

## **PREVIDÊNCIA E DIGNIDADE: OS DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS ENTRE AS PROMESSAS DE INCLUSÃO E A EFETIVIDADE NA MODERNIDADE PERIFÉRICA**

### ***SOCIAL SECURITY AND DIGNITY: SOCIAL SECURITY RIGHTS BETWEEN PROMISES OF INCLUSION AND EFFECTIVENESS IN PERIPHERAL MODERNITY***

**CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ**

Pós-doutorando em Direito Empresarial, Constituição e Cidadania (UNICURITIBA). Pós-doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra). Doutor em Direito Público (UNISINOS/RS). Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB/DF). Juiz Federal Aposentado. Professor do Centro Universitário Santa Cruz (UNISANTACRUZ/PR). Email: [ca.tomaz@uol.com.br](mailto:ca.tomaz@uol.com.br).

**PEDRO PEREIRA PIMENTA**

Doutor em Ciências Jurídico-Políticas (Universidade de Lisboa). Mestre em Direito Constitucional (Universidade de Lisboa). Juiz Federal em Belo Horizonte/MG. Email: [Pedro.pimenta@trf6.jus.br](mailto:Pedro.pimenta@trf6.jus.br).

**REGINALDO GONÇALVES GOMES**

Pós-Doutor em Filosofia (Faculdade Jesuíta – FAJE/MG). Doutor em Direito Processual (PUC/MINAS). Mestre em Direitos Fundamentais (Universidade de Itaúna/MG). Mestrando em Filosofia (UFOP/MG). Pós-graduado em Ciências Penais (Unisul/SC e LFG). Pós-graduado em Direito do Estado (Anhanguera/LFG). Assessor Jurídico do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais – TRE/MG. Email: [regisgomes17081964@gmail.com](mailto:regisgomes17081964@gmail.com).

### **RESUMO**

A partir de uma abordagem crítico-dedutiva, este artigo analisa as relações entre as estruturas textuais-normativas e a efetividade na interpretação dos direitos previdenciários. O artigo evidencia o paradoxo dos princípios e, imprimindo-lhes relevância como pauta regulatória, expõe a relação entre as estruturas textuais-normativas e a efetividade da dignidade, para revelar, em conclusão, como as promessas incumpridas de modernidade acolhidas pela Constituição brasileira amargam em detrimento de conteúdos, significados e sentidos que não espelham a ordem como um problema de vida. Para tanto, apresenta casos pontuais da jurisprudência brasileira em abono às proposições apresentadas.

**Palavras-chave:** Previdência Social; dignidade; direitos; modernidade periférica.



## ABSTRACT

This article, based on a critical-deductive approach, analyzes the relationship between textual-normative structures and the effectiveness in interpreting social security rights. The article highlights the paradox of principles and, by attributing regulatory relevance to them, exposes the relationship between textual-normative structures and the effectiveness of dignity. It ultimately reveals how the unfulfilled promises of modernity, as embodied in the Brazilian Constitution, result in a deterioration of content, meaning, and sense that fail to reflect the legal order as a matter of life. Thus, it presents specific cases from Brazilian jurisprudence in support of the proposed arguments.

**Keywords:** Social Security; dignity; rights; peripheral modernity.

## 1 INTRODUÇÃO

A partir de uma abordagem crítico-dedutiva, este artigo analisa as relações entre as estruturas textuais normativas e a efetividade quando está em causa a interpretação dos direitos previdenciários.

A esse escopo, de plano, a ordem jurídica será encarada como um problema de vida e não apenas como um objeto do pensar e aqui nos valeremos da lição de Nélson Saldanha. Na sequência, o paradoxo da existência dos princípios será analisado ao fito de evidenciar que é na práxis que a existência dos princípios resta comprovada, mas tendo ciência de que se é comprovada, é exatamente porque eles teriam uma existência aprioristicamente. Esse exame tem como objetivo sobrelevar a importância dos princípios na experiência jurídica ao permitirem descortinar significados e sentido dos textos das pautas regulatórias do sistema jurídico, entre elas, os próprios princípios, valendo-nos, aqui, do pensamento de Dworkin.

A partir daí, o artigo apresenta um exame do princípio da dignidade na experiência dos Estados da modernidade periférica, o que possibilitará, enfim, divisar em conclusão, como as promessas incumpridas de modernidade acolhidas pela Constituição brasileira amargam em detrimento de conteúdos, significados e sentidos que não espelham a ordem como um problema de vida. Para tanto, serão apresentados casos enfrentados pela jurisdição brasileira em que a ordem jurídica está sendo enfrentada como um problema de vida, com apego à socialidade e não exclusivamente como um objeto de pensar.



## 2 A ORDEM COMO UM PROBLEMA DE VIDA, NÃO APENAS UM OBJETO DO PENSAR

Recordando Ortega quando afirmava que não existe uma realidade “enquanto tal”, nem um “ser enquanto ser”, e que o ser emerge como uma resposta ao homem que pergunta por ele, Saldanha registra com bastante precisão que “a ordem se torna inteligível a partir do modo como os homens a veem, quer se trate da ordem ‘natural’, quer das formas de ordem social.” Por isso, o jusfilósofo pernambucano conclama para “a responsabilidade dos pensadores e estudiosos que analisam as estruturas da história, as do poder, as do direito.”<sup>1</sup>.

E Saldanha prossegue em sua reflexão registrando, com enorme convicção, que “como o ser “é ser” em função do pensar que o afirma, assim ocorre com a ordem: só que a ordem é um problema da vida, não apenas um objeto do pensar.”<sup>2</sup> A ordem jurídica, como um plano ou faixa da ordem social “se conexiona com a história das formas assumidas pela organização exterior da convivência humana”<sup>3</sup>. Daí porque não pode ser reduzida à prescrição de comandos, ou seja, apenas ao texto legal, mas compreendida na iteratividade desse com as estruturas de vida onde o homem desenvolve os mais variados papéis.

A lição de Saldanha volta-se para mostrar que se em um primeiro nível a ordem, enquanto texto que diz algo, encontra-se carregada de significados e o seu cumprimento [ou violação] confirma suas significações, mas, por outro lado, divisar tais significações comporta uma atitude compreensível do que se mostra inteligível no plano concreto e por isso o sistema jurídico constitui uma ordem, tal qual o sistema político e econômico, na

<sup>1</sup> SALDANHA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, nota à segunda edição.

<sup>2</sup> SALDANHA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 103.

<sup>3</sup> SALDANHA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 241.

medida em que é compreensível e interpretável em direção ao concreto; isto é, a uma aplicação<sup>4</sup>, que nem sempre coincide com os seus significados.<sup>5</sup>

### 3 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS

Para Dworkin todo indivíduo tem direitos morais que devem ser assegurados pelo Poder Judiciário independentemente de prescrição normativa (decisão política primária)<sup>6</sup>, como os decorrentes de outras pautas regulatórias de condutas, como a prática social (costume), o precedente judicial e sobretudo os princípios. Ele sustenta que os direitos individuais como princípio jurídico fundamental preferem aos fins coletivos. Tais direitos são *construídos* a partir dos *princípios* ou das *políticas públicas*.<sup>7</sup>

A tese dos direitos, que a partir daí emerge, ampara-se na circunstância de que nenhuma diretriz política ou nenhum objetivo social coletivo (*políticas públicas*) podem preferir aos direitos individuais, decorrendo, desde aí, a relevância da função garantidora dos direitos como uma das mais importantes do sistema jurídico.

A função garantidora, que realça a importância da jurisdição, deve ser entendida no sentido de que os direitos devem ser assegurados contra as agressões da maioria e do governo. Calsamiglia, ao escrever sobre a teoria de Dworkin e referindo-se à função garantidora em face da maioria, coloca o seguinte exemplo:

Imaginemos que cuatro personas deciden asociarse para practicar deporte. Crean una sociedad y en sus estatutos estipulan que las decisiones se tomarán por el acuerdo de la mayoría. Una vez constituida la sociedad se decide por unanimidad la construcción de una pista de tenis. Una vez construida la pista, los socios deciden por mayoría que una de las personas asociadas – que es de raza negra – no puede jugar porque no quieren negros en la pista. ¿Acaso la ley de la

<sup>4</sup> “A ordem se aplica, ao nível das vidas humanas situadas, como algo que tem significação e que por seu turno lhes dá significação. Pois a significação das vidas é correlata com a ordem por cujos preceitos se pautam, e são os próprios homens que assimilam aquela significação. Se a ordem foi feita por eles, os valores que a preenchem são responsabilidade deles, e a assimilação da ordem corrobora sua aplicação pelos homens.” (SALDANHA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

<sup>5</sup> “os significados são *atribuídos* à ordem, e pode haver discrepância entre a atribuição de significados por parte dos que elaboram a ordem, e a atribuição pelos que se encontram “sob” a ordem ou dentro dela.” (SALDANHA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 15.

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 128 – 132.

mayoría es una ley justa? Si eso se puede hacer, ¿qué sentido tiene el derecho a la igual consideración y respeto?<sup>8</sup>

E prossegue Calsamiglia afirmando que “Una teoría que se tome en serio los derechos no considerará válido este acuerdo porque la persona discriminada tiene un derecho individual que puede triunfar frente a la mayoría. El derecho a no ser discriminado adquiere relevancia frente a os bienes colectivos y sólo es un auténtico *derecho* si puede vencer a la mayoría.”<sup>9</sup>

Partindo do pressuposto que os juristas se deparam com casos difíceis que não poderiam ser solucionados pela ausência de prescrição normativa, vagueza ou indeterminação do direito, Dworkin assevera que na experiência cotidiana “eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas e outros tipos de padrões.” Isso porque, prossegue Dworkin, “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.”<sup>10</sup>

A importância dos princípios na teorização de Dworkin vetoriza-se para dois sentidos. Primeiramente, a oposição dos princípios às chamadas normas de políticas públicas, que constitui o âmago, o eixo de tensão das decisões judiciais. Em segundo plano, a oposição dos princípios às regras, revela no processo construtivista a necessidade de ponderação na colisão principiológica: a eleição de um princípio não pode ocorrer a ponto de aniquilar por completo o outro colidente, em defesa da preservação do sistema.

É preciso, contudo, ter em mente que um princípio não pretende estabelecer as condições que fazem sua aplicação necessária, ao contrário, ocupa-se, isso sim, de enunciar uma razão que conduza o argumento em uma certa direção (que pode não ser

<sup>8</sup> CALSAMIGLIA, Albert. **Ensayo sobre Dworkin**. In: DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio (prefácio). Barcelona: Editorial Plantea-De Agostini, 1993, p. 17 – 18.

<sup>9</sup> CALSAMIGLIA, Albert. **Ensayo sobre Dworkin**. In: DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio (prefácio). Barcelona: Editorial Plantea-De Agostini, 1993, p. 17 – 18.

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.



a sufragada, o que não significa que o princípio tenha deixado de existir no sistema), mas, ainda assim, insiste Dworkin, necessita de uma decisão particular.<sup>11</sup>

É exatamente nesse ponto que Streck<sup>12</sup> abraça a análise feita por Magalhães<sup>13</sup> que divisa os princípios gerais do direito como um paradoxo na medida em que

não existem, uma vez que são criados em função das consequências que produzem, mas, por outro lado, existem, pois produzem determinadas consequências (dando lugar não exatamente a estas consequências, que podem não ser exatamente aquelas esperadas, mas a efeitos que surgem em função da expectativa de que tais consequências se produzam). Os juízes não criam o direito (embora certamente produzam direito), porque interpretam o direito aplicando seus princípios gerais; mas, na realidade, aplicando estes princípios tendo em vista determinadas consequências, eles na verdade criam direito<sup>14</sup>, porque nem todas as consequências e, portanto, nem todos os princípios, podem ser previstos pelo direito.” (grifos originais)<sup>15</sup>

Assim, exatamente por não possuírem um conteúdo semântico, princípios em colisão não se excluem, sujeitam-se antes à ponderação, critério balizador da função garantidora que, sem dúvida, possui o condão de afastar a originalidade da decisão judicial que não estaria criando direito retroativamente senão garantindo direito pré-existente. Devem, assim, os princípios ser validados como chaves de interpretação e fontes de crítica e (des)legitimação do existente<sup>16</sup>, de onde se divisa sua função cotidiana como um *topos* hermenêutico.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 41.

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 108 – 110.

<sup>13</sup> MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O Uso Criativo dos Paradoxos do Direito. A Aplicação dos Princípios Gerais do Direito pela Corte de Justiça Europeia. In: **Paradoxo da Auto-observação**. ROCHA, Leonel Severo (Org.). Curitiba: JM Editora, 1997, p. 269.

<sup>14</sup> A autora se refere à decisão judicial como norma jurídica de caráter particular, vale dizer, criando direito apenas entre as partes.

<sup>15</sup> Magalhães, a partir daí, questiona: “Como sair deste(s) paradoxo(s)? Como o direito reage e opera tendo em vista seus paradoxos? E ela acrescenta, depois, sem ambiguidade, o seguinte: “...podemos constatar que os princípios não têm um conteúdo semântico, no sentido de que podem determinar o direito sob o plano do conteúdo. O princípio da igualdade serve para admitir, em determinados casos, o retorno à desigualdade na igualdade. Por isto, nem mesmo a dogmática tem a pretensão de que os princípios não sejam contraditórios entre si. Eles são concebidos como estruturas elásticas o suficiente para compensar a rígida binaridade do código do legal e do ilegal. (MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O Uso Criativo dos Paradoxos do Direito. A Aplicação dos Princípios Gerais do Direito pela Corte de Justiça Europeia. In: **Paradoxo da Auto-observação**. ROCHA, Leonel Severo (Org.). Curitiba: JM Editora, 1997, p. 269).

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno. Nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46.

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 110.

Portanto, os princípios, no pensamento dworkiniano, são erigidos à condição de justificação da estrutura jurídica, política e moral. Sua utilização, nessa conformidade, deixa de ter um caráter supletivo, significa dizer que não servem apenas de escoro para, no processo jurídico decisório, o juiz deles se valer como marco regulatório, quando não encontrar regras. Eles atuam, nessa conformidade, como pauta de regulação de conduta, ou seja, como normas.

#### 4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE E AS PROMESSAS DE INCLUSÃO AINDA NÃO CUMPRIDAS NOS ESTADOS DA MODERNIDADE PERIFÉRICA

A Constituição brasileira de 1988 guindou a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, III). Ao lado disso, expressou os objetivos fundamentais a serem alcançados pelo Estado: I) construir uma sociedade livre, justa e solidária; II) garantir o desenvolvimento nacional; III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e IV) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º)<sup>18</sup>. Assim, a dignidade humana, para além do conteúdo histórico, temporal e filosófico, possui conteúdo normativo. Significa dizer, com outras palavras, que o comando emergente do art. 1º, III, da Constituição possui conteúdo, mesmo constituindo um princípio fundamental, possui conteúdo deôntico, ou seja, deve destilar direitos e obrigações a governantes e governados na experiência republicana brasileira. Esses direitos e obrigações se enfeixam no elenco dos objetivos do Estado vazados no art. 3º do Carta e que se decompõe em vários dispositivos ao longo do texto.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15.03.2024.

<sup>19</sup> Em sua redação original, a CF/88 ainda faz menção à dignidade: 1) no art. 170 [a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos existência digna]; 2) no art. 226, §7º [dignidade da pessoa humana como um dos princípios do planejamento familiar]; 3) no art. 230 [proteção da pessoa idosa com base em sua dignidade] e 4) no art. 42, § 7º [perda do posto e patente por militar considerado indigno. Em virtude das modificações promovidas pelas emendas constitucionais, na redação atual da CF/88, referentemente à dignidade, ocorrem as seguintes alterações: 1) nova redação do art. 227 [passa a assegurar o *direito à dignidade* entre os direitos das crianças, adolescentes e jovens]; 2) supressão do já mencionado § 7º, do art. 42 [perda do posto e patente por dignidade do militar]; 3) acréscimo do inciso IV ao § 3º, do art. 142 [prever a perda da patente ou posto de militar das forças armadas considerado indigno]; 4) acréscimo: art.

Tendo como fio condutor a dignidade humana como fundamento, Streck parte do pressuposto de que os Estados periféricos não conseguiram ultrapassar o projeto da modernidade, mais especificamente, não passaram pelo Estado de Bem-Estar-Social e se veem projetados na sociedade global com esse *déficit* de tal sorte que se avulta pertinente a permanência de uma *capacidade compromissária-dirigente* do texto constitucional apta a revelar uma *Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia* ou uma *Teoria da Constituição dirigente-compromissária adequada a países periféricos*, que “deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das *promessas da modernidade incumpridas*.”, que expressam conquistas civilizatórias e se encontram albergadas no art. 3º da Constituição ao estabelecer os objetivos a serem alcançados pelo Estado<sup>20</sup>.

E Streck prossegue afirmando que “a força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental.” Ele não tem dúvida de que o art. 3º da Constituição brasileira projeta o núcleo de especificidade desvelador das promessas incumpridas da modernidade tardia, que conduz à força normativa da constituição<sup>21</sup> que se pretende preservar e que se desloca por caminho contrário ao percorrido pelas políticas neoliberais. “O atendimento a esses fins sociais e econômicos é condição de possibilidade da própria inserção do Estado Nacional na seara da pós-modernidade globalizante.”<sup>22</sup>

---

79 dos ADCT [cria o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza com o objetivo de viabilizar aos brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência].

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 133 e 135.

<sup>21</sup> No sentido tomado por Hesse que vê as possibilidades e limites da força normativa da constituição atreladas à sua historicidade, faticidade e finitude, de modo que o elemento normativo permita a conformação da realidade política e social (HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, fl. 24). como contraponto às ideias de Lassalle, que limitava a capacidade normativa da constituição à compatibilidade com uma constituição real que se identifica com os fatores reais e efetivos de poder político, econômico, militar, sociológico, etc, cujo confronto se revelava em detrimento da constituição escrita, que se viria reduzida a uma *folha de papel* (LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 25).

<sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 139 – 141, *passim*.



Trabalhar a Constituição brasileira, de feição nitidamente dirigente-compromissária, impõe atenção redobrada a uma compreensão que se irradia sob duas considerações: a) o constitucionalismo dirigente periférico deve levar em conta o núcleo básico geral da Teoria da Constituição (a construção do Estado Democrático de Direito sob o influxo do binômio *democracia – direitos humanos*); e b) a consideração do núcleo de especificidades peculiares à modernidade periférica e os elementos especificamente identificáveis a cada Estado.<sup>23</sup> A medida dessa compreensão deve encontrar-se alçada em um equilíbrio de tal maneira que a defesa das imposições constitucionais a partir do recorte de normas-fins e normas-tarefas não conduza ao *autismo nacionalista e patriótico*<sup>24</sup>, da mesma forma que em nome do “novo contrato global” não se solape os direitos já conquistados e o desejo de inclusão dos povos periféricos.

A partir dessas considerações, assume relevância o problema do controle formal e material das políticas públicas. De fato, a consideração do núcleo básico da Constituição “implica trabalhar com a noção de “meios” aptos para a consecução dos fins.”, emergindo “a reivindicação do direito à realização de políticas públicas para a concretização do programa constitucional”<sup>25</sup>.

Impende registrar que divisar a atuação da jurisdição constitucional em defesa do constitucionalismo periférico, ainda dirigente, não implica desconsiderar “outras formas de direcção política que vão desde os modelos regulativos típicos da *subsidiariedade*, isto é, modelo de autodirecção social estamentalmente garantidos até aos *modelos neocorporativos* passando pelas formas de *delegação* conducente a regulações descentradas e descentralizadas.”<sup>26</sup> Dito de outra maneira, confiar no constitucionalismo dirigente não implica olvidar a existência de outros polos nômicos de escolha de conteúdos e definição de procedimentos na emergência de movimento e

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 134.

<sup>24</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano 4, n. 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 15.

<sup>25</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 141.

<sup>26</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano 4, n. 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 9.

mobilizações sociais, todavia, na experiência periférica, mais especificamente na brasileira, a partir da qual deslocamos nossas preocupações, se o caminho é conformar a atuação a fim de resgatar o cumprimento das promessas constitucionais, o recurso ao Poder Judiciário não pode ser relegado.

Ao lado da *flexibilização participativa* a atuação pelo próprio Estado apropriada “à jurisdição a tarefa gloriosa de responder satisfatoriamente às pretensões deduzidas em juízo que buscam ver materializados aqueles conteúdos” e deve ser exercida de modo a “tirar o proveito possível dos conteúdos e procedimentos constitucionais positivados”, ou projetados a partir de sua metanarratividade.<sup>27</sup>

O problema, nessa contextura, é “saber se os juízes têm instrumentos metódicos e metodológicos para concretizarem a direcção constitucional de direitos sociais”, questiona Canotilho. Boa parte da doutrina, aqui e alhures, se mostra reticente, tal qual o mestre português quando não partilha integralmente da orientação e estratégia hermenêuticas relativas ao “direito ao mínimo existencial”<sup>28</sup> porque revelam um “abuso do recurso à dignidade da pessoa humana tendente a “dessubstantivar” todos os outros direitos, quer de liberdades, quer sociais”, alvitando, a partir daí, que uma “jurisprudência aparentemente amiga da dignidade da pessoa humana e das suas refracções sociais pode, afinal, ser uma jurisprudência que encapuçadamente se recusa a olhar de frente para o direito à igual *dignidade social* (e não apenas dignidade da pessoa humana), o direito à *igualdade distributiva*, o direito ao *desenvolvimento da personalidade*, o direito a *níveis essenciais de prestações sociais* inerentes aos direitos sociais.” Todavia, não hesita em divisar o norte: o juiz participa da política porque desempenha um papel considerado adequado para assumir a cumplicidade de partilhar os valores e interesses

<sup>27</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 72 e 95.

<sup>28</sup> Segundo Canotilho essa estratégia hermenêutica projeta-se no seguinte sentido: “1) direito ao mínimo prestacional para uma existência condigna é um direito prestacional originário fundado num direito fundamental da dignidade da pessoa; 2) os direitos, liberdades e garantias transportam uma dimensão *objectiva* conducente à ressubjectivização de posições prestacionais, configurando-se, assim, eles próprios em esquemas de garantia dos direitos sociais.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: **Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 12).

dos grupos e indivíduos que perante ele reivindicam direitos e posições prestacionais negados ou bloqueados pelos decisores político-representativos.”<sup>29</sup>.

Já é hora que enfrentarmos alguns casos da jurisdição brasileira no âmbito da previdência exatamente à guisa de articular os elementos até aqui coligidos e permitir algumas conclusões.

## 5 TRÊS CONTEXTOS DECISÓRIOS CARREGADOS DE SIGNIFICADOS

Nas linhas seguintes, queremos submeter à apreciação os níveis de argumentação de algumas decisões judiciais. Primeiramente, vamos enfrentar uma decisão da jurisdição federal de Belo Horizonte, Minas Gerais, envolvendo questão sobre o auxílio reclusão. Na sequência, uma questão transversa sobre a isenção do Imposto de Renda sobre os proventos de aposentadoria definida em duas súmulas do STJ. Por último, a inclusão do menor sob guarda como segurado da Previdência.

Antes, porém, porque absolutamente pertinente, recordemos a lição de Adeodato quando chama a atenção para não se separar a teoria da práxis. E procedendo a uma abordagem das bases metodológicas da pesquisa em direito observa que

não obstante o Direito constituir matéria eminentemente prática, os juristas pouco mencionam a “prática” do Direito quando escrevem seus trabalhos “teóricos”. Dificilmente eles se referem a seus “trabalhos de campo”, a suas experiências práticas como operadores jurídicos, para confirmar empiricamente suas teses, o que, em outras áreas, constitui-se metodologia unânime dos pesquisadores.<sup>30</sup>

Não é por outra razão que resolvemos trazer a lume os seguintes dados empíricos ao escopo de confrontar hipóteses e ensejar a conclusão deste artigo.

### 5.1 DADO EMPÍRICO Nº 01: AUXÍLIO RECLUSÃO

<sup>29</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: **Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 12 – 13.

<sup>30</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. In: *Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, nº 7, Brasília: CEJ, jan./abr. 1999, p. 145.

JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DE MINAS GERAIS

SEGUNDA TURMA RECURSAL

RECURSO Nº 25547-40.2011.4.01.3800<sup>31</sup>

EMBARGANTE: Ministério Público Federal

EMBARGADO: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

ORIGEM: SSJ de Belo Horizonte/MG

EMENTA-VOTO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* DAS ANOTAÇÕES DA CTPS EM FACE DOS DADOS CONSTANTES DO CNIS. OMISSÃO CONFIGURADA. EMBARGOS DO MPF PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. O MPF opõe embargos de declaração ao acórdão que deu provimento ao recurso do INSS. Alega, em síntese, que a) há omissão no julgado, que não se manifestou sobre o fato de o INSS ter deduzido, nas razões recursais, matéria que não foi veiculada na contestação, incorrendo em inovação recursal, e b) os extratos de CNIS carreados ao processo contrariam a presunção de veracidade da anotação da CTPS, em que se funda o recurso da parte ré, pois informam que o último recolhimento previdenciário antes da prisão do segurado ocorreu, em 05/2008, em valor inferior ao estabelecido na Portaria Interministerial nº 77/08.

2. Entendo que não há falar em inovação recursal, uma vez que a cópia da CTPS, na qual consta o último vínculo empregatício do segurado instituidor do benefício, antes do recolhimento à prisão, foi trazida aos autos pela própria parte autora (DOCUMENTAÇÃO INICIAL – 12/05/2011 – fl. 8), sendo certo que a dedução, nas razões recursais, de novos argumentos jurídicos não fere o princípio de vedação à inovação recursal, sobretudo, neste caso, em que, baseando-se em documento apresentado pela parte autora com a inicial, insurgiu-se o INSS contra a caracterização de segurado de baixa renda levada a efeito pelo Juízo sentenciante, com base em dados lançados no CNIS, também constantes dos autos.

3. Entretanto, com razão o MPF, em relação à qualidade de segurado de baixa renda do instituidor do benefício ora pleiteado, quando argumenta que “os extratos de CNIS carreados ao processo contrariam a presunção de veracidade da anotação da CTPS em que se funda o recurso do INSS”, de modo que “não se pode desprezar que as informações constantes do CNIS, trazidas aos autos pela própria autarquia federal, não indicam qualquer recolhimento entre os períodos de 07/2008 a 08/2011” (PETIÇÃO RECEBIDA – EPROC EMB. DECL. MPF – 11/09/2017 – fl. 5).

4. Com efeito, o acórdão embargado reconheceu que as anotações constantes da CTPS gozam de presunção de veracidade, nos termos das Súmulas 12/TST e 225/STF. De acordo com a Súmula 12/TST, “as anotações apostas pelo empregador na Carteira Profissional do empregado não geram presunção *juris et de jure* mas apenas *juris tantum*”, ou seja, têm presunção relativa de veracidade, que pode ser afastada por meio de prova contrária, o que vai ao encontro do entendimento do STF manifestado por meio da sua Súmula 225, *verbis*: “não é absoluto o valor probatório das anotações da Carteira Profissional”. Nesse aspecto, precisamente, verifica-se a omissão do julgado, devidamente apontada pelo MPF nos embargos declaratórios, isto é, há nos autos prova de que o rendimento bruto do segurado (art. 13 da EC 20/98) é inferior ao teto estabelecido pela Portaria Interministerial nº 77/08.

<sup>31</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. Juizado Especial Federal de Minas Gerais. Segunda Turma Recursal. **Recurso Nº 25547-40.2011.4.01.3800**. Acesso *in loco*.



5. Não obstante o lançamento na CTPS do segurado recluso do salário de R\$870,00 (DOCUMENTAÇÃO INICIAL – 12/05/2011 – fl. 8), o CNIS registra apenas um recolhimento, para a competência 06/2008, com base no rendimento bruto de R\$425,00, que, aliás, é compatível com os rendimentos anteriores auferidos pelo segurado (instituidor do benefício).

6. Assim dispõe o art. 13 da EC 20/98, ao tratar do auxílio-reclusão:

*“Art. 13. Até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.”* (destaquei)

7. Como se observa, o referencial para a concessão do benefício de auxílio-reclusão é a renda bruta mensal, que pode diferir do salário contratado, representando o rendimento efetivamente auferido pelo trabalhador, ao final do mês laboral. Não há na legislação previdenciária norma que especifique o que seja “renda bruta”. Assim, a definição a ser adotada, por analogia, é aquela dada pelo art. 37 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 3.000/99), fundada no art. 43, I e II, do CTN e no art. 3º, §1º, da Lei 7.713/88, verbis: *“constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, os proventos de qualquer natureza, ...”*. Tal definição, inclusive, é compatível com a definição de “salário de contribuição” do segurado empregado, nos termos do art. 28, I, da Lei 8.212/91, como se observa da transcrição a seguir:

*“28. Entende-se por salário-de-contribuição:*

*I – para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa,”* (destaquei)

8. Ademais, o art. 116, caput, do Decreto 3.048/99 dispõe que: *“o auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$360,00 (trezentos e sessenta reais).”* (destaquei)

9. Nesse diapasão, se tomarmos o último salário de contribuição do segurado recluso (R\$425,00, em 06/2008), tem-se que o valor é inferior àquele previsto na Portaria Interministerial MPS/MF nº 77, de 11/03/08 (R\$710,08).

