

DEMOCRACIA, PODER JUDICIÁRIO E REFORMA DA PREVIDÊNCIA (EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019): ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS NOVAS REGRAS DE APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE SOB A ÓTICA DA RESERVA DE JUSTIÇA DE OSCAR VILHENA VIEIRA

DEMOCRACY, JUDICIARY AND SOCIAL SECURITY REFORM (CONSTITUTIONAL AMENDMENT Nº 103/2019): ANALYSIS OF THE (UN) CONSTITUTIONALITY OF THE NEW RULES FOR PERMANENT DISABILITY RETIREMENT FROM THE PERSPECTIVE OF OSCAR VILHENA VIEIRA'S JUSTICE RESERVE

Roberto Luis Luchi Demo¹

Doutorando em Direito Constitucional (IDP, Brasília/DF, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; direito previdenciário.

RESUMO: Trata-se de artigo científico que analisa a (in)constitucionalidade da nova sistemática de cálculo do benefício previdenciário de aposentadoria por incapacidade permanente, trazida pela Emenda Constitucional nº 103/2019. Para esse fim, o método adotado é o dedutivo, aplicando-se as técnicas de pesquisa bibliográfica à doutrina e à pesquisa documental. Inicia expondo

as ideias de Oscar Vilhena Vieira sobre o conteúdo das cláusulas pétreas no constitucionalismo democrático. Em seguida, analisa o contexto da Reforma da Previdência e a nova sistemática de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente. Depois, descreve a decisão da Turma Regional de Uniformização da 4ª Região e faz uma análise da (in)constitucionalidade da nova sistemática de cálculo, na perspectiva do constitucionalismo

¹ Juiz Federal da Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Bahia. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP-DF). *E-mail:* roberto.demo@trf1.jus.br. *Currículo:* <http://lattes.cnpq.br/2127525287219506>. *Orcid:* <https://orcid.org/0000-0003-1511-1558>.

democrático. Enfim, conclui que essa mudança normativa está no âmbito do autogoverno da maioria e se trata de uma decisão racional do poder constituinte derivado, que não viola a reserva de justiça constitucional e por isso merece ser preservada pelo Poder Judiciário, em homenagem à democracia.

ABSTRACT: *The paper analyzes the (un)constitutionality of the new calculation system for the permanent disability retirement, brought by Constitutional Amendment n° 103/2019. For this purpose, the method adopted is deductive, applying the techniques of bibliographic research to the doctrine and documental research. It begins by exposing Oscar Vilhena Vieira's ideas about the content of the stony clauses in democratic constitutionalism. It then analyzes the context of the Social Security Reform and the new system for calculating permanent disability retirement. Then, it describes the decision of the Regional Uniformization Court of the 4th Region and makes an analysis of the (un)constitutionality of the new calculation system, from the perspective of democratic constitutionalism. Finally, it concludes that this normative change is within the scope of majority self-government and it is a rational decision of the derived constituent power, which does not violate the reserve of constitutional justice and therefore deserves to be preserved by the Judiciary, in honor of democracy.*

PALAVRAS-CHAVE: democracia; Poder Judiciário; cláusulas pétreas; emenda constitucional; aposentadoria por incapacidade permanente.

KEYWORDS: *democracy; Judiciary; stone clauses; constitutional amendment; permanent disability retirement.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Democracia x constitucionalismo: Oscar Vilhena Vieira e a reserva de justiça constitucional; 2 A Reforma da Previdência (Emenda Constitucional n° 103/2019); 3 O Poder Judiciário e as novas regras de aposentadoria por incapacidade permanente; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Democracy x constitutionalism: Oscar Vilhