

REVISTA CEJ

ISSN 1414-008X
Ano XXVII
n. 85, jan./jun. 2023

**Centro de Estudos Judiciários
Conselho da Justiça Federal**

85



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários



A INCONSTITUCIONALIDADE DA NOVA REGRA DE CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE NÃO ACIDENTÁRIA ESTABELECIDA PELA EC N. 103/2019 POR AFRONTA À IGUALDADE COMO PROIBIÇÃO DE ARBÍTRIO

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE NEW RULE FOR CALCULATING THE INITIAL MONTHLY INCOME OF THE NON-ACCIDENTAL PERMANENT DISABILITY RETIREMENT BENEFIT ESTABLISHED BY THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT NUMBER 103/2019 AS AN AFFRONT TO EQUALITY AS A PROHIBITION OF ARBITRATION

Paulo Afonso Brum Vaz
Vinícius Letti Flores
Jaime Fernandes de Mattos Júnior

RESUMO

A partir da compreensão da igualdade como proibição de arbítrio, os articulistas defendem a inconstitucionalidade material da Emenda Constitucional n. 103/2019 no que se refere à nova regra de cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por incapacidade permanente não acidentária (art. 26, § 2º, inciso III).

PALAVRAS-CHAVE

Direito Previdenciário; Reforma da Previdência; igualdade; proibição de arbítrio; incapacidade permanente; renda mensal inicial; inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Based on the understanding of equality as a prohibition of discretion, the writers defend the material unconstitutionality of the constitutional amendment number 103/2019 with regard to the new rule for calculating the initial monthly retirement income due to non-accident permanent disability (art. 26, §2nd, item III).

KEYWORDS

Social Security Law; Social Security Reform; equality; prohibition of arbitration; permanent disability; initial monthly income; unconstitutionality.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS¹

Tratar-se-á, inicialmente, da noção de igualdade como um conceito elementar e relacional. O estudo de referenciais teóricos possibilitará uma melhor compreensão acerca da correção do tratamento desigual pelo legislador e do papel do Poder Judiciário na fiscalização dessa atuação, notadamente sob o ângulo da proibição de arbítrio.

Em continuidade, delimitar-se-á a norma objeto da análise deste artigo, qual seja, aquela trazida pela Emenda Constitucional (EC) n. 103/2019, que definiu a nova regra de cálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente não acidentária (art. 26, § 2º, inciso III), a fim de compará-la, sob a ótica da proteção jurídico-previdenciária, com as regras definidoras dos cálculos das rendas mensais dos seguintes benefícios previdenciários: benefício por incapacidade temporária, benefício por incapacidade permanente de natureza acidentária e benefícios programados.

Por intermédio do método comparativo, buscar-se-á a análise da racionalidade das equiparações e diferenciações promovidas pelo legislador em relação aos benefícios elencados, a fim de possibilitar a avaliação da arbitrariedade da nova regra de cálculo. Concluindo-se positivamente, estar-se-á diante de norma violadora da igualdade e, portanto, inconstitucional, que deverá ser extirpada do ordenamento jurídico, restabelecendo-se, assim, sua congruência.

Para tanto, será necessário tratar, ainda que brevemente, acerca da possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, bem como sobre a consequência da declaração de inconstitucionalidade de uma determinada norma, além dos principais elementos e categorias jurídico-previdenciárias que envolvem os mencionados benefícios.

Ao final, buscar-se-á diagnosticar a suposta arbitrariedade da nova regra de cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por incapacidade permanente não acidentária, e, por consequência, sua inconstitucionalidade, propondo-se solução quanto à regra de cálculo aplicável, a fim de evitar que os segurados destinatários da norma caiam em um limbo jurídico.

2 A IGUALDADE COMO CONCEITO RELACIONAL E A VEDAÇÃO À ARBITRARIEDADE

A história da humanidade sempre esteve ligada à ideia de igualdade. Caim matou Abel porque *não suportou ser tratado de forma diferente* (GARCIA, 2005, p. 26). Nesse passo, cumpre destacar que a igualdade é

[...] uma das mais ricas, recorrentes e intrincadas questões do pensamento jurídico, pertinente ao princípio democrático, à filosofia política, à filosofia do direito e à teoria geral do direito, além de constituir um dos pontos polêmicos centrais na teoria dos direitos fundamentais (RIOS, 2002, p. 21-22).

Além disso, adquire, como não poderia deixar de ser, uma pluralidade de significados ao longo do tempo (PALADIN, 1965, p. 519-520).

A igualdade é princípio estruturante do Estado de Direito e da ordem jurídica constitucional, categoria vertebradora que levou Pontes de Miranda a identificá-la como o “princípio dos princípios” de toda a ordem que aspire ser justa (MIRANDA, 1946, p. 238). Contido no artigo 5º da Constituição da República de 1988 (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade...”), foi consagrado no texto da Carta a modo de alçar o direito ao tratamento isonômico à condição de direito fundamental ao igual gozo, por parte dos cidadãos, dos direitos constitucional e legalmente reconhecidos. Conforme a lição do professor Ingo Sarlet, o princípio isonômico é também corolário do valor estruturante e fundamento da República, a “Dignidade da Pessoa Humana”, consagrada no inciso III do art. 1º da Constituição da República (2007, p. 135).

A igualdade material é, portanto, uma meta a ser perseguida sem tréguas pela sociedade brasileira, mas, sobretudo, um compromisso pétreo de que não pode se eximir nem mesmo o legislador constitucional.

Embora se possa concordar que a igualdade é um conceito elementar, apreendido já por uma criança quando quer um chocolate igual ao de outra criança (GARCIA, 2005, p. 45), juridicamente falando, traduz-se em uma noção de difícil apreensão e de complexa configuração. Estruturalmente, a igualdade é um conceito relacional. Exige, portanto e necessariamente, uma comparação entre dois ou mais objetos através da eleição de um determinado critério a ser comparado (*tertium comparationis*) (CORREIA, 2001, p. 396 e ss.). Em outras palavras,

A igualdade exige, pois, uma comparação, e esta, por sua vez, exige pelo menos três elementos: duas situações ou objectos que se comparam em função de um aspecto que se destaca do todo e que serve de termo de comparação (*tertium comparationis*). Não é possível fazer um juízo de igualdade sem estabelecer previamente uma comparação, sem pôr em relação ou em confronto situações ou *objectos* (GARCIA, 2005, p. 47).

Robert Alexy parte da ideia de que é necessária a existência de uma razão bastante para justificar o tratamento diferenciado, sendo que, inexistente tal razão, o tratamento igual é obrigatório (ALEXY, 2008, p. 408). O mesmo é dizer: o tratamento igual não necessita de justificação, o que não ocorre, entretanto, com o tratamento desigual, existindo, assim, *um ônus argumentativo para o tratamento desigual* (ALEXY, *op. cit.*, p. 409; BOROWSKI, 2003, p. 191).

Essa tendência em prol da igualdade, prossegue Alexy (*op. cit.*, p. 410), pode conviver com o dever de tratamento desigual, situação que fica demonstrada pelo seguinte enunciado: “se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório” (ALEXY, *loc. cit.*). Ou, ainda:

A assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado geral da igualdade como um princípio de igualdade, que *prima facie* exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos. (Idem, p. 411)

Tal estrutura, também de acordo com a lição de Alexy, não retira a margem de manobra do legislador, especialmente porque não se confundem os conceitos de permissibilidade e de obrigatoriedade (Idem, p. 412). Assim, sempre que existirem situações que admitam – mas não obriguem – um tratamento desigual, a escolha pelo tratamento igual ou desigual caberá unicamente ao legislador, afigurando-se inviável a substituição dessa valoração do legislador pela valoração do Judiciário (ALEXY, *loc. cit.*). Cumpre notar, entretanto, que tal noção cuida apenas de uma *regra de carga de argumentação*, não se presutando, conforme se pode perceber, a dotar o princípio da igualdade de qualquer conteúdo material (VELLOSO, 2010, p. 58).

Nas palavras de Roger Raupp Rios (2002, p. 54), seguramente o maior expoente brasileiro no estudo dos direitos de igualdade:

Desta maneira formuladas, a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual distanciam-se na medida em que a desigualdade de tratamento exige uma fundamentação para se impor, ao passo que o mandato de igualdade de tratamento se satisfaz com a simples inexistência de uma fundamentação que permita diferenciação. Em princípio, portanto, está exigido um tratamento igual, sendo permitido um tratamento desigual se e somente se for possível justificá-lo.

O controle de constitucionalidade por afronta à ideia de igualdade pode passar por vários níveis de escrutínio: citam-se, entre outras possibilidades, a proibição de arbítrio e o postulado da igualdade proporcional.

A proibição de arbítrio apresenta-se como evolução em face da primeira ideia de igualdade, que pode ser identificada com o princípio da legalidade, resumindo-se à igual aplicação da lei enquanto norma geral e abstrata (DIDIER, 2012, p. 34), sem a imposição de qualquer restrição “*en los criterios escogidos por el creador de la norma para classificar*” (DIDIER, *loc. cit.*)

Assim, a igualdade deveria ser respeitada não apenas quando da aplicação da lei, mas também no momento de sua criação; não bastava a “aplicação igual do direito”, exigindo-se, ainda, “a aplicação igual do direito igual” (CORREIA, 2001, p. 403). Além disso, não se pode perder de perspectiva que é o próprio legislador o principal destinatário da igualdade (CAMPOS, 1956, p. 18), não fazendo sentido garantir sua imunidade frente ao controle judicial.

Abandona-se, aqui, a ideia de igualdade absoluta, fundada na generalidade da lei, e retoma-se a noção de que, “a exemplo do que Aristóteles já concluíra, a igualdade é um valor relativo e só no plano da relatividade tem sentido” (GARCIA, 2005, p. 41).

Surge, então, o debate quanto aos limites da atividade legislativa, debate esse que teve no juízo de racionalidade seu primeiro e principal parâmetro. Campo chega a afirmar, não sem razão, que a “*racionalidad es concepto en el que se resume hoy, polémicamente, toda la evolución de la igualdad jurídica*” (JIMÉNEZ CAMPO, 1983, p. 73).

Pode-se perceber, assim, que tal juízo [de racionalidade, repita-se, também denominado de “recurso à evidência” (GARCIA, 2005, p. 59)] acabou sendo encampado, sob diferentes nomenclaturas, em diversos sistemas constitucionais. Fala-se, então, na *reasonable basis* da doutrina da Suprema Corte dos Estados Unidos, na proibição de arbitrariedade do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA) ou, ainda, na *ragionevolezza* de que cuida o Tribunal Constitucional italiano (JIMÉNEZ CAMPO, 1983, p. 71 e seguintes). Outras cortes europeias, mais recentemente, também deram vazão, em maior ou menor grau, a esse conceito, como é o caso, *v.g.*, dos tribunais constitucionais espanhol e português. No Brasil, a par da utilização indistinta, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de conceitos como razoabilidade e proporcionalidade, percebe-se o frequente recurso à lei arbitrária, ainda que não se cuide, sempre, da definição que ora se entende por adequada.

Os juízos de racionalidade, ao concederem ampla margem de atuação ao legislador – que possui “uma liberdade completa de conformação, quanto ao processo, ritmo e forma de aperfeiçoamento da igualdade, estando apenas negativamente limitado pela proibição de emanção de normas jurídicas arbitrárias” (CORREIA, 2001, p. 405) –, acabam por delimitar, direta ou indiretamente, o próprio conteúdo do princípio da igualdade. Ora, não se admitindo – como, aliás, não se admite – imunidade do legislador, e uma vez autorizado apenas o controle de constitucionalidade das escolhas absolutamente infundadas (fala-se, convém remarcar, em controle de evidência), “em termos práticos, o alcance jurídico do princípio constitucional da igualdade não irá além da proscricção do arbítrio”, apresentando-se, tudo o mais, como simples vinculação política (NOVAIS, 2004, p. 112).

Segundo pontifica Velloso, tal noção, fundada na assertiva de que “os juízes não devem sobrepor a sua ideia de igualdade e de justiça àquela do legislador” (VELLOSO, 2007, p. 38), acaba por outorgar ao Poder Legislativo *amplos espaços de discricionariedade*, cujo limite, cumpre destacar, estaria apenas na proibição do arbítrio (VELLOSO, *loc. cit.*). A bem da verdade e consoante já se teve oportunidade de pontificar, tratar-se-ia, de acordo com Canotilho e Moreira (2007, p. 339), de um simples “princípio negativo de controle, ou seja, de um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos”; portanto, não teria por objeto, cabe remarcar, definir o próprio conteúdo do princípio da igualdade, confundindo-se, com isso, “a concretização do princípio com a determinação do âmbito do controle de constitucionalidade” (VELLOSO, 2010, p. 46).

Além disso, essa doutrina (1) não faz referência a pares de comparação, desconsiderando, assim, a própria essência da igualdade (Idem, p. 47), e (2) deixa implícito que apenas o princípio da igualdade encontrar-se-ia limitado pela proibição de arbítrio, quando, na verdade, tal critério (da proibição de arbítrio) apresenta-se como uma consequência do próprio Estado de Direito e atinge, como não poderia deixar de ser, o orde-

namento jurídico como um todo, atuando como uma verdadeira “interdição geral de arbitrariedade” (VELLOSO, 2010, *loc. cit.*). Ou seja: apenas evidentes injustiças, igualações ou diferenciações que, sob nenhum aspecto, possam ser justificadas racionalmente, autorizariam o controle jurisdicional. Isso significa que se exclui a análise do mérito da escolha, “reconduzindo-a a questões de pura logicidade, coerência, não contradição, suficiência ou objetividade do critério de qualificação da igualdade” (GARCIA, 2005, p. 58).

De acordo com a lição de Pieroth e Schlink (2012, p. 208), “segundo a jurisprudência constante do Tribunal Constitucional Federal, o princípio da igualdade proíbe não só que se trate ‘o essencialmente igual de maneira arbitrariamente desigual’, mas também que se trate o ‘essencialmente desigual de maneira arbitrariamente igual’”.

Em suma: embora notoriamente insuficiente em grande parte das situações, a norma constitucional derivada que fixou RMI menos vantajosa à aposentadoria por incapacidade permanente em comparação ao tratamento dado pelo legislador ordinário ao benefício por incapacidade temporária – e aqui fixo o *principal termo de comparação* – é de tal monta descomedida que se torna arbitrária. Mas não só. Outros termos de comparação também podem ser elencados e que, de igual maneira e *de per se*, conduziram à mesma conclusão, qual seja, da arbitrariedade da providência tomada pelo legislador.

De fato, a partir das mudanças trazidas pela EC n. 103/2019, não há como deixar de acarear as novas regras de cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por incapacidade permanente não acidentária também com as respectivas regras das aposentadorias programadas e da aposentadoria por incapacidade permanente de natureza acidentária, conforme se verá na sequência. Assim, considerando a existência de um vício grave a tal ponto que torna a norma arbitrária, sequer é necessário adentrar o intrincado debate sobre a aplicação da regra da proporcionalidade à ideia da igualdade – igualdade proporcional (BERNAL-PULIDO, 2011, p. 299 e ss.) –, debate esse que, de qualquer sorte, pode conduzir ao solipsismo. Caso superado o entrave solipsista, o que se vê é uma evidente afronta à proporcionalidade como proibição de proteção deficiente – viés pouco explorado –, cabendo, quanto ao ponto, a mesma estrutura geral da proibição de excesso (BERNAL-PULIDO, 2007, p. 808).

O STF tem aplicado, enquanto corolário da ponderação no que concerne à proporcionalidade, o chamado “princípio da proibição de proteção deficiente ou insuficiente em matéria de direitos sociais”, desde que decidiu o Rel. Min. Gilmar Mendes, no RE 580963, em 18/04/2013, que o legislador não podia limitar a exclusão do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003, apenas aos benefícios assistenciais de idosos, devendo, por respeito à igualdade, serem excluídos todos os benefícios de um salário-mínimo, de qualquer natureza, inclusive de pessoas com deficiência, a Corte Constitucional estava reconhecendo a inconstitucionalidade, também por violação da isonomia, da tutela social insuficiente. Mesma aplicação do princípio da proibição de proteção insuficiente foi feita por ocasião da Rcl 4374, quando o STF declarou a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do limite de ¼ do salário-mínimo de renda per capita familiar como definidor exclusivo de vulnerabilidade socioeconômica.

O caminho que tem sido trilhado pelos tribunais para avaliar a conformação constitucional da supressão de direitos sociais, como qualquer outra restrição a direito fundamental, passa pela recursividade à ponderação de Robert Alexy, que é uma fórmula de amplo conhecimento e utilização. O juízo ponderativo de proporcionalidade cuida para que o núcleo essencial do direito que será mitigado não seja sacrificado. Vai, ademais, permitir o adequado e objetivo sopesamento da insuficiência de proteção dos direitos fundamentais a partir do desbaste levado a efeito pelo legislador. Se o risco social que o legislador constituinte se comprometeu a tutelar ficar desprotegido, haverá inconstitucional supressão de direito social. Diante da colisão de princípios, é preciso encontrar mecanismos de harmonização: no caso concreto, da renda mensal insuficiente para o benefício por incapacidade de determinados trabalhadores, deve prevalecer o de maior peso.

O “princípio da isonomia” ostenta hierarquia superior e preponderante diante outros quando tensionados. Na Espanha, cally referir a ilustrativa STC 81/1982, de 21 de dezembro, do TCE, relativa a benefícios sociais de trabalhadoras femininas, que trata textualmente dessa questão. Neste emblemático caso se discutia o direito a horas extras pelos trabalhadores masculinos que não ostentavam tal direito enquanto as trabalhadoras do sexo feminino sim. Ao invés de suprimir o direito das mulheres (o que estaria em desacordo com o princípio da vedação de retrocessos), reconheceu-se o também o direito dos homens às horas extras, equiparando homens e mulheres. O TCE assim decidiu:

Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 CE de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo, debe entenderse que no puede privarse al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso, no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idéntico trabajo y actividad profesional, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores.

Assim, e conforme se verá na sequência, seja por afronta à igualdade como proibição de arbitrio, seja por não passar no teste da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, de qualquer sorte a nova regra padece do vício de inconstitucionalidade.

3 A ARBITRARIEDADE DA NOVA REGRA DE CÁLCULO DA APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE NÃO ACIDENTÁRIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DA EC N. 103/2019

A Emenda Constitucional n. 103/2019 representou um marco no direito brasileiro. Foram tomadas estratégias legislativas voltadas à retomada do equilíbrio atuarial no âmbito da Previdência Social, desde a alteração nominal de benefícios previdenciários até a exclusão de benefícios, modificação de requisitos de concessão, da forma de cálculo do salário de benefício,

do cálculo da renda mensal inicial etc. As alterações, portanto, não se limitaram à superfície, alcançando também elementos previdenciários de extrema relevância, não só teórica, mas também (e principalmente) prática. A referida emenda, não por outro motivo, ficou conhecida por “Reforma da Previdência”.

Porém, para os fins a que se propõe este artigo, uma das alterações chama a atenção: aquela prevista no art. 26, § 2º, inciso III, da EC n. 103/2019. Tal dispositivo trata da nova forma de cálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente não acidentária (ou seja, não decorrente de acidente de trabalho, de doença profissional ou de doença do trabalho). Por ser objeto do presente estudo, tem relevância a transcrição do mencionado dispositivo:

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:

[...]

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

Tem-se, portanto, o seguinte panorama no que tange ao cálculo da renda mensal inicial do benefício em questão, conforme sintetizado por Carlos Alberto Pereira de Castro e por João Batista Lazzari (2022, p. 729):

- **aposentadoria por incapacidade permanente (não acidentária):** corresponderá a 60% do salário de benefício, com acréscimo de dois pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 anos de contribuição, no caso dos homens, e dos 15 anos, no caso das mulheres. Por exemplo:
- **segurado homem:** 20 anos de tempo de contribuição = 60% do salário de benefício; 30 anos de tempo de contribuição = 80% do salário de benefício; 40 anos de tempo de contribuição = 100% do salário de benefício;
- **segurada mulher:** 15 anos de tempo de contribuição = 60% do salário de benefício; 30 anos de tempo de contribuição = 90% do salário de benefício; 35 anos de tempo de contribuição = 100% do salário de benefício.
- **aposentadoria por incapacidade permanente quando decorrer de acidente de trabalho, de doença profissional e de doença do trabalho:** corresponderá a 100% do salário

de benefício que leva em consideração todos os salários de contribuição (desde julho de 1994, ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência).

A norma inscrita no dispositivo realmente causa estranheza. Conforme será aprofundado a seguir, os termos de comparação elencados neste trabalho demonstram, suficientemente, que a nova regra de cálculo da renda mensal inicial do benefício por incapacidade permanente não acidentária configura uma medida arbitrária do legislador. Trata-se, ao fim e ao cabo, de medida inconstitucional.

Não é demais lembrar que o poder constituinte derivado reformador, manifestado pela edição de emendas constitucionais, é limitado formal, circunstancial e materialmente. Há, inclusive, argumentos pela defesa da existência de limites implícitos. Quanto à limitação material, a discricionariedade do legislador não pode violar as cláusulas pétreas, dentre elas os direitos e garantias individuais, ao menos no que toca ao assim denominado núcleo essencial, nos termos do art. 60, § 4º, da Constituição Federal. Não há que se falar, portanto, em imunidade do poder de reforma.

Assim, ante suas próprias características, o poder constituinte derivado reformador não é imune ao controle de constitucionalidade. Naturalmente, se há condições e limites para o seu exercício, eventuais abusos ou desvios devem ser oportunamente corrigidos, notadamente pelo Poder Judiciário, ao se considerar a sua clássica função contramajoritária e o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 600):

No Brasil, além do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos infraconstitucionais, também a compatibilidade de emendas constitucionais é controlada pelo Poder Judiciário, embora a Constituição não tenha nenhum dispositivo que preveja esse controle de forma explícita.

Portanto, se devidamente provocado, caberá ao Poder Judiciário analisar a correção das normas trazidas por uma emenda constitucional, tendo como parâmetro, no âmbito federal, a compatibilidade com a Constituição Federal, seja em sede de controle difuso (incidentalmente em determinado processo), seja em sede de controle concentrado de constitucionalidade (realizado abstratamente, e, no Brasil, de competência do Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento das ações previstas no art. 102, inciso I, alínea “a”, c/c § 1º, c/c art. 103, § 2º, da Constituição Federal).

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal possui tranquila jurisprudência no sentido de que também *as emendas constitucionais são passíveis de controle abstrato de constitucionalidade* (ADI 4889, Relatora: CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2020). No mesmo trilhar: ADI 3297, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2019; ADI 2024, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2007; ADI 3128, Relatora: ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão: CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2004.

Pois bem. Feitas as devidas considerações, passa-se à análise da nova regra de cálculo prevista no art. 26, § 2º, inciso III, da EC n. 103/2019, sob a ótica da igualdade, e, especialmente, pelo ângulo da vedação à arbitrariedade, confrontando-a com

os seguintes termos de comparação: regras de cálculo da renda mensal do benefício por incapacidade temporária, da aposentadoria por incapacidade permanente acidentária, e das aposentadorias programadas.

A partir dessa acareação, será possível identificar que a medida tomada pelo legislador é, efetivamente, arbitrária, tendo em vista que realizou equiparações e diferenciações injustificadas sob o viés da proteção jurídico-previdenciária. É arbitrária porque estabeleceu tratamento mais gravoso à parte mais vulnerável, médica e juridicamente, ante sua incapacidade permanente para o trabalho, em comparação à parte menos vulnerável, incapacitada temporariamente.

No ponto, relevante ponderar que a renda mensal do auxílio-doença (atual benefício por incapacidade temporária) é correspondente a 91% (noventa e um por cento) do salário de benefício, nos termos do art. 61 da Lei n. 8.213/1991, o que restou inalterado com o advento da EC n. 103/2019. Já a renda mensal da aposentadoria por invalidez (atual benefício por incapacidade permanente), quando não acidentário, passou de 100% (cem por cento) do salário de benefício (art. 44 da Lei n. 8.213/1991) para 60% (sessenta por cento) do salário de benefício, com acréscimo de dois pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição, se for segurado homem, e 15 (quinze) anos de contribuição, se for segurada mulher (art. 26, § 2º, inciso III, e § 5º, da EC n. 103/2019).

Ora, diante de situações fáticas semelhantes, mas com efeitos temporais distintos (incapacidade total para o trabalho, uma temporária e a outra permanente), não se justifica, sob o viés da proteção jurídico-previdenciária, a adoção de um critério de cálculo mais prejudicial ao segurado que não possui perspectiva de retorno ao mercado de trabalho, sendo, portanto, mais vulnerável e dependente de uma prestação estatal real e efetiva.

Nas lições de Wladimir Novaes Martinez (2013, p. 843):

A condição deflagradora da aposentadoria por invalidez distingue-se da do auxílio-doença, pela intensidade da inaptidão. Requer-se a mesma incapacidade para o seu trabalho por mais de 15 dias, porém, estando o segurado impossibilitado de reabilitação. Quer dizer, também, quadro clínico mais sério e, por isso, o benefício pode dispensar o auxílio-doença precedente.

Realmente, apesar de ambos os benefícios tratarem de risco imprevisível incapacitante, o evento gerador do benefício por incapacidade temporária (antigo auxílio-acidente) é a incapacidade efêmera para o trabalho ou para o exercício das atividades habituais, enquanto o da aposentadoria por incapacidade permanente (antiga aposentadoria por invalidez) é a incapacidade duradoura para toda e qualquer atividade laborativa, sendo o segurado insuscetível de reabilitação.

Acerca da diferenciação entre os benefícios por incapacidade (permanente *versus* temporária), eis as lições de Daniel Machado da Rocha (2022, p. 329):

A perda definitiva da capacidade laboral é uma contingência social deflagradora da aposentadoria por incapacidade permanente (antiga aposentadoria por invalidez). Distingue-se do auxílio por incapacidade temporária (antigo auxílio-doença), também concebido para proteger o obreiro da incapacidade

laboral, em razão de o risco social apresentar-se aqui com tonalidades mais intensas e sombrias, vale dizer, em princípio, o quadro é irreversível.

No primeiro caso, há uma expectativa de retorno do segurado ao mercado de trabalho, de forma que, em tese, sua vulnerabilidade médica, jurídica e previdenciária é momentânea, presumindo-se que, em determinado momento (razoavelmente próximo), voltará a prover sua subsistência sem a necessidade da prestação estatal substitutiva dos seus rendimentos. No segundo, além da impossibilidade do exercício de atividade laborativa, tem-se a impossibilidade de reabilitação do segurado para qualquer atividade garantidora de sua subsistência, não havendo falar em expectativa de retorno ao mercado de trabalho, ainda que ele seja possível em um futuro indeterminado.

Não é demais lembrar que o poder constituinte derivado reformador, manifestado pela edição de emendas constitucionais, é limitado formal, circunstancial e materialmente. Há, inclusive, argumentos pela defesa da existência de limites implícitos.

Dessa forma, não parece justificado ou sequer lógico que o cálculo da renda mensal do benefício destinado ao segurado sem perspectiva de retorno ao mercado de trabalho (quadro mais grave) resulte em uma prestação estatal mais prejudicial e menos efetiva que aquela destinada ao segurado que, presumidamente, recuperará sua capacidade laborativa em um menor intervalo de tempo (quadro menos grave).

No ponto, Leonardo Cacao Santos La Bradbury (2021) conclui ser inadequado que um benefício temporário (por incapacidade temporária) possa ter RMI superior à de um benefício de maior estabilidade (por incapacidade permanente) e classifica a dicotomia como “distorção do sistema previdenciário que acaba por penalizar o segurado que contraiu uma incapacidade definitiva” (Idem, p. 391).

Realmente, a incoerência é tamanha que até mesmo o aposentado por incapacidade permanente que necessite da assistência permanente de outra pessoa e, portanto, faça jus ao acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, poderá ter (e provavelmente terá) sua renda mensal calculada em valor inferior àquele destinado ao auxílio da pessoa temporariamente incapacitada.

Esse contraste sistêmico quanto à forma de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente não acidentária, quando comparada com o benefício de incapacidade temporária, também foi identificado por Vitor Hugo Anderle e Patrick Lucca da Ros (2022), que advertem:

[...] a alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 103/2019, decorrente da redação conferida por seu art. 26, § 2º, III, traduz medida legislativa que não encontra amparo no subprincípio da adequação do princípio da proporcionalidade, uma vez que o direito à aposentadoria em razão da incapacidade permanente (não acidentária) sofreu

sensível aviltamento a partir do momento em que prevê coeficiente de cálculo que permite renda mensal inicial significativamente inferior em relação àquela estabelecida para o benefício de incapacidade temporária.

[...] Realmente, a escolha normativa faz com que conjuntura menos grave, que enseja direito a benefício temporário, confira direito a prestação maior em comparação a conjuntura mais grave, suporte fático de amparo que tende à permanência.

Aqui, interessante paralelo pode ser feito com a doutrina de Norberto Bobbio (1995, p. 90-91), no ponto em que trata das antinomias impróprias num ordenamento jurídico, especificamente no que tange à *antinomia de avaliação*. Conforme seus ensinamentos, tal antinomia pode ser verificada, por exemplo, quando uma norma pune um delito menor com uma pena mais grave do que aquela prevista para um delito maior. Em verdade, explica o autor, não se trata de antinomia propriamente dita, mas sim de injustiça. São suas lições:

O que a antinomia e a injustiça têm em comum é que ambas dão lugar a uma situação que pede uma correção: mas a razão pela qual se corrige a antinomia é diferente daquela pela qual se corrige a injustiça. A antinomia produz incerteza, a injustiça produz desigualdade, e, portanto, a correção obedece nos dois casos a diferentes valores, lá ao valor da ordem, aqui ao da igualdade.

