

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO CÁLCULO DA APOSENTADORIA POR  
INCAPACIDADE PERMANENTE APÓS A VIGÊNCIA DA EMENDA  
CONSTITUCIONAL Nº 103/2019**

*Andressa Abreu da Silva Almeida<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente artigo busca realizar uma análise sobre a inconstitucionalidade da redação do artigo 26 da Emenda Constitucional nº 103/2019 no que concerne a sua aplicação ao cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente (antiga aposentadoria por invalidez) quando não decorrente de acidente do trabalho, doença profissional ou doença do trabalho. Para tanto, apresenta um breve exame sobre a história da previdência social brasileira e do benefício da aposentadoria por invalidez no Brasil. Além disso, o estudo aborda alguns dos princípios constitucionais e previdenciários aplicáveis ao tema, tudo com a finalidade de verificar o contexto em que a proteção social está inserida e quais as diretrizes utilizadas pelo legislador até então. Ainda, o artigo traz informações sobre ações diretas de inconstitucionalidade em andamento no Supremo Tribunal Federal e recentes decisões judiciais proferidas em ações individuais que declararam o referido dispositivo inconstitucional. Ao final, o presente artigo apresenta uma síntese conclusiva sobre o tema proposto.

**Palavras-chaves:** Emenda Constitucional nº 103/2019. Inconstitucionalidade do artigo 26. Cálculo da aposentadoria por invalidez de natureza previdenciária. Proteção de direitos sociais.

**Abstract:** This article analyses the unconstitutionality of the article 26 of Constitutional Amendment no. 103/2019 wording, regarding the retirement for permanent incapacity when not due to an accident at work, professional or occupational disease. For that, the article presents a brief historical analyse of Brazilian social security and the disability retirement benefit in Brazil. In addition, the study addresses some constitutional and social security principles applicable to the subject, all with the purpose of verifying the context in which social protection is inserted and which guidelines have been used by the legislator until then. Also, the article brings information about Direct Unconstitutionality Action before the Federal Supreme Court and the recent procedures that determine measures handed down directly in unconstitutional provisions. In the end, this article presents a conclusive synthesis of the proposed theme.

**Keywords:** Constitutional Amendment No. 103/2019. Article 26 is unconstitutional. Calculation of retirement due to disability of a social security nature. Protection of social rights.

## **INTRODUÇÃO**

Com a publicação da Emenda Constitucional nº 103/2019, o cálculo de aposentadoria por invalidez passou a ser realizado conforme a previsão do artigo 26, §2º, III, e §5º daquele texto, abaixo transcrito:

---

<sup>1</sup> Advogada, inscrita na OAB/RS sob o nº 90.843, especialista em Direito Previdenciário pela ESMAFE/RS, membro efetivo da Comissão de Seguridade Social - CSS OAB/RS, associada ao Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP e sócia do escritório Abreu Almeida Advocacia. E-mail: andressa@abreualmeida.adv.br

## Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência.

(...)

**§ 2º O valor do benefício de aposentadoria corresponderá a 60% (sessenta por cento) da média aritmética definida na forma prevista no caput e no § 1º, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição nos casos:**

I – do inciso II do § 6º do art. 4º, do § 4º do art. 15, do § 3º do art. 16 e do § 2º do art. 18;

II – do § 4º do art. 10, ressalvado o disposto no inciso II do § 3º e no § 4º deste artigo;

**III – de aposentadoria por incapacidade permanente aos segurados do Regime Geral de Previdência social**, ressalvado o disposto no inciso II do § 3º deste artigo;

e

(...)

§ 5º O acréscimo a que se refere o caput do § 2º será aplicado para cada ano que exceder 15 (quinze) anos de tempo de contribuição para os segurados de que tratam a alínea “a” do inciso I do § 1º do art. 19 e o inciso I do art. 21 e para as mulheres filiadas ao Regime Geral de Previdência social.

**(Grifamos)**

Antes da publicação da referida norma, o cálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) da aposentadoria por invalidez, independentemente da natureza da incapacidade, era equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

Atualmente, conforme se denota da leitura do dispositivo acima transcrito, somente os casos de aposentadoria por incapacidade permanente (após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 103/2019 mudou a nomenclatura da aposentadoria por invalidez e, por isso, será adotada no presente artigo) decorrentes de acidente de trabalho, de doença profissional e de doença do trabalho terão a Renda Mensal Inicial equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, situação que gera verdadeiro descompasso com o objetivo das normas de proteção social.

A alteração constitucional causa evidente prejuízo aos segurados que, por uma infelicidade, buscam o amparo previdenciário em razão do acometimento por uma incapacidade que lhes retira, de forma permanente, a capacidade para o exercício de qualquer atividade profissional.

Insta salientar que o benefício por incapacidade, no qual se inclui o benefício por incapacidade permanente, trata-se de verdadeiro benefício não programável, eis que apenas a vontade do segurado não é suficiente para acarretar a percepção do benefício.

## Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Além disso, considerando a conduta do homem médio, é possível presumir que nenhum segurado planeje o seu acometimento por uma doença totalmente incapacitante visando a percepção de um benefício previdenciário. Nessa senda, caso tal infortúnio ocorra, não sendo constatada nenhuma relação da patologia com o trabalho ou atividade profissional, nos termos da nova legislação, o segurado pode ter sua renda mensal reduzida em até 40% (quarenta por cento).

Diante de tal situação, o presente estudo pretende encontrar elementos que corroborem com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 26 da Emenda Constitucional nº 103/2019.

Para isso, parte-se de um resumo sobre o contexto histórico que a previdência social brasileira e o benefício de aposentadoria por invalidez estão inseridos. Além disso, busca-se analisar a aplicação de princípios constitucionais e previdenciários relacionados ao tema, bem como a evolução legislativa do benefício até a data atual.

Ao final, através da apresentação de ações de declaração de inconstitucionalidade que estão em tramitação e de algumas decisões judiciais aplicadas em casos individuais, busca-se contribuir com o debate que se instaura em relação ao tema, tão penoso para os segurados da previdência social.

### **1. BREVE CONTEXTO HISTÓRICO SOBRE A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL**

Antes de adentrarmos ao estudo do benefício previdenciário de aposentadoria por incapacidade permanente – nomenclatura dada pela Emenda Constitucional nº 103 de 2019 à aposentadoria por invalidez – e a inconstitucionalidade do cálculo do valor do benefício inaugurado pela referida emenda constitucional, insta realizarmos um apanhado sobre o contexto histórico em que a previdência social se desenvolveu no Brasil.

Conforme doutrina majoritária, o nosso país só conheceu regras de seguridade social de abrangência geral em meados do século XX. Antes, a proteção social era encontrada apenas em algumas normas isoladas de caráter meramente pragmáticas.

A ideia de proteção social, onde se inclui a previdência, teve início ainda no período colonial com a criação das Santas Casas de Misericórdia e, em 1785, com o estabelecimento do Plano de Beneficência dos Órfãos e Viúvas dos Oficiais da Marinha.

## Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Em 1821, através de um decreto que concedia aposentadoria aos mestres e professores após trinta anos de atividade, o Brasil publicou a primeira regra previdenciária e, em 1888, regulamentou normas sobre a concessão de aposentadoria aos empregados dos Correios.

Dois anos depois, em 1890, foi publicado um novo decreto dispendo sobre regras de aposentadoria para os empregados da Estrada de Ferro Central do Brasil, posteriormente estendida a outros ferroviários.

Até aqui é possível concluir que a ideia de proteção social foi criando espaço no direito brasileiro aos poucos, tendo início em normas destinadas a determinadas categorias de trabalhadores (vinculados a empresas específicas ou, ainda, ao setor público) e, com o passar do tempo, essas normas foram sendo disseminadas para a categoria em geral.

De qualquer sorte, a doutrina majoritária considera a Lei Eloy Chaves, publicada em 24/01/1923, como sendo a primeira norma previdenciária brasileira. A referida lei criou caixas de aposentadorias e pensões nas empresas de estradas e ferro existentes, mediante a contribuição dos trabalhadores, das empresas e do Estado. Após, seguindo o modelo criado pela Lei Eloy Chaves, outras caixas foram criadas para atender diversos ramos da atividade econômica.

Com isso, em 1930, foram criados os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPAS), vinculados ao governo federal, determinando que a filiação dos trabalhadores passaria a se dar por categorias profissionais, superando a organização através de empresas.

Em 1960 foi criado o Ministério do Trabalho e da Previdência social e promulgada a Lei 3.807/60 – Lei Orgânica da Previdência social – LOPS, que, em que pese ainda não disciplinasse normas para trabalhadores em geral, uniformizou regras previdenciárias para os institutos até então existentes.

Apenas em 1967 foi criado um sistema previdenciário unificado com a criação do INPS – Instituto Nacional da Previdência social, criado pelo Decreto-lei 72, de 21/11/1966, e dez anos depois foi criado o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência social (INAMPS) com a finalidade específica de oferecer assistência médica aos segurados, sendo extinto após suas competências serem transferidas ao Sistema Único de Saúde – SUS, criado pela Constituição Federal de 1988.

## Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

O INPS, por sua vez, foi substituído pelo INSS em 1990 e, no ano de 1991, foram publicadas as Leis nº 8.213 e 8.212 que regulamentam os benefícios previdenciários e o custeio, respectivamente.

Desde então, a legislação previdenciária passou por algumas modificações, especialmente instituídas por Emendas Constitucionais como a 20/1998, 41/2003, 47/2005 e, a mais recentemente e objeto do nosso estudo, 103/2019.

Conforme é possível observar pela síntese histórica realizada, a história da Previdência social no Brasil teve início com a inauguração de regras protetivas destinadas a alguns trabalhadores vinculados a empresas específicas e, posteriormente, dirigidas para certas categorias profissionais. Somente com o passar do tempo que foram sendo criadas regras gerais de proteção social.

A Previdência social como conhecida hoje é uma criação recente, visto a necessidade de uniformização de regras para todos os trabalhadores e seus dependentes.

Diante do apanhado histórico acima realizado, é possível afirmar que a história da Previdência social demonstra uma grande preocupação do legislador em ampliar o caráter protetivo da norma para todos os trabalhadores e seus dependentes, indo em direção diametralmente oposta a supressão de direitos.

Com isso, o próximo tópico do presente estudo pretende abordar a evolução da aposentadoria por invalidez na legislação previdenciária brasileira até a publicação da Emenda Constitucional nº 103/2019.

## **2. EVOLUÇÃO DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ NA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA**

Conforme mencionado no breve cotejo histórico em que a proteção social foi inserida no direito brasileiro, inicialmente, as normas previdenciárias (assistenciais) eram voltadas especialmente para trabalhadores de determinadas categorias.

Foi nesse contexto histórico que a aposentadoria por invalidez foi disciplinada pela Constituição Federal de 1891 que inseriu em seu texto o artigo 75<sup>2</sup>, abaixo transcrito:

---

<sup>2</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em 07.09.2022, às 15:32hs.

## Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Art. 75 – A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação.

Doutrinariamente, o grande marco de concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez adveio com a publicação da Lei Eloy Chaves (Decreto nº 4.682/1923) quando disciplinou, em seu artigo 10, que “*a aposentadoria será ordinária ou por invalidez*”<sup>3</sup>.

Após, a criação do IAPS e, posteriormente, a publicação da LOPS, foram determinantes para a inclusão da aposentadoria por invalidez dentre os principais direitos a serem protegidos pelo Estado.

Leciona BITTENCOURT, 2018, p. 174 que a aposentadoria por invalidez

Trata-se de importante instrumento de proteção social, destinada a suprir a impossibilidade de exercício de atividade profissional decorrente de problemas de saúde. Percebe-se, então, que, além de estar alijado de sua renda em decorrência da situação incapacitante, o Segurado acaba tendo que realizar, muitas vezes, gastos ainda mais severos para custear tratamentos de saúde, compras de medicamentos, contratação de cuidadores, enfermeiros, etc., Há, certamente, desequilíbrio econômico considerável, devendo haver a competente cobertura do risco social envolvido.

Na Constituição Federal de 1988, a proteção a invalidez está prevista no artigo 201:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:  
I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada;

A redação do dispositivo acima transcrito foi incluída pela Emenda Constitucional nº 103/2019, publicada no Diário Oficial da União em 13 de novembro de 2019, que instituiu um novo modelo de Previdência social, modificando requisitos, formas de cálculo de concessão e até mesmo nomenclatura dos benefícios previdenciários.

Na Lei nº 8.213/1991, o cálculo da aposentadoria por invalidez, independentemente de sua natureza, se acidentária ou não, consistia numa renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

Nos termos do artigo 44 da referida lei, com redação dada pela Lei nº 9.032/1995, o cálculo da aposentadoria por invalidez era realizado da seguinte forma:

<sup>3</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dpl/DPL4682-1923.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL4682-1923.htm). Acesso em 06.09.2022, às 11:15hs

## Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Art. 44. A aposentadoria por invalidez, inclusive a decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III, especialmente no art. 33 desta Lei.

Veja que a natureza do benefício, se previdenciária ou acidentária, não consiste em fator determinante para o cálculo da Renda Mensal Inicial.

Esclarece BITTENCOURT, 2021, p. 116 que

Ao longo das últimas décadas a diferenciação entre benefício acidentário e não acidentário foi perdendo espaço, pelo menos no que tange aos reflexos previdenciários, sobretudo após a edição da Lei n. 9.032/1995. Atualmente, para fins previdenciários, pelo menos nos reflexos para o Segurado, pouco importa se sofreu um acidente do trabalho ou de qualquer natureza. O valor deles é o mesmo e, por exemplo, o acidente de qualquer natureza também passou a gerar o direito de percepção ao auxílio-acidente.

Ocorre que, entre as alterações promovidas pela Emenda Constitucional n° 103/2019, destaca-se a regra prevista no artigo 26, §§ 2º, III, e 5º, daquele diploma, abaixo transcrito:

Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência.

(...)

§ 2º O valor do benefício de aposentadoria corresponderá a 60% (sessenta por cento) da média aritmética definida na forma prevista no caput e no § 1º, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição nos casos:

I - do inciso II do § 6º do art. 4º, do § 4º do art. 15, do § 3º do art. 16 e do § 2º do art. 18;

II - do § 4º do art. 10, ressalvado o disposto no inciso II do § 3º e no § 4º deste artigo;

III - de aposentadoria por incapacidade permanente aos segurados do Regime Geral de Previdência social, ressalvado o disposto no inciso II do § 3º deste artigo; e

(...)

§ 5º O acréscimo a que se refere o caput do § 2º será aplicado para cada ano que exceder 15 (quinze) anos de tempo de contribuição para os segurados de que tratam a alínea "a" do inciso I do § 1º do art. 19 e o inciso I do art. 21 e para as mulheres filiadas ao Regime Geral de Previdência social.

Nos termos do dispositivo acima transcrito, apenas as aposentadorias por incapacidade permanente decorrentes de acidente de trabalho, de doença profissional e de doença do trabalho se excetuam da regra de cálculo instituída pelo artigo 26 da norma constitucional, fulminando



## Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

um direito até então protegido pela norma previdenciária que era a garantia de uma renda mensal integral ao segurado acometido por uma incapacidade definitiva para o trabalho.

Com a inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 103/2019, o cálculo da Renda Mensal Inicial das aposentadorias por incapacidade permanente de natureza previdenciária será realizado pela média simples das contribuições posteriores a 07/1994 com a aplicação do coeficiente de 60% (sessenta por cento), acrescido de 2% (dois por cento) para cada ano trabalhado que ultrapassarem os primeiros quinze anos para as mulheres e vinte anos para os homens.

Desse modo, a Renda Mensal Inicial de uma aposentadoria por incapacidade permanente que não possua natureza acidentária (ou laboral) pode ser reduzida em até 40% (quarenta por cento) em comparação a regra antiga.

A inconstitucionalidade do dispositivo acima referido é o objeto de estudo do presente artigo e, para sua análise, faz-se imperiosa a apresentação de alguns dos princípios constitucionais e previdenciários que devem alicerçar a elaboração e aplicação das normas protetivas, especialmente de caráter previdenciário, pelos legisladores e operadores do direito, os quais estão elencados no próximo tópico.

### **3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PREVIDENCIÁRIOS APLICÁVEIS AO ESTUDO**

Para apontar eventual inconstitucionalidade, mostra-se imperioso o estudo dos princípios norteadores do direito aplicáveis ao tema.

O presente estudo busca defender a inconstitucionalidade da redação do artigo 26 da Emenda Constitucional nº 103/2019 no que concerne a sua aplicação ao cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente (antiga aposentadoria por invalidez) quando não decorrente de acidente do trabalho, doença profissional ou doença do trabalho.

Isso porque antes da publicação da referida emenda constitucional, a Renda Mensal Inicial (RMI) da aposentadoria por invalidez consistia em 100 % (cem por cento) do salário-de-benefício do segurado, independentemente da modalidade do benefício, se previdenciário ou acidentário.



## Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Com a publicação da Emenda Constitucional nº 103/2019, o cálculo de aposentadoria por invalidez passou a ser realizado conforme a previsão do seu artigo 26, §2º, III, e §5º abaixo transcrito:

Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência.

(...)

**§ 2º O valor do benefício de aposentadoria corresponderá a 60% (sessenta por cento) da média aritmética definida na forma prevista no caput e no § 1º, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição nos casos:**

I – do inciso II do § 6º do art. 4º, do § 4º do art. 15, do § 3º do art. 16 e do § 2º do art. 18;

II – do § 4º do art. 10, ressalvado o disposto no inciso II do § 3º e no § 4º deste artigo;

**III – de aposentadoria por incapacidade permanente aos segurados do Regime Geral de Previdência social**, ressalvado o disposto no inciso II do § 3º deste artigo;

e

(...)

§ 5º O acréscimo a que se refere o caput do § 2º será aplicado para cada ano que exceder 15 (quinze) anos de tempo de contribuição para os segurados de que tratam a alínea “a” do inciso I do § 1º do art. 19 e o inciso I do art. 21 e para as mulheres filiadas ao Regime Geral de Previdência social.

(Grifamos)

Conforme se denota pela leitura do dispositivo acima, somente os casos de aposentadoria por incapacidade permanente decorrentes de acidente de trabalho, de doença profissional e de doença do trabalho terão a Renda Mensal Inicial equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, gerando verdadeiro descompasso com o objetivo das normas de proteção social.

Abaixo, seguem alguns princípios constitucionais e previdenciários que, aplicados ao tema analisado, confirmam a inconstitucionalidade da redação do dispositivo que reduziu o valor das aposentadorias por invalidez de natureza previdenciária:

**(a) Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios:** este princípio determina que o valor de um benefício previdenciário nunca poderá ser reduzido. Conforme ensina CASTRO; LAZZARI, 2011, p. 115, trata-se de “*princípio equivalente ao da intangibilidade do salário dos empregados e dos vencimentos dos servidores, significa que o benefício legalmente*

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

*concedido – pela Previdência social ou pela Assistência Social – não podem ter o seu valor nominal reduzido (...)*”.

**(b) Princípio da vedação ao retrocesso social:** impõe que o catálogo de direitos sociais ofertados pelo Estado nunca poderá ser reduzido, nem pelo seu alcance nem pelo valor dos benefícios concedidos.

**(c) Princípio da universalidade da cobertura e do atendimento:** de acordo com CASTRO; LAZZARI, 2011, p. 114, *“por universalidade da cobertura entende-se que a proteção social deve alcançar todos os eventos cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessita. A universalidade de atendimento significa, por seu turno, a entrega das ações, prestações e serviços de seguridade social a todos os que necessitem (...)*”.

**(d) Princípio da isonomia:** a isonomia objetiva uma garantia de ações que possibilitem a criação e aplicação de normas equivalentes que atendam as diferenças e desigualdades existentes entre os beneficiários das normas. Seu conceito está diretamente relacionado ao princípio da equidade.

**(e) Princípio da razoabilidade:** o princípio da razoabilidade está diretamente vinculado ao princípio da legalidade e da finalidade, no qual o Estado deve agir de forma prudente, dentro dos limites legais, para garantir plena execução de suas atribuições.

**(f) Princípio da proteção ao hipossuficiente:** de acordo com CASTRO; LAZZARI, 2011, p. 113, *“o intérprete deve, dentre as várias formulações possíveis para um mesmo enunciado normativo, buscar aquela que melhor atenda a função social, protegendo, com isso, aquele que depende das políticas sociais para sua subsistência”*. Esse princípio está diretamente ligado ao conceito de *in dubio pro misero*, garantindo a parte menos favorecida uma adequada proteção estatal, flexibilizando as exigências para concessão de benefícios para indivíduos que não possuem condições de apresentar todas as comprovações.

Em razão da evidente inconstitucionalidade da redação do artigo 26, §2º, III, da Emenda Constitucional nº 103/2019, faz-se necessário a realização de estudos e seus constantes aprimoramentos sobre o tema, tudo para garantia de afastamento da referida norma do diploma previdenciário vigente.

#### **4. DOS PEDIDOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NOVA REGRA DE CÁLCULO INSTITUÍDA PELA EC 103/2019 EM SEU ARTIGO 26**

Com base no estudo histórico realizado e nos princípios constitucionais e previdenciários que devem orientar a aplicação das normas de proteção social, resta inequívoca a inconstitucionalidade do disposto no artigo 26 da Emenda Constitucional n° 103/2019, publicada em 13/11/2019.

Com base nisso, em 06/12/2019, o Partido dos Trabalhadores propôs a ADI 6279, apontando pela existência de inconstitucionalidade no referido dispositivo, cujo pedido foi recebido pelo Relator Ministro Roberto Barroso, e a matéria foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal haja vista a inequívoca relevância e significado para a ordem social e a segurança jurídica.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal recebeu a ADI 6279 através do rito abreviado do art. 12 da Lei n° 9.868/1999, de modo a permitir a célere e definitiva resolução da questão. Entretanto, até a data de elaboração do presente artigo, o julgamento se encontra pendente.

Em 14/04/2020, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal – ADPF protocolou a ADI 6384, também buscando combater a distinção feita pela norma constitucional nos cálculos de aposentadoria por incapacidade permanente.

As duas ações diretas de inconstitucionalidade são exemplos de medidas que foram tomadas para anulação do critério de cálculo das aposentadorias por incapacidade permanente instituído pela Emenda Constitucional n° 103/2019.

Ambos os julgamentos estão pautados para os dias 16/09/2022 a 23/09/2022 no modo virtual.

#### **5. RECENTES DECISÕES JUDICIAIS**

Ainda que não tenhamos a conclusão das ADIs em tramitação no Supremo Tribunal Federal, por todo o território brasileiro já existem inúmeras decisões judiciais que julgam inconstitucional a aplicação do artigo 26, §2°, III, e §5° no caso concreto.

Para o presente estudo, entretanto, trouxemos decisões judiciais prolatadas no âmbito da Quarta Região da Justiça Federal, composta pelos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná.

## Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Inicialmente, com caráter mais abrangente, colacionamos decisão prolatada em Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (TRU) nº 5003241-81.2021.404.7122, julgado em 11/03/2022, no qual o Ilustre Juiz Federal DANIEL MACHADO DA ROCHA refere que a alteração promovida pela EC nº 103/209, decorrente da redação conferida por seu art. 26, §2º, III, e §5º cria discriminação, violando os princípios constitucionais da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade, e indo contra os princípios previdenciários da distributividade e da seletividade:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE. DISCRIMINAÇÃO ENTRE OS COEFICIENTES DA ACIDENTÁRIA E DA NÃO ACIDENTÁRIA. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 26, § 2º, III, DA EC N.º 103/2019. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA, DA RAZOABILIDADE E DA IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS E DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE. 1. A EC 103/2019 alterou a forma de cálculo dos benefícios previdenciários. Em relação a aposentadoria por incapacidade permanente não acidentária, estabeleceu, até o advento de lei posterior, que o seu cálculo, corresponda a 60% (sessenta por cento) da média aritmética simples dos salários de contribuição contidos no período de apuração, com acréscimo de 2% (dois por cento) para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 anos de contribuição para os homens ou 15 anos de contribuição para as mulheres. 2. O art. 194, parágrafo único, IV, da CF/88, garante a irredutibilidade do valor dos benefícios. Como a EC 103/19 não tratou do auxílio-doença (agora auxílio por incapacidade temporária) criou uma situação paradoxal. De fato, continua sendo aplicável o art. 61 da LBPS, cuja renda mensal inicial corresponde a 91% do salário de benefício. Desta forma, se um segurado estiver recebendo auxílio doença que for convertido em aposentadoria por incapacidade permanente, terá uma redução substancial, não fazendo sentido, do ponto de vista da proteção social, que um benefício por incapacidade temporária tenha um valor superior a um benefício por incapacidade permanente. 3. Ademais, não há motivo objetivo plausível para haver discriminação entre os coeficientes aplicáveis à aposentadoria por incapacidade permanente acidentária e não acidentária. 4. Em razão da inconstitucionalidade do inciso III do §2º do art. 26 da EC 103/2019, esta turma delibera por fixar a seguinte tese: "O valor da renda mensal inicial (RMI) da aposentadoria por incapacidade permanente não acidentária continua sendo de 100% (cem por cento) da média aritmética simples dos salários de contribuição contidos no período básico de cálculo (PBC). Tratando-se de benefício com DIB posterior a EC 103/19, o período de apuração será de 100% do período contributivo desde a competência julho de 1994, ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência. (5003241-81.2021.4.04.7122, TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DA 4ª REGIÃO, Relator DANIEL MACHADO DA ROCHA, juntado aos autos em 12/03/2022, grifo nosso)

No mesmo sentido, segue ementa de decisão proferida pela Quarta Turma Recursal do Rio Grande do Sul:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE AUXÍLIO DOENÇA EM APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA EC103/2019.VALOR NOMINAL DO BENEFÍCIO NÃO PODE SER REDUZIDO SOB PENA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA

Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

IRREDUTIBILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. Hipótese em que o segurado teve transformado o seu auxílio-doença em aposentadoria por incapacidade permanente após a entrada em vigor da EC 103/2019, em 13/11/2019.2. Embora a legislação aplicável ao benefício seja a do momento da constatação do caráter permanente da incapacidade, o valor nominal do amparo previdenciário por incapacidade, após a sua conversão de auxílio-doença em aposentadoria por incapacidade permanente, sob as novas regras trazidas pela EC 103/2019, não pode ser reduzido, sob pena de afronta ao princípio da irredutibilidade, previsto no artigo 194, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, bem como ao princípio da proporcionalidade, ante o caráter definitivo da restrição laboral.3. Recurso parcialmente provido. (5015021-19.2019.4.04.7112, QUARTA TURMA RECURSAL DO RS, Relatora MARINA VASQUES DUARTE, julgado em 05/07/2021)

Pela pertinência ao debate, ainda, colaciona-se trecho do julgado nº 5004558-14.2020.4.04.7102, relatado pela Ilustre Juíza Federal SUSANA SBROGIO' GALIA:

“(…)

Esta Relatora defende, nos termos da obra publicada *Mutações Constitucionais e direitos fundamentais* (Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007), que mesmo a revisão formal da Constituição, pela forma de emenda constitucional, encontra-se sujeita à observância de limites revisionais no que concerne à restrição de direitos fundamentais, com fundamento na doutrina dos limites-dos-limites, que designa a doutrina constitucional alemã desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), segundo a qual a própria limitação de direitos fundamentais também deverá observar limites.

(…) a lógica da construção jurídica advinda dos precedentes do STF permite evidenciar o entendimento de que “É firme a jurisprudência do STF, no sentido de que 'o aposentado tem direito adquirido ao quantum de seus proventos calculado com base na legislação vigente ao tempo da aposentadoria, mas não aos critérios legais com base em que esse quantum foi estabelecido, pois não há direito adquirido a regime jurídico' (RE 92.511, Moreira Alves, RTJ 99/1267).” (AI 145.522-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15-12-1998, Primeira Turma, DJ de 26-3-1999.)

