



COMISSÃO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – OAB/SP
GRUPO DE ESTUDOS DE BENEFÍCIOS

NOTA TÉCNICA 004/2022

OBJETIVO: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA REGRA DE CÁLCULO DA APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE PREVISTA NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 103/2019

A Emenda Constitucional nº. 103, de 2019 reformou as regras previdenciárias, enrijecendo os requisitos para a concessão dos benefícios, bem como reduzindo a renda mensal paga aos segurados e dependentes.

No que diz respeito ao cálculo dos benefícios, embora a normatização sempre tenha ficado a cargo do legislador infraconstitucional, a própria Emenda nº. 103/2019 tratou de estipular regra provisória até que a lei venha a disciplinar a matéria. De todo modo, o que era previsto na Lei Federal nº. 8.213/91, especialmente no artigo 29, foi revogado tacitamente pela norma posterior e superior hierarquicamente, que trouxe regra diversa.

Para o cálculo da aposentadoria por incapacidade (anteriormente denominada aposentadoria por invalidez), a regra anterior, do artigo 29 da Lei Federal nº. 8.213/91, estabelecia como salário de benefício a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, ou decorrido desde a competência julho de 1994 para o segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a edição da Lei Federal nº. 9.876/99.



Já a nova regra, definida no artigo 26 da Emenda Constitucional nº. 103/19, prevê que o cálculo do benefício utilizará a média aritmética simples dos salários de contribuição correspondente a cem por cento do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência. E o valor do benefício de aposentadoria, em regra, corresponderá a sessenta por cento dessa média, com acréscimo de dois pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de vinte anos de contribuição para os homens ou quinze anos de contribuição para as mulheres.

Com isso, para conseguir a aposentadoria com cem por cento da média, o segurado homem precisa comprovar quarenta anos de contribuição, enquanto que a segurada mulher deve ter ao menos trinta e cinco anos de contribuição.

Apenas no caso da aposentadoria pela regra de transição do artigo 20 da Emenda Constitucional nº. 103/19 e da aposentadoria por incapacidade permanente, quando decorrer de acidente de trabalho, de doença profissional e de doença do trabalho, o valor do benefício será de cem por cento da média aritmética, independente do tempo de contribuição.

A partir da análise constitucional da nova regra de cálculo, bem como do estudo da jurisprudência, especialmente o acórdão proferido pela Turma Regional de Uniformização Previdenciária do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, no julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 5003241-81.2021.4.04.7122/RS, relatado pelo juiz federal Daniel Machado da Rocha, concluímos pela inconstitucionalidade da regra para a concessão da aposentadoria por incapacidade, quando não decorrente de acidente de trabalho, de doença profissional e de doença do trabalho.



Vislumbramos a violação aos princípios da isonomia, da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios (1), da proporcionalidade (2), da irredutibilidade do valor dos benefícios (3) e da vedação ao retrocesso social (4).

(1) da violação ao princípio da isonomia da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios:

O princípio da isonomia é traduzido pela máxima, definida por Aristóteles: *“Devemos dar um tratamento igual aos iguais e um tratamento desigual aos desiguais, na medida das suas desigualdades”*. A expressão traduz as duas dimensões da isonomia, a formal e a material, sendo que a primeira é protegida pelo artigo 5º, *caput* e I, da Constituição, enquanto que a segunda é objetivo da República, expresso no artigo 3º, III, da mesma Carta.

A nova regra de cálculo da aposentadoria, introduzida pela Emenda nº. 103/2019, não é isonômica para segurados em pé de igualdade e equipara situações desiguais, contribuindo para a desigualdade. Assim, há violação às duas vertentes do princípio da igualdade.

Apesar de a Constituição, especialmente no artigo 201, I, não fazer distinção do motivo da incapacidade, protegendo o risco, que é a incapacidade laboral permanente, a regra de cálculo do benefício trata de forma desigual aquele que ficou incapacitado para o trabalho por acidente de trabalho, doença do trabalho ou doença profissional e os demais incapacitados para o trabalho.