De fato, as alterações promovidas pela EC n. 103/2019, no tocante ao cálculo da renda mensal dos benefícios por incapacidade, tornaram o sistema previdenciário brasileiro incoerente, injusto e desigual, o que deve ser corrigido, notadamente por intermédio do Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade, tendo em vista sua função contramajoritária e o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), conforme já ressaltado.

Nesse sentido, cite-se decisão proferida pelo Juiz Federal Mauro Spalding, nos autos do processo n. 0001901-60.2019.4.03.6323, oriundo da 1ª Vara do Juizado Especial Federal Cível de Ourinhos/SP, que bem diagnosticou a antinomia de avaliação:

[...] instalou-se no regime jurídico previdenciário brasileiro uma esdrúxula incongruência, pois o segurado acometido por uma incapacidade mais severa faz jus a um salário de benefício 31% menor que o acometido por uma incapacidade mais branda. (...)

Essa regra não faz o menor sentido. Estabelece que um segurado em gozo de auxílio-doença receba remuneração bem superior a um segurado aposentado por invalidez. É surreal! (...)

[...] não há racionalidade na desequiparação estabelecida pelo art. 26, §§ 2º e 5º, da EC 103/2019, pois confere ao segurado acometido por uma incapacidade mais severa um benefício flagrantemente inferior àquele concedido ao acometido por uma incapacidade mais branda, ou seja, ao invés de tratar desigualmente os desiguais a fim de gerar uma isonomia material, a norma em questão desarrazoadamente agrava ainda mais a desigualdade. Trata-se, assim, de desequiparação arbitrária, caprichosa, aleatória, sem qualquer ade-

quação entre meio e fim, razão pela qual se mostra juridicamente intolerável.

Oportunamente, destaque-se que esse entendimento também encontra guarida no âmbito da Turma Regional de Uniformização da 4ª Região. Recentemente, no processo n. 5003241-81.2021.4.04.7122, de relatoria do Juiz Federal Daniel Machado da Rocha, reconheceu-se a inconstitucionalidade da nova regra de cálculo. Colhe-se do voto condutor do acórdão:

Não faz sentido um benefício por incapacidade temporária ter um valor CONSIDERAVELMENTE SUPERIOR a um benefício por incapacidade permanente.

Como um segurado que se encontra em uma situação pior (supostamente irreversível – aposentadoria por incapacidade permanente) tem de submeter a perceber um benefício de valor muito inferior a outro que está em situação mais favorável (reversível – auxílio por incapacidade temporária)?

Ante a relevância da discussão, traz-se à baila a ementa do referido julgado:

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. 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 12/3/2022)

É arbitrária a norma porque, sob a justificativa de um reequilíbrio atuarial do sistema previdenciário brasileiro, equiparou o critério de cálculo do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente com as demais aposentadorias programáveis (art. 26, § 2º, da EC n. 103/2019).

Diante de riscos sociais diversos (de um lado, a incapacidade permanente para o trabalho e, de outro, a idade avançada), o constituinte derivado reformador conferiu, sob o aspecto econômico, proteção equivalente a situações fática e juridicamente diferentes. Ora, diversamente daquele que goza de aposentadoria programada, o segurado aposentado por incapacidade foi surpreendido pela contingência não programada (incapacidade permanente), a qual subverteu todo o seu planejamento previdenciário, impedindo-o da busca por melhores condições econômicas mediante o livre exercício profissional.

Não por outro motivo, a aposentadoria por incapacidade permanente, em sentido contrário à aposentadoria programada, não elenca entre seus requisitos um tempo mínimo de contribuição. E nem faria sentido se o fizesse, pois o risco social abrangido naquele benefício é exatamente a superveniência de um fato incapacitante não previsto e não querido, e que pode, portanto, ocorrer em qualquer momento da vida profissional do segurado. Sobre a discussão, Bradbury (2021, p. 390) pondera ser “totalmente desarrazoado que o coeficiente de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente seja definido com base no tempo de contribuição que sequer é um de seus requisitos de concessão”.

Nessa situação, o segurado acaba sendo punido duplamente pela ocorrência da incapacidade: além do próprio tolhimento da sua capacidade para o labor, aqui tomado como fenômeno multidimensional (médico, social, ambiental e pessoal), o segurado passa a ficar preso a um benefício menos vantajoso por ter sido atingido por um fato incapacitante imprevisível e indesejado.

Com efeito, na aposentadoria por incapacidade permanente não acidentária, para gozar de coeficiente de 100% (cem por cento) sobre o salário de benefício, o segurado homem precisa de 40 (quarenta) anos de tempo de contribuição, enquanto a segurada mulher precisa de 35 (trinta e cinco) anos. Assim, a superveniência de incapacidade permanente antes desse tempo já é suficiente para impedir que o(a) segurado(a) alcance a melhor forma de cálculo prevista na normativa aplicável. Tal impedimento, reforça-se, decorre da superveniência de um risco imprevisível e não querido pelo segurado. Situação diversa é aquela em que o segurado, de antemão, sabe que precisa contribuir por determinado período para fazer jus à concessão do benefício de aposentadoria programada e que, após alcançar os requisitos mínimos para aposentação, pode optar por continuar em atividade (e contribuindo para o sistema) a fim de alcançar uma renda mensal inicial mais vantajosa.

É arbitrária porque, ao diferenciar, no próprio texto da Emenda Constitucional, os benefícios por incapacidade permanente não

acidentária de aposentadorias decorrentes de acidente de trabalho, de doença profissional e de doença do trabalho, mantendo, quanto aos últimos, a mesma regra de cálculo anterior, procedeu à distinção de tratamento entre pessoas que, igualmente, foram submetidas ao mesmo risco social não programado e indesejado, consubstanciado na incapacidade de exercer suas atividades laborais, ainda que a origem tenha sido diversa.

Advertir-se, por ser oportuno, que a redação do art. 201, inciso I, da Constituição Federal, alterada pela própria EC n. 103/2019, prevê a cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho, sem qualquer diferenciação quanto à origem da causa incapacitante.

Com efeito, em ambas as situações o segurado é surpreendido com uma contingência social que lhe torna incapaz para o exercício de atividades laborativas. Aqui, sob o viés da proteção jurídico-previdenciária, a origem da contingência se revela pouco relevante, quicá irrelevante. O risco social incapacidade permanente, ao vir à tona, subverte todo o planejamento previdenciário do segurado, não pela origem do fator incapacitante, mas sim pela sua extensão, impedindo o obreiro de exercer livremente sua autonomia profissional e de continuar contribuindo ao RGPS por tempo suficiente a lhe garantir um melhor coeficiente de cálculo quando de sua aposentadoria.

O trabalhador, vítima do evento incapacitante, não escolhe a sua causa. Ora, a incapacidade decorre de um evento não programado e, portanto, estranho ao espectro decisório do segurado. Assim, se não cabe ao segurado optar pela origem de sua incapacidade, parece arbitrário o discrimen feito pelo legislador, que ignorou o fato de o risco social em questão ser o mesmo e promoveu uma espécie de “categorização” de casos fortuitos, com severo impacto no cálculo da renda mensal devida ao aposentado por incapacidade permanente.

[...] se devidamente provocado, caberá ao Poder Judiciário analisar a correção das normas trazidas por uma emenda constitucional, tendo como parâmetro, no âmbito federal, a compatibilidade com a Constituição Federal [...]