Todavia, a despeito de a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), órgão incumbido do exame ulterior de constitucionalidade, não reconhecer expectativa de direito à manutenção da aplicação de regime jurídico, pensa-se que precedentes do Pretório Excelso, constando neste sentido, foram formados em contexto social diverso, a exemplo daquele advindo do prolongado entusiasmo trazido pela promulgação da Constituição de 1988. Contudo, nota-se que os tempos são outros e se faz necessário enfrentamento da matéria relativa à proporcionalidade ou razoabilidade da alteração constitucional ora discutida pela Corte constitucional.

Por conseguinte, reconheço a inconstitucionalidade das alterações advindas do art. 26, §§ 2º e 5º, da Emenda Constitucional (EC) nº 103/2019, quanto à regra de cálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) da aposentadoria por incapacidade permanente, para que o cálculo do benefício da parte autora observe a sistemática anteriormente vigente.”

(5004558-14.2020.4.04.7102, TERCEIRA TURMA RECURSAL DO RS, Relatora SUSANA SBROGIO GALIA, julgado em 16/07/2021, grifo nosso)

## Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Além dessas, destacamos as decisões proferidas pela Terceira Turma Recursal do Paraná no processo 5008098-70.2020.4.04.7005, de relatoria do Juiz Federal Erivaldo Ribeiro dos Santos, julgado em 31/08/2022, e pela Segunda Turma Recursal de Santa Catarina no processo 5014556-60.2021.4.04.7202, de relatoria da Juíza Federal Gabriela Pietsch Serafin, julgado em 26/08/2022.

### CONCLUSÃO

Pelo exposto, verifica-se que ao longo da história do direito previdenciário brasileiro, as normas de proteção social procuraram sempre ampliar a cartilha de serviços oferecidos aos beneficiários, incluídos os segurados e seus dependentes. Isso porque a natureza do direito em questão exige que a prestação estatal garanta o mínimo existencial e dignidade aos cidadãos.

Fixada essa premissa, qualquer alteração legislativa que reduza ou suprima direitos sociais deve ser imediatamente revista, sob pena de afrontar diretamente princípios fundamentais, norteadores da aplicação da lei no âmbito previdenciário.

A previsão do artigo 26, §2º, III e §5º da Emenda Constitucional nº 103/2019, que altera a forma de cálculo da Renda Mensal Inicial das aposentadorias por incapacidade permanente que não seja decorrente de acidente do trabalho, doença profissional ou doença do trabalho, passando o coeficiente de 100% para 60% consiste em verdadeiro exemplo de retrocesso.

Com isso, em que pese o julgamento das ADIs que versam sobre a matéria ainda estejam pendentes no Supremo Tribunal Federal, o presente estudo conclui pela possibilidade de ingressos de pedidos revisionais do cálculo das aposentadorias por incapacidade permanente de natureza previdenciária (que não possuem relação com o trabalho ou atividade profissional) mediante a propositura de ações individuais, amparadas, especificamente, no contexto de proteção social e dos princípios constitucionais e previdenciários que regem o tema.



Volume 11 – Número 1 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

**REFERÊNCIAS**

BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm; SERAU JR, Marco Aurélio. *Previdência em tempo de reformas*. Porto Alegre: Magister, 2015.

BITTENCOURT, André Luiz Moro. *Manual dos Benefícios por Incapacidade Laboral e Deficiência*. 2ª Ed, Curitiba: Alteridade Editora, 2018.

BITTENCOURT, André Luiz Moro. *Benefícios por Incapacidade e a EC n. 103/2019*. Emenda Constitucional n 103/2019: análise especializada. São Paulo: Lujur, 2021.

BRASIL. *Constituição Federal de 1891*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em 07 set. 2022.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 05 set. 2022.

BRASIL. *Decreto 4.682/1923*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dpl/DPL4682-1923.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL4682-1923.htm). Acesso em 06 set. 2022.

BRASIL. *Emenda Constitucional n° 103/2019*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc103.htm). Acesso em 05 set. 2022.

BRASIL. *Lei n° 8.213/1991*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm). Acesso em 05 set. 2022.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário* – 13. Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

LADENTHIN, Adriane Bramante; SERAU JR., Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa. *Direito Previdenciário nos 30 anos da Constituição Federal e 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*, Curitiba: IBDP, 2018.

WIRTH, Fernanda, CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Emenda Constitucional n 103/2019: análise especializada*. São Paulo: Lujur, 2021.