10. Nesses termos, conheço dos embargos declaratórios interpostos pelo MPF, pois tempestivos, e dou-lhes parcial provimento, para negar provimento ao recurso do INSS e manter a sentença recorrida.

11. Considerando que o provimento destes embargos tem por consequência o não provimento do recurso inominado do INSS, condeno a autarquia previdenciária ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 20% sobre o valor da condenação. Isento de custas.

É como voto.

ACÓRDÃO



Decide a 2ª Turma Recursal/MG CONHECER DOS EMBARGOS DO MPF e DAR-LHES PARCIAL PROVIMENTO, nos termos do voto do relator.

Nesse julgado, a segunda turma recursal do Juizado Especial Federal de Minas Gerais anotando que a presunção dos dados constantes da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS é *juris tantum*, afastou a anotação da CTPS e admitiu como prova para caracterizar a qualidade de segurado de baixa renda, o valor constante do CNIS trazido ao processo pelo próprio INSS. A decisão privilegia a ordem jurídica como um problema de vida. Encontra-se alçada numa pré-compreensão que busca bem equacionar o binômio *inclusão x exclusão* e, sem dúvida, imprime efetividade à dignidade como princípio fundamental do Estado brasileiro (CF: art. 1º, III, e direciona-se a implementar as promessas de modernidade que consubstanciam os objetivos do Estado (CF: art. 3º).

## 5.2 DADO EMPÍRICO Nº 02: ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE OS PROVENTOS DE APOSENTADORIA

Contextualização: O art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88<sup>32</sup>, concede isenção do Imposto de Renda Pessoa Física aos proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna entre outras doenças. A União (Fazenda Nacional) não defere o pedido de isenção quando já ocorreu a remissão total de câncer, normalmente após 05 anos do tratamento e perícia médica oficial.

Na jurisprudência, a matéria obteve o seguinte tratamento:

No âmbito do TRF1:

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO - SERVIDOR INATIVO - IMPOSTO DE RENDA - NÃOINCIDÊNCIA - MOLÉSTIA GRAVE - NEOPLASIA MALIGNA - LAUDO PERICIAL - LIMITAÇÃO DE ISENÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - LEI Nº 9.250/95, ART. 30, § 1º - INAPLICABILIDADE - LEIS NºS 7.713/88, ART. 6º, XIV, E 8.112/90, ART. 1º, I, E § 1º - NORMAS APLICÁVEIS - PERÍCIA MÉDICA -

<sup>32</sup> BRASIL. **Lei nº 7.713, de 22.12.88**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7713.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm). Acesso em 23.04.2024.

CONVICÇÃO DO MAGISTRADO - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTS. 131 E 436 - APLICABILIDADE. a) Recurso - Apelação em Mandado de Segurança. b) Decisão de origem - Denegada a Segurança.

- Os médicos responsáveis pela elaboração do laudo médico-pericial concluíram que o Apelante é portador de moléstia especificada no art. 186, § 1º, da Lei nº 8.112/90, que considera doença grave e INCURÁVEL, para efeito de concessão de aposentadoria a servidor por invalidez permanente de que trata o inciso I do referido artigo, a NEOPLASIA MALIGNA.

- Se, mesmo depois de decorridos cinco anos, ainda existe a POSSIBILIDADE de que ocorra METÁSTASE, não se pode afirmar, categoricamente, que a doença é passível de controle.

- A tese defendida pelo Autor, "desnecessidade da contemporaneidade da moléstia, bastando apenas o seu anterior cometimento" (fls. 211), encontra amparo na jurisprudência, pois, "após a retirada do tumor, e mesmo sem apresentar sintomas da doença, o portador da neoplasia maligna sempre necessitará de um acompanhamento médico permanente, realizando exames periodicamente". (APELREEX nº 2007.80.00.005981-0/AL - Relator Desembargador Federal Marco Bruno Miranda Clementino - TRF/5ª Região - Quarta Turma - UNÂNIME - D.J. 11/11/2008 - pág. 219.)

- "O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos." (Código de Processo Civil, art. 436.).

"Merece reforma a r. sentença, pois o fato de não haver 'evidência de atividade do carcinoma', não significa que o portador se encontra curado da doença. Assim, não é necessário que a doença (neoplasia maligna) esteja em atividade para que o seu portador faça jus à isenção, uma vez que o espírito da lei é justamente favorecer o tratamento de seu portador, ainda que seja para impedir sua manifestação no organismo.

Apelação provida: segurança concedida." (AMS nº 2006.38.00.039097-7/MG - Relator Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (Convocado) - TRF/1ª Região - Sétima Turma - UNÂNIME - e-DJF1 19/12/2008 - pág. 609.) 6 - Apelação provida.

Sentença reformada.

Segurança concedida" (AMS 0053036-33.2003.4.01.3800, Rel. Des. Federal CATÃO ALVES, DJ 16.04.2010, p. 329)."<sup>33</sup>

No âmbito do STJ:

Na corte nacional de justiça, a matéria, nessa conformidade, encontra-se sumulada:

SÚMULA 627: "O contribuinte faz jus à concessão ou à manutenção da isenção do Imposto de Renda, não se lhe exigindo a demonstração da contemporaneidade dos sintomas da doença nem recidiva da enfermidade".<sup>34</sup>

SÚMULA 598: "desnecessária a apresentação de laudo médico oficial para o reconhecimento judicial da isenção do imposto de renda, desde que o magistrado

<sup>33</sup> BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. AMS 0053036-33.2003.4.01.3800**, Rel. Des. Federal CATÃO ALVES. Publicado em: DJ 16.04.2010, p. 329.

<sup>34</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça – STJ. Súmula 627**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=SUMULA+627&operador=e&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>. Acesso em: 19.04.2024.



entenda suficientemente demonstrada a doença grave por outros meios de prova".<sup>35</sup>

Observe-se que o tratamento jurisprudencial da matéria privilegiou considerar a ordem jurídica como um problema de vida. Com efeito, doenças graves, como o câncer, requerem atenção, cuidados e acompanhamento médico permanente por toda a vida. Sempre há a hipótese de uma recidiva. Daí porque, não pode prevalecer a interpretação que propugne por entender que a isenção do Imposto de Renda do aposentado apenas ocorra até os primeiros cinco anos após a remissão.

Por outro lado, a apresentação de exames e laudos médicos, ainda que não oficiais, significa dizer, produtos de tratamento particular do aposentado, podem se avultar suficiente para o convencimento do juiz, não se avultando necessária perícia do INSS ou prova produzida em processo.

O acesso a esse benefício tão necessário aos aposentados ainda tem encontrado obstáculo numa questão processual: a exigência de requerimento administrativo. Essa tese, que conduz à carência de ação e consequente extinção do processo, tem sido sustentada em juízo pela Fazenda Nacional e acolhida por alguns magistrados. Todavia, no âmbito do STF o tema já se encontra afetado a julgamento de recurso repetitivo. Espera-se para breve o julgamento com a consolidação da tese de que não é imprescindível para o ajuizamento da ação judicial, a exigência de comprovação de requerimento administrativo<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça – STJ. Súmula 598.** Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=SUMULA+598&operador=e&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>. Acesso em: 19.04.2024.

<sup>36</sup> Nesse ponto, sustentamos a não incidência da tese fixada no Tema 350 do STF, que exige, como condição de procedibilidade da ação para concessão de benefício previdenciário, a exigência de requerimento administrativo. Com efeito, não se trata aqui de concessão de benefício previdenciário, mas de direito decorrente: a isenção do Imposto de Renda dos proventos do aposentado, ou seja, o benefício previdenciário já foi concedido: A tese do tema 350 do STF encontra-se assim exposta: I - A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas; II – A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado; III – Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão; IV – Nas ações ajuizadas

### 5.3 DADO EMPÍRICO Nº 03: O PROBLEMA DO MENOR SOB GUARDA COMO DEPENDENTE PREVIDENCIÁRIO

Contextualização prévia: a Medida Provisória nº 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97, alterou o art. 16, § 2o. da Lei 8.213/91, retirando o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS. Decorrentemente, o menor sob guarda não faria mais jus à pensão por morte.

Na jurisprudência a matéria restou assim tratada:

No âmbito do STJ:

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.411.258 - RS (2013/0339203-9)<sup>37</sup>

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

EMBARGANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

EMBARGADO: T C F S

INTERES.: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP) - "AMICUS CURIAE"

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

EMENTA DIREITO PREVIDENCIÁRIO E HUMANITÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR. APLICAÇÃO PRIORITÁRIA OU PREFERENCIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COM FIM DE ASSEGURAR A MÁXIMA EFETIVIDADE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. VAZIO NORMATIVO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO INSS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Corte Especial do STJ, em Questão de Ordem suscitada pelo Ministério Público Federal no julgamento dos EREsp. 727.716/CE perante a 3a. Seção, foi

antes da conclusão do julgamento do RE 631.240/MG (03/09/2014) que não tenham sido instruídas por prova do prévio requerimento administrativo, nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (a) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (b) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; e (c) as demais ações que não se enquadrem nos itens (a) e (b) serão sobrestadas e baixadas ao juiz de primeiro grau, que deverá intimar o autor a dar entrada no pedido administrativo em até 30 dias, sob pena de extinção do processo por falta de interesse em agir. Comprovada a postulação administrativa, o juiz intimará o INSS para se manifestar acerca do pedido em até 90 dias. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir; V – Em todos os casos acima – itens (a), (b) e (c) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. EDcl no REsp Nº 1.411.258 – RS. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201303392039&dt\\_publicacao=22/06/2018](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303392039&dt_publicacao=22/06/2018). Acesso em: 25.04.2024.

provocada a se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 16, §3o. da Lei 8.213/1991, com redação dada pela Medida Provisória 1.523/1996, que retirou o menor sob guarda do rol de beneficiários da pensão por morte, assentando o entendimento de que o incidente de inconstitucionalidade somente é imprescindível quando a declaração de ilegitimidade de um dispositivo legal seja indispensável ao julgamento da causa, o que não é o caso dos autos, uma vez que a lei superveniente não negou o direito à equiparação.

2. A omissão legislativa da lei previdenciária não tem o condão de impedir que os infantes percebam a referida pensão, vez que, pelo critério da especialidade, terá primazia a incidência do comando previsto no referido art. 33, § 3o. do ECA, cuja exegese assegura que o vínculo da guarda conferirá à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito.

3. A Primeira Seção firmou a orientação de que a legislação previdenciária, no tocante à pensão por morte devida ao menor sob guarda, deve ser interpretada em conformidade com o princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente (art. 227 da CF), como consectário do princípio fundamental da dignidade humana e base do Estado Democrático de Direito, bem assim com o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 33, § 3o. da Lei 8.069/1990).

4. Embargos de Declaração do INSS rejeitados.

ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os Embargos de Declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 13 de junho de 2018 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Ministro Relator

### Tema Repetitivo 732<sup>38</sup>

Data de publicação: 21/02/2018

Órgão julgador

PRIMEIRA SEÇÃO

Ministro Relator: NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Ramo do direito

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Questão submetida a julgamento

Discussão: concessão do benefício de pensão por morte a menor sob guarda.

Tese Firmada

O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária.

<sup>38</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Tema Repetitivo 732. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=732&cod\\_tema\\_final=732](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=732&cod_tema_final=732). Acesso em: 25.04.2024.





No âmbito do STF:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.878 DISTRITO FEDERAL<sup>39</sup>  
RELATOR: MIN. GILMAR MENDES  
REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. EDSON FACHIN  
REQTE. (S) :PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA  
INTDO. (A/S) :PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
INTDO. (A/S) :CONGRESSO NACIONAL  
AM. CURIAE. :INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS - ANEPREM  
AM. CURIAE. :INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP  
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – DPU

EMENTA: AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 16, § 2º, DA LEI N.º 8.213/1991. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N.º 9.528/1997. MENOR SOB GUARDA. PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA. ART. 227, CRFB. INTERPRETAÇÃO CONFORME, PARA RECONHECER O MENOR SOB GUARDA DEPENDENTE PARA FINS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, DESDE QUE COMPROVADA A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA.

1. Julgamento conjunto da ADI nº 4.878 e da ADI nº 5.083, que impugnam o artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, na redação conferida pela Lei nº 9.528/1997, que retirou o “menor sob guarda” do rol de dependentes para fins de concessão de benefício previdenciário.

2. A Constituição de 1988, no art. 227, estabeleceu novos paradigmas para a disciplina dos direitos de crianças e de adolescentes, no que foi em tudo complementada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990). Adotou-se a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta, que ressignificam o status protetivo, reconhecendo-se a especial condição de crianças e adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento.

3. Embora o “menor sob guarda” tenha sido excluído do rol de dependentes da legislação previdenciária pela alteração promovida pela Lei nº 9.528/1997, ele ainda figura no comando contido no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), que assegura que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e direitos, inclusive previdenciários.

4. O deferimento judicial da guarda, seja nas hipóteses do art. 1.584, § 5º, do Código Civil (Lei n.º 10.406/2002); seja nos casos do art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), deve observar as formalidades legais, inclusive a intervenção obrigatória do Ministério Público. A fiel observância dos requisitos legais evita a ocorrência de fraudes, que devem ser combatidas sem impedir o acesso de crianças e de adolescentes a seus direitos previdenciários.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.878 DISTRITO FEDERAL.** Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756677410>. Acesso em: 26.02.2024.



5. A interpretação constitucionalmente adequada é a que assegura ao “menor sob guarda” o direito à proteção previdenciária, porque assim dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente e também porque direitos fundamentais devem observar o princípio da máxima eficácia. Prevalência do compromisso constitucional contido no art. 227, § 3º, VI, CRFB.

6. ADI 4878 julgada procedente e ADI 5083 julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16, da Lei n.º 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o “menor sob guarda”, na categoria de dependentes do Regime Geral de Previdência Social, em consonância com o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, nos termos do art. 227 da Constituição da República, desde que comprovada a dependência econômica, nos termos em que exige a legislação previdenciária (art. 16, § 2º, Lei 8.213/1991 e Decreto 3048/1999).

#### A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário de 28 de maio a 7 de junho de 2021, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar procedente a ação, de modo a conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o “menor sob guarda”, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, vencidos os Ministros Gilmar Mendes (Relator), Alexandre de Moraes, Marco Aurélio, Nunes Marques e Luiz Fux (Presidente).

Brasília, 8 de junho de 2021.  
Ministro EDSON FACHIN  
Redator para o acórdão Documento

Como se vê, tanto o STJ quanto o STF construíram decisões encarando a ordem jurídica como um problema de vida. E quando consideraram o princípio humanitário e a máxima eficácia dos direitos fundamentais, fortaleceram a dignidade como princípio fundamental do Estado, viabilizando, igualmente, inclusão.

Impende registrar que tramita no Congresso Nacional projeto de lei que altera o § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para equiparar ao filho do segurado o menor sob sua guarda. A matéria deverá ser acompanhada para que, uma vez sancionada a lei, possa-se examinar sua extensão e se realmente o seu escopo é ampliar a efetividade do direito.

## 6 CONCLUSÃO

O lugar da dignidade, quando se trata de previdência social, requer atenção, mais que isso, um compromisso sério com as promessas de modernidade – que consubstanciam os objetivos a serem alcançados pelo Estado – estabelecidas na Constituição brasileira.

A proliferação de decisões que recorrem a esse apelo, no âmbito da conformação das políticas públicas, não pode ser compreendida como um nocivo assistencialismo, quando elas se voltam para ensejar o cumprimento da Constituição, revelando o exercício da função garantidora de direitos inerente à jurisdição. Interessa, isso sim, é que elas sejam construídas sob o pálio do critério da coerência e da integridade, ou seja, que elas espelhem a comunidade como uma visão coerente dos princípios que lhe governam e, ainda, que elas sejam tomadas com consistência, isto é, que revelem responsabilidade política no exercício da jurisdição. Dizendo de outro modo, que elas revelem a ordem jurídica como um problema de vida, não apenas como um objeto de pensar.

Nos Estados de modernidade tardia, quando as decisões judiciais apontam para a existência de mínimos existenciais o fazem em nome do princípio fundamental da dignidade e isso se avulta como um recurso válido na experiência desses Estado, como o Brasil, onde as promessas de modernidade não foram ainda cumpridas. O exame dos dados empíricos apresentados assim o confirma.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em: 15.03.2024.

BRASIL. **Lei nº 7.713, de 22.12.88**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7713.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm) . Acesso em 23.04.2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal – STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.878 DISTRITO FEDERAL**. Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756677410>. Acesso em: 26.02.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. EDcl no REsp Nº 1.411.258 – RS. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201303392039&dt\\_publicacao=22/06/2018](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303392039&dt_publicacao=22/06/2018). Acesso em: 25.04.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Súmula 598. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=SUMULA+598&operador=e&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>. Acesso em: 19.04.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Súmula 627. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=SUMULA+627&operador=e&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>. Acesso em: 19.04.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Tema Repetitivo 732. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=732&cod\\_tema\\_final=732](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=732&cod_tema_final=732). Acesso em: 25.04.2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. AMS 0053036-33.2003.4.01.3800. Publicado em: DJ 16.04.2010, p. 329.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. Juizado Especial Federal de Minas Gerais. Segunda Turma Recursal. Recurso Nº 25547-40.2011.4.01.3800.

CALSAMIGLIA, Albert. **Ensayo sobre Dworkin**. In: DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio (prefácio). Barcelona: Editorial Plantea-De Agostini, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano 4, n. 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: **Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno. Nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O Uso Criativo dos Paradoxos do Direito. A Aplicação dos Princípios Gerais do Direito pela Corte de Justiça Europeia. In: **Paradoxo da Auto-observação**. ROCHA, Leonel Severo (Org.). Curitiba: JM Editora, 1997.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.