Essa escolha legislativa não é, porém, novidade. Conforme lembrado por Lazzari e Castro (2022, p. 729), semelhante diferenciação já ocorreu no passado, na redação original do art. 44 da Lei n. 8.213/91, a qual foi corrigida com a vigência da Lei n. 9.032/95, passando a definir que a renda mensal do benefício seria equivalente a 100% (cem por cento) do salário de benefício, independentemente da origem da incapacidade. E alertam os professores:

[...] agora volta à baila essa regra discriminatória, sem razão de ordem contributiva que justifique pagar menor valor para situações isonômicas. Tema a ser questionado na via judicial, pois houve discrimen nada razoável na fixação de critérios distintos para o cálculo desse benefício após a vigência da Emenda n. 103 e mais, sem que haja qualquer fundamentação que justifique a adoção do discrimen. (Idem)

Sobre o tema, igualmente importantes são as lições de Rocha (2022, p. 345) ao concluir que a referida diferenciação configura clara violação ao princípio da isonomia, sendo, portanto, inconstitucional:

[...] Quando pensamos no princípio da isonomia, verifica-se também haver violação ao referido princípio. Do ponto de vista da proteção social, o que importa é a extensão da incapacidade e não a sua causa. Por isto, entendo não ser possível extrair dos princípios diretivos do sistema previdenciário brasileiro, justificativa que ampare de forma distinta, contingências sociais da mesma magnitude, em face do risco social derivar de acidente do trabalho ou de outra causa. Assim, entendo ser inconstitucional o art. 26, § 2º, III, da EC n. 103/2019.

Realmente, para que se observe o princípio que manda “tratar os iguais de forma igual e os iguais de modo desigual” é preciso estabelecer quando duas coisas devem ser consideradas equivalentes ou equiparadas, o chamado critério diferenciador. Vai-se encontrar a identidade a partir da análise do fim a ser alcançado pelas políticas públicas em questão.

O que justifica o elemento de *discrimen* entre a desabilitação não acidentária e a acidentária para fins de cálculo da renda mensal dos respectivos benefícios? Não se consegue identificar. Ambos são indesejados; ambos decorrem de um risco social; e ambos, por implicar restrição à capacidade laboral, impedem o desenvolvimento da atividade laboral do trabalhador. As diferenças, que são de outra ordem (segurados abrangidos, carência, custeio, efeitos trabalhistas e até mesmo competência para o processamento e julgamento das causas a eles relacionadas, por exemplo), não justificam a enorme discrepância entre as rendas mensais iniciais.

166

[...] *diversamente daquele que goza de aposentadoria programada, o segurado aposentado por incapacidade foi surpreendido pela contingência não programada (incapacidade permanente), a qual subverteu todo o seu planejamento previdenciário [...]*

A lei não pode estabelecer tratamento diferenciado mais vantajoso ou desvantajoso a uma categoria de indivíduos, levando em conta traços e circunstâncias particularizadoras sem que haja adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada. Precisa haver, ademais, a consonância da correlação lógica entre o elemento ou fator de *discrimen* e a desequiparação com os interesses absorvidos no sistema constitucional. Para que um *discrimen* legal possa conviver com a isonomia, ele não pode conduzir a uma situação de preterição ou desvantagem em relação à finalidade protetiva constitucional da norma, vista aqui sob o enfoque do risco social idêntico a que estão submetidos tanto os desabilitados em virtude de acidente do trabalho como os demais acometidos de infortúnios de qualquer outra natureza.

A finalidade protetiva da norma constitucional (art. 201, inciso I, da Constituição Federal) que determina a tutela das situações de incapacidade permanente ou temporária não é

atenuada no confronto entre benefícios acidentários e não acidentários. A etiologia do mal incapacitante é totalmente estéril para se chegar um adequado fator de *discrimen*, porque independe da vontade do destinatário da norma: ninguém escolhe a forma de ficar incapaz! A necessidade de suprimento da ausência da renda derivada do trabalho durante a incapacidade é exatamente a mesma. Não se pode logicamente justificar o tratamento diferenciado sob o fundamento de que o incapaz não acidentado necessite de uma reposição de renda inferior à daquele que fica incapaz em virtude de acidente do trabalho. Ainda, é arbitrária a regra porque não se pode admitir o decréscimo remuneratório (*rectius*: perda significativa de renda) verificado nos casos de conversão do benefício de auxílio por incapacidade temporária para aposentadoria por incapacidade permanente.

Acerca da discussão, Lazzari e Castro (2022, p. 729) alertam que:

Essa mudança no cálculo representa uma perda significativa de renda do segurado que se tornar incapaz de forma permanente para o trabalho, salvo na hipótese de a incapacidade ter resultado de acidente do trabalho, em situações assemelhadas ao acidente-típico, em casos de doença profissional e de doença do trabalho. Este tema deverá acarretar grandes controvérsias também porque, em caso de incapacidade permanente não acidentária, o valor do benefício de aposentadoria pode, e bem possivelmente será, calculado em valor menor que o auxílio-doença que o antecedeu, situação que pode acarretar a arguição de que há violação quanto à irredutibilidade do valor do benefício, pois não há sentido receber um valor de benefício menor (incapacidade permanente) por uma situação menos grave (que a de uma incapacidade temporária).

De fato, o segurado, que tenha sido inicialmente enquadrado como temporariamente incapacitado para o trabalho e que, após o agravamento do seu quadro clínico, passe a ser enquadrado como permanentemente incapacitado, estará sujeito, ao mesmo tempo, à majoração do risco social enfrentado e à minoração de sua proteção securitária. Resta configurado um verdadeiro paradoxo.

Tal situação ofende, inclusive, a proteção da confiança do segurado que, em auxílio por incapacidade temporária, tem sua renda drasticamente reduzida na conversão para aposentadoria por incapacidade definitiva. Sobre o tema (proteção da confiança), convém trazer à baila as lições de Rafael Maffini (2006, p. 222):

O conteúdo normativo do princípio da segurança jurídica pode ser dividido em três aspectos: a) numa feição de previsibilidade ou de “cálculo prévio”, que opera ex ante, para os fins de se evitar surpresas decorrentes da atividade estatal; b) numa feição de acessibilidade, fundamentando a publicidade e, em termos amplos, a transparência da ação estatal; c) como instrumento de estabilidade, ou de previsibilidade ex post, continuidade, permanência, regularidade das situações e relações jurídicas decorrentes da ação estatal. A proteção substancial da confiança, no Direito Administrativo, situa-se na última significação do princípio da segurança jurídica [...]

Diante desse panorama relacional, tem-se que a arbitrariedade da medida tomada pelo constituinte derivado é patente. Mas não só. A opção legislativa malfere, ao fim e ao cabo, a própria ideia de dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), razão maior da existência do Estado Democrático de Direito, e fundamento estruturante de todo o ordenamento jurídico.

Isso porque o direito previdenciário, incluído no espectro dos direitos fundamentais sociais, pode ser considerado como uma densificação da dignidade da pessoa humana. Realmente, a justificativa para um Estado intervencionista e efetivador de direitos fundamentais repousa, justamente, na garantia ao ser humano de condições para uma vida digna.

Nessa senda, Lazzari e Castro (2022, p. 19) ponderam, preciosamente, que:

Os fenômenos que levaram a existir uma preocupação maior do Estado e da sociedade com a questão da subsistência no campo previdenciário são de matiz específica: são aqueles que atingem indivíduos que exercem alguma atividade laborativa, no sentido de assegurar direitos mínimos na relação de trabalho, ou de garantir o sustento, temporária ou permanentemente, quando diminuída ou eliminada a capacidade para prover a si mesmo e a seus familiares.

[...] por mais precavido que possa ser o indivíduo, estará ele sempre sujeito à hipótese de múltiplos infortúnios durante toda a sua vida profissional, e não somente com o advento de sua velhice.

Se a principal finalidade da Previdência Social é a proteção à dignidade da pessoa, não é menos verdadeiro que a solidariedade social é verdadeiro princípio fundamental do Direito Previdenciário, caracterizando-se pela cotização coletiva em prol daqueles que, num futuro incerto, ou mesmo no presente, necessitem de prestações retiradas desse fundo comum.