Ocorre que o risco a ser protegido nas duas situações é o mesmo, a incapacidade laboral. O segurado não escolhe o motivo pelo qual ficará incapacitado para o trabalho. Assim, se o risco é o mesmo e a necessidade do segurado incapacitado para o trabalho é



igual, independente do motivo ensejador, definir que o valor do benefício é menor para a incapacidade sem relação de causalidade com o trabalho não é isonômico.

Por outro lado, observa-se que o cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, salvo na hipótese de acidente de trabalho, é o mesmo da aposentadoria programada.

Ao equiparar o cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente com a aposentadoria programada, que é voluntária, a competência reformadora ignora a distinção fundamental entre os dois benefícios, a previsibilidade/imprevisibilidade. A contingência social incapacidade permanente é imprevisível, isto é, o segurado não tem como programar o momento em que deixará de ser ativo para o trabalho por motivo de doença ou acidente. O evento incapacitante aparece contra a vontade da pessoa.

Além disso, ao aposentado por incapacidade laboral a legislação veda o retorno à atividade laboral, sem prejuízo do benefício previdenciário (artigo 46 da Lei Federal nº. 8.213/91). Em contrapartida, quem se aposenta por tempo de contribuição e idade ainda pode continuar trabalhando, o que complementa a sua renda mensal.

Assim, usar a mesma regra para o cálculo da aposentadoria por incapacidade da que é aplicada para a aposentadoria voluntária, hipótese em que o segurado pode optar por permanecer trabalhando e contribuindo para majorar o valor do seu benefício, agride o princípio da igualdade material.

Pelo mesmo motivo, o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios (art. 194, parágrafo único, III, da Constituição Federal) resta violado. A seletividade exige que se selecionem os benefícios e serviços que melhor atendam a população, visando o bem-estar dos segurados. Já a distributividade implica na necessidade de observância da justiça social (justiça distributiva), capaz de garantir que



os benefícios sejam concedidos, em primeiro lugar, aos mais carentes e que tais prestações sejam adequados às reais situações de necessidade.

No caso da aposentadoria por incapacidade sem causalidade com a atividade laboral, o benefício é insuficiente para atender as necessidades do segurado, nem tampouco se atenta ao fato de que o incapacitado, na maior parte das vezes, necessita de cuidados médicos, que o tornam mais vulnerável que o aposentado sem incapacidade.

(2) da violação à proporcionalidade:

A regra da proporcionalidade é frequentemente aplicada, principalmente no controle de constitucionalidade, a fim de evitar excessos do poder público em atenção aos direitos fundamentais previstos na Constituição. Assim, o exame da proporcionalidade da medida estatal deve atender a três critérios, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Todavia, no Estado Democrático e Social de Direitos, além da garantia de direitos individuais, cuja proteção se dá pela mínima interferência, estão protegidos os direitos sociais, que demandam atuação positiva do Estado para dar efetividade aos mandamentos constitucionais.

Com isso, a proporcionalidade assume outra vertente, que não se resume a contenção de excessos. Trata-se da proibição da proteção insuficiente, quer dizer, tendo a Constituição previsto o direito social, não sendo o poder público eficiente na sua promoção, a proteção é insuficiente.

O risco social da incapacidade permanente não decorrente de acidente de trabalho não está suficientemente protegido com a nova regra de cálculo do benefício. A



proteção à incapacidade de menor extensão (temporária) pode ser mais efetiva, tendo em vista que a regra de cálculo do auxílio por incapacidade temporária (até a Emenda nº. 103/2019 denominado auxílio-doença) não foi alterada pela Reforma Constitucional, permanecendo a renda mensal correspondente a noventa e um por cento do salário-de-benefício.

Com isso, o benefício para a incapacidade temporária só vai ser menos vantajoso ao segurado com, pelo menos, trinta e seis anos de contribuição, ou para a segurada com trinta e um anos de contribuição.

Isso comprova que a incapacidade permanente, risco social constitucionalmente previsto, não está suficientemente protegida.

(3) da violação ao princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios:

Como dito no tópico anterior, o auxílio por incapacidade temporária pode ser mais vantajoso que a aposentadoria por incapacidade permanente. Aliás, é provável que isso ocorra, na medida em que só com trinta e seis anos de contribuição para os homens e trinta e um anos de contribuição para as mulheres, o valor do benefício corresponderá a noventa e dois por cento da média aritmética simples dos salários de contribuição.

Com isso, o que acontece com o benefício previdenciário, quando a pessoa recebe o auxílio por incapacidade temporária e, em razão de agravamento de sua incapacidade, fica total e permanentemente incapaz para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência?

É certo que a lei aplicada é a vigente na data da transformação do auxílio na aposentadoria. Então, se o auxílio por incapacidade temporária for mais benéfico que a



aposentadoria, a consequência seria a redução do valor do benefício. O agravamento da condição que ensejou a concessão de prestação previdenciária resultaria em redução do valor do benefício.

No entanto, a Constituição prevê, em seu artigo 194, parágrafo único, IV, o objetivo da seguridade social de irredutibilidade do valor do benefício.

Desta forma, como o valor do benefício pode reduzir, ainda mais em situação em que há agravamento da incapacidade do segurado, há clara violação ao objetivo inserido no artigo 194, parágrafo único, IV, da Constituição.

(4) da vedação ao retrocesso social:

Por fim, a significativa redução do valor da aposentadoria por incapacidade consiste em retrocesso social, pois o Estado acabou por rebaixar em muito o valor do benefício de pessoas com incapacidade laboral para o resto da vida.

O princípio da proibição ao retrocesso social, também conhecido como “proibição de contrarrevolução social” ou da “revolução reacionária” como ensina o Professor José Joaquim Gomes Canotilho, consiste na impossibilidade de aniquilação do núcleo essencial de direitos sem esquemas alternativos ou compensatórios.

Tal princípio, inclusive, restou implicitamente resguardado no artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal, que destaca a melhoria da condição social do trabalhador.

É certo que a vedação ao retrocesso social nada pode fazer em face da ausência de recursos do Estado, a chamada “reserva do possível fática”.



Porém, mesmo a reserva do possível não pode ser usada como desculpa para a efetivação de qualquer direito social. Os direitos que compõem o núcleo vital do ser humano (mínimo vital) devem sempre estar entre as prioridades do Estado. Logo, se há recursos para questões não essenciais, como a publicidade do governo e de determinadas políticas públicas, como ocorreu inclusive no caso da Reforma da Previdência em que houve volumoso gasto com a propaganda da própria Reforma, a ausência de recursos não pode ser usada como justificativa para a redução da proteção social.

É fato que os direitos sociais, como os benefícios previdenciários, oneram os cofres públicos. Porém, a proteção de direitos políticos e de liberdade, como a propriedade, também é custosa para o Estado, pois exige todo o aparato estatal para o exercício do poder de polícia, que inclui o Poder Judiciário, e da democracia pelo voto dos eleitores. Por outro lado, não se cogita a redução do Estado na defesa propriedade e da democracia, pois isso é essencial ao Estado Democrático de Direito.

Acontece que os direitos sociais também são essenciais ao Estado Democrático de Direito e a redução da proteção estatal deveria seguir a mesma baliza.

No caso do cálculo da aposentadoria por incapacidade laboral não acidentária, limitar o valor do benefício previdenciário a sessenta por cento da média aritmética das contribuições consiste em retrocesso social, pois um dos grupos mais vulneráveis, que é o dos incapazes para o trabalho, doentes, acidentados e sem condições de se manter financeiramente por conta própria, acabou pagando a conta da escassez de recursos públicos do Estado.



ADRIANE BRAMANTE DE CASTRO LADENTHIN

Presidente da Comissão Especial de Direito Previdenciário da OAB/SP

FELIPE PENTEADO BALERA

Membro do Grupo de Estudos da Comissão Especial de Direito Previdenciário da
OAB/SP