, Julgamento: 04/05/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79335>>. Acessado em: 11.ago.2015.
-
- _____, *Supremo Tribunal Federal*. STA 175 - AgR/CE – Ceará, Suspensão de Tutela Antecipada. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes, Julgamento: 17/03/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acessado em: 20.mar.2015.
-
- _____, *Supremo Tribunal Federal*. AgR-RE 2º 271.286-8/RS – Rio Grande do Sul, Agravo Regimento – Recurso Especial. Relator (a): Ministro Celso de Mello, Julgamento: 12/09/2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acessado em: 03.ago.2015.
-
- _____, *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Ap 70035852730, Apelação Cível. Relator (a): Desembargador Genaro Jose Baroni Borges, Julgamento: 19 de maio de 2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=863458&ano=2010>. Acessado em: 11/11/2015.
-
- _____, *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. AG: 159482620144010000, Agravo Regimental. Relator (a): Cleberson José Rocha, Julgamento: 29/10/2014. Data

de Publicação: 11/11/2014. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/164669722/agravo-de-instrumento-ag-159482620144010000>>. Acesso em: 13.jul.2015.

_____, *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. AC: 0017373-51.2012.404.9999, Apelação Cível. Relator (a): Rogério Favreto, Julgamento: 16/09/2013. Disponível em < <https://cdn03.previdenciaria.com/wp-content/uploads/2013/09/00173735120124049999-RS.pdf>>. Acessado em: 28.out.2015.

_____, *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. EI: 5010330-02.2013.404.7102 – Rio Grande do Sul, Embargos Infringentes. Relator (a): João Batista Pinto Silveira, Julgamento: 16/04/2015. Disponível em: < <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/185085987/embargos-infringentes-einf-50103300220134047102-rs-5010330-0220134047102>>. Acessado em: 25.ago.2015.

_____, *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. AC: 0007890-89.2015.4.04.9999 – Rio Grande do Sul, Apelação Cível. Relator (a): José Antônio Savaris, Julgamento: 25/08/2015. Disponível em: < <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/228236308/apelacao-civel-ac-78908920154049999-rs-0007890-8920154049999/inteiro-teor-228236397>>. Acessado em: 10.out.2015.

_____, *Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais*. Incidente de Uniformização de Jurisprudência: 0501066-93.2014.4.05.8502 – Sergipe. Relator (a): Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, Julgamento: 23/02/2015. Disponível em: < <https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/uploads/tciZpLK4.pdf>>. Acessado em: 03.nov.2015.

_____, *Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais*. PEDILEF: 50033920720124047205 – Santa Catarina. Relator (a): Wilson José Witzel, Julgamento: 21/10/2015. Disponível em: <
<http://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/250064196/pedido-de-uniformizacao-de-interpretacao-de-lei-federal-pedilef-50033920720124047205>>. Acessado em: 11.nov.2015.

_____, *Turma Nacional de Uniformização*. Súmula n.º 37. A pensão por morte, devida ao filho até os 21 anos de idade, não se prorroga pela pendência do curso universitário. Súmulas. Disponível em: <
<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acessado em: 11/11/2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2014.

CURY; Garrido; Marçura. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n.º. 9784/99)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 188.

GUIMARÃES, Andréa Letícia Carvah. *Análise teórica e prática do neoconstitucionalismo*. Dezembro.2011. Disponível em:

<<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwim-vIv34v7JAhWif5AKHa80ARAQFggpMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.seer.ufu.br%2Findex.php%2Fhorizontecientificoco%2Farticle%2Fdownload%2F13496%2F7804&usg=AFQjCNHhBlfsu9aGrTamKZSFBT99bIkoQg&sig2=PAZao2LC9GBjSXsj1yA&bvm=bv.110151844,d.Y2I>>. Acesso em: 21.set.2015.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Die Normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 11-12.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social como Direito Fundamental*. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAAahU-KEwi90sK4g_LGAhVD0YAKHbDTD2Q&url=http%3A%2F%2Fwww.impetus.com.br%2Fnoticia%2Fdownload%2F21%2Fa-previdencia-social-como-direito-fundamental&ei=yEWxVb3OJsOigwSwp7-gBg&usg=AFQjCNECIHAJyfCpq_ZIPZZq-35A741ThQ&sig2=UWUs9txd-osbo7CShyXW8g&bvm=bv.98476267,d.eXY>. Acesso em: Mar. 2015.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4ª. Edição, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1998.

- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16^a. ed. Revista Atualizada e Ampliada: Saraiva: São Paulo, 2012.
- LIMA, George Marmelstein. *Controle Judicial dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <www.georgemlima.xpg.com.br/emagis.doc>. Acesso em: 23. abr. 2015.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28 ed. Rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 26 ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. 5^a. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Ativismo Judicial e Estado de Direito*. In: *Estado de Direito e Ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- _____, *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos*. Revista Verba Juris. N. 4, p. 79. Janeiro/Dezembro de 2005. Disponível em

<<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14814>>. Acesso em: 23.abr.2015.

VAZ, Levi Rodrigues. *O Princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial no Sistema Previdenciário Brasileiro*. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Vol. 6, p. 04. Fevereiro de 2009. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesqui-sa/fiquePorDentro/temas/fator_previdenciario/levi-rodrigues-vaz](http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/fiquePorDentro/temas/fator_previdenciario/levi-rodrigues-vaz)>. Acesso em: 13.set.2015.