A partir da regra trazida pelo art. 26, § 2º, inciso III, da EC n. 103/2019, percebe-se que a estratégia legislativa visa à atenuação da responsabilidade social (e estatal), em detrimento de segurado em situação de extrema vulnerabilidade – surpreendido pelo fato incapacitante –, por meio da diminuição drástica do valor devido a título de benefício, em tese substitutivo dos rendimentos que seriam auferidos pelo obreiro acaso não fosse atingido pelo infortúnio. Tal medida, além de violar a igualdade (pois evidentemente arbitrária), ofende, também, a dignidade da pessoa humana.

Não é demais ponderar que a alteração objeto deste estudo também produzirá reflexos no cálculo dos benefícios de pensão por morte e de auxílio-reclusão, como bem identificado por Bradbury (2021, p. 392):

Importante destacar que a diminuição na RMI da aposentadoria por incapacidade permanente terá grave repercussão também para a drástica redução no valor da pensão por morte e no auxílio-reclusão, pois tais benefícios são calculados com base no presente benefício quando o segurado, na data do óbito ou da prisão, não está aposentado.

Não se negam, por óbvio, espaços de discricionariedade ao legislador; o que não se pode admitir – e não há outra conclu-

são possível – é a coexistência de normas que tratem de forma tão diversa segurados que, em linha de comparação, são fundamentalmente iguais; ou que formalmente igualem segurados submetidos a riscos sociais totalmente distintos.

Diante de tais ponderações, lança-se mão, novamente, das palavras de Anderle e de Ros (2022), quando concluem que

[...] há evidente contradição em um ordenamento que propicia maior proteção social àquele que se encontra incapacitado em menor grau em face daquele atingido por contingência social mais gravosa (ausência de coerência interna); ou que discrimina o cálculo de prestações previdenciárias decorrentes de incapacitação permanente por conta da causa da invalidez, sem nenhum fundamento razoável para o discrimen; ou que equipara esse cálculo, no caso de benefícios não programáveis e benefícios programáveis.

Ora, ainda que se diga que as alterações promovidas pela EC n. 103/2019 quanto ao benefício de aposentadoria por incapacidade permanente não tenham eliminado o núcleo essencial do direito em questão ou que não prejudicaram o mínimo existencial (já que muitos benefícios hão de ser fixados no valor do salário mínimo frente ao disposto no art. 201, § 2º, da CF), é certo que elas acabaram por criar uma situação de desigualdade injustificada e, por consequência, arbitrária e inconstitucional.

Nesse trilhar, tem-se que a vigência da regra prevista no art. 26, § 2º, inciso III, da EC n. 103/2019 sacramenta um sistema previdenciário disfuncional e incoerente, além de configurar uma grave afronta à igualdade, direito fundamental previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, bem como à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal).

O princípio da igualdade é dinâmico e deve também ser considerado enquanto elemento ativo para promover a igualização dos destinatários da norma. Mais adequado seria denominá-lo “princípio igualizador”.

Pois bem. Diagnosticada a inconstitucionalidade da nova regra de cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por incapacidade permanente não acidentária, tem-se a necessidade de sua extirpação do ordenamento jurídico pátrio, notadamente por meio do controle de constitucionalidade.

Porém, não basta a exclusão da regra. Revela-se imprescindível que seja fixada qual norma será aplicável no que tange ao cálculo da renda mensal inicial do benefício, uma vez que os segurados atingidos pela medida se encontram em extrema vulnerabilidade, conforme reiteradamente destacado neste artigo, e não podem se sujeitar a um limbo jurídico, aguardando indefinidamente um novo posicionamento do Poder Legislativo, sob pena de configuração de outra injustiça.

A partir da produção de efeitos *ex tunc*, tem-se que a declaração de inconstitucionalidade reconhece a nulidade *ab origine* da norma, seja no controle difuso, seja no controle concentrado. De fato, a doutrina majoritária (e também a jurisprudência do Pretório Excelso) adota a teoria da nulidade, de origem nor-

te-americana, quanto à declaração de inconstitucionalidade de normas, ainda que se admita um certo grau de flexibilização, a exemplo da regra prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/99, que trata da modulação de efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de determinado ato normativo.

Acerca da conceituação do sistema norte-americano, Mauro Cappelletti (1999, p. 115-116) observa que “a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (*null and void*) e, por isto, ineficaz, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, declara (preexistente) nulidade da lei.

Nesse sentido, memoráveis são as lições de Paulo Brossard (ADI 2, Relator: PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992, DJ 21/11/1997):

[...] Segundo doutrina consagrada, é *ex tunc* o efeito da declaração de inconstitucionalidade. Por que ela é congênita à lei, ela pré-existe à declaração judicial. O julgamento não muda a lei fazendo-a nula quando era válida, apenas declara o vício pré-existente. A Corte verifica e anuncia a nulidade, como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se punha ser um diamante, não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era.

Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não mudou a natureza do suposto diamante.

Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas *ab initio* não passava de produto sintético.

Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso, o seu efeito é *ex tunc*.

Assim, declarada a inconstitucionalidade de determinada norma, torna-se hígido o regramento anterior que fora eventualmente revogado ou modificado. É o que o Supremo Tribunal Federal vem chamando de *efeito represetatório* da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

No caso em estudo, se a norma em questão (art. 26, § 2º, inciso III, da EC n. 103/2019) sempre foi nula, nunca teve o condão de revogar a norma anterior que tratava sobre o cálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por invalidez. Por consequência, deve-se resgatar o regramento previsto no art. 44 da Lei n. 8.213/91 (com redação dada pela Lei n. 9.032/95), para definir que o cálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente deverá ser correspondente a 100% (cem por cento) do salário de benefício, seja de origem acidentária ou não.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A igualdade é princípio estruturante do Estado de Direito e da ordem jurídica constitucional. Contido no artigo 5º da Constituição da República de 1988, foi consagrado no texto da Carta a modo de alçar o direito ao tratamento isonômico à condição de direito fundamental ao igual gozo, por parte dos cidadãos, dos direitos constitucional e legalmente reconhecidos. A igualdade material é, portanto, uma meta a ser perseguida sem

tréguas pela sociedade brasileira, mas, sobretudo, um compromisso pétreo de que não pode se demitir nem mesmo o legislador constitucional.

Nessa linha, um limite constitucional às reformas que suprimem direitos reside no respeito ao “princípio da isonomia”. De fato, é assente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a possibilidade de controle das emendas constitucionais, ainda que, verdade seja dita, não exista referência expressa no texto constitucional a esse respeito. Isso porque o poder constituinte derivado reformador, manifestado pela edição de emendas constitucionais, é limitado formal, circunstancial e materialmente. Quanto à limitação material, tem-se o caso das limitações dos direitos da Seguridade Social, tal como perpetradas pela EC n. 103/2019 nas situações como a presente, justamente porque não alcançaram a todos de maneira uniforme, senão apenas a alguns grupos de trabalhadores e sem justificativa racional para tanto. Toda legislação, inclusive a constitucional, que consagre consequências gravosas que se façam recair sobre determinado grupo de cidadãos, sem justificativa razoável do elemento de discrimen, infringe o princípio da igualdade, no sentido exato de interdição de toda a diferenciação irrazoável, o que leva também à aplicação do princípio, de mais amplo raio, da proporcionalidade.

Com efeito, o princípio da isonomia pode ser analisado por dois vieses entrelaçados: (1) não se pode tratar de modo igual os diferentes, e (2) não se pode tratar de modo diferente os iguais. O primeiro sentido está em que a mera forma de regulação geral e abstrata e de aplicação igualitária da lei não assegura a igualdade almejada pelo direito constitucional. O igualitarismo abstrato não é suficiente e exige sempre uma política desigualizante. Outorgar o mesmo tratamento a todas as pessoas, sem observar as distinções que a complexidade social lhes impõe, é também uma forma de violar o princípio da igualdade. Assim, a igualdade, enquanto conceito relativo, exige análise e confrontação das diferentes situações em que se encontram os diversos sujeitos de direitos. Somente com a determinação das características essenciais de cada um é que se pode eleger soluções capazes de equiparar as diferentes situações, vale dizer, de corrigir as distorções então existentes. Idêntico fundamento que impõe tratamento isonômico para os que estão em situações iguais exige que se dedique tratamento diferenciado aos que se encontram em situações desiguais, como que autorizando uma espécie de “discriminação inversa” e, ao mesmo tempo, inibindo as “discriminações não justificáveis”.

O princípio da igualdade é dinâmico e deve também ser considerado enquanto elemento ativo para promover a igualização dos destinatários da norma. Mais adequado seria denominá-lo “princípio igualizador”. Vale dizer: não se trata de uma determinação constitucional estática que se acomoda na fórmula abstrata “todos são iguais perante a lei” (o que representaria uma igualdade meramente formal). Um dos fundamentos materiais de validade do princípio da isonomia é criar condições para que se busque realizar a igualização das condições desiguais (igualdade material de direitos). É que, havendo indiscutivelmente desigualdades, a lei abstrata e impessoal que incida friamente sobre todos de igual forma acaba por gerar mais desigualdades e propiciar mais injustiça. Por isso, olhando pelo sentido inverso, também conferir

tratamento diverso aos que estão em situação idêntica, pode representar rematada violação da isonomia.

Assim, ante a possibilidade de controle jurisdicional de emendas constitucionais e físcados os alicerces do princípio da isonomia, notadamente sob a ótica da vedação do arbítrio, acredita-se que a EC n. 103/2019, ao definir nova forma de cálculo da renda mensal inicial do benefício por aposentadoria por incapacidade permanente não acidentária, violou o direito fundamental à igualdade.

Em *primeiro lugar*, porque malferiu, nas palavras de Alexy, o dever de tratamento igual, já que não há motivo razoável para a diferenciação entre aposentadoria por incapacidade permanente e benefício por incapacidade temporária, sendo que a regra trazida pela emenda constitucional estabeleceu tratamento mais gravoso à parte mais vulnerável, médica e juridicamente, ante sua incapacidade permanente para o trabalho, em comparação à parte menos vulnerável, incapacitada temporariamente.

Em *segundo lugar*, porque, ao diferenciar, no próprio texto da emenda constitucional, os benefícios por incapacidade permanente não acidentária de aposentadorias decorrentes de acidente de trabalho, de doença profissional e de doença do trabalho, mantendo, quanto aos últimos, a mesma regra de cálculo anterior, procedeu à distinção de tratamento entre pessoas que, igualmente, foram submetidas ao mesmo risco social não programado e indesejado, consubstanciado na incapacidade de exercer suas atividades laborais, ainda que a origem tenha sido diversa.

Por fim, porque não se pode admitir o decréscimo remuneratório verificado nos casos de conversão do benefício de auxílio por incapacidade temporária para aposentadoria por incapacidade permanente, pois configura um verdadeiro paradoxo que malfere a proteção da confiança do segurado.

Nesse trilhar, tem-se que a vigência da regra prevista no art. 26, § 2º, inciso III, da EC n. 103/2019 sacramenta um sistema previdenciário disfuncional e incoerente, além de configurar uma grave afronta à igualdade, direito fundamental previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, bem como à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), razão maior da existência do Estado Democrático de Direito.

Diagnosticada a arbitrariedade do novo regramento e, portanto, sua inconstitucionalidade, o referido dispositivo deve ser extirpado do ordenamento jurídico. Se o Poder Judiciário apenas declara que a norma possui o vício congênito, deve-se resgatar o regramento previsto no art. 44 da Lei n. 8.213/91 (com redação dada pela Lei n. 9.032/95), para definir que o cálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente deverá ser correspondente a 100% (cem por cento) do salário de benefício, seja de origem acidentária ou não. Tal medida possui o condão de evitar que o segurado objeto da normativa caia em um limbo jurídico, à espera da edição de uma nova regra.

NOTA

- 1 O presente artigo teve por base duas fontes principais. A primeira, quanto à proibição de arbítrio, foi a dissertação de mestrado defendida no ano de 2014 junto à PUC/RS por um dos articulistas, sendo um trabalho inédito; a segunda, no que toca especialmente ao mérito propriamente dito, trata-se de voto a ser apresentado por outro dos articulistas no âmbito do TRF/4, em processo de controle incidental de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

- ANDERLE, Vitor Hugo; DA ROS, Patrick Lucca. A alteração do critério de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente pela Emenda Constitucional no 103/2019: primeiras reflexões e alguns testes de constitucionalidade. Portal Unificado da Justiça Federal da 4ª região, Porto Alegre, 25 jul. 2022. Disponível em: <https://cutt.ly/tNYL4fH>. Acesso em: 7 maio 2023.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BERNAL-PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: CEPC, 2007.
- BERNAL-PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad: desafíos a la ponderación. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2011. p. 299-.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1995.
- BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BRADBURY, Leonardo Cacao Santos La. Curso prático de direito e processo previdenciário. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- CAMPOS, Francisco. Direito constitucional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 2.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. v. 1. 4. ed. revista. Coimbra: Coimbra, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- CORREIA, Fernando Alves. O plano urbanístico e o princípio da igualdade. Coimbra: Almedina, 2001.
- DIDIER, María Marta. El principio de igualdad en las normas jurídicas: estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.
- GARCIA, Maria da Glória F. P. D. Estudos sobre o princípio da igualdade. Coimbra: Almedina, 2005.
- JIMENEZ CAMPO, Javier Jiménez. La igualdad jurídica como limite frente al legislador. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, año 3, n. 9, set./dic. 1983. Disponível em: <https://www.cepc.gov.es/sites/default/files/2021-12/24666redc009071.pdf>. Acesso em: 11 maio 2023.
- MAFFINI, Rafael. Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de direito previdenciário. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra, 2004.
- PALADIN, Livio. Eguaglianza (dir. cost.). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1965. v. 14, p. 519-520.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco de Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1946. 4. ed. Rio: Borsoi, 1963. v. 4.
- RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ROCHA, Daniel Machado da. Comentários à lei de benefícios da previdência social: lei 8.213, de 24 de julho de 1991. 20. ed. Curitiba: Alteridade, 2022.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direito constitucional brasileiro. São Paulo: Edusp, 2021.
- VELLOSO, Andrei Pitten. O princípio da isonomia tributária: da teoria da

igualdade ao controle das desigualdades impositivas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VELLOSO, Andrei Pitten. A teoria da igualdade tributária e o controle de proporcionalidade das desigualdades de tratamento. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, ano 15, n. 76, p. 36-72, set./out. 2007.

Artigo recebido em 24/5/2023.

Artigo aprovado em 12/7/2023.

Paulo Afonso Brum Vaz é Desembargador Federal, atuando junto à 9ª Turma do TRF/4. Pós-doutor no IGC – Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Poder Judiciário pela FGV.

Vinícius Letti Flores é Técnico Judiciário com atuação junto ao TRF/4. Mestre em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado pela PUC/RS. Especialista em Direito Público pelo IMED.

Jaime Fernandes de Mattos Júnior é Analista Judiciário com atuação junto ao TRF/4. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário do Estado do Pará. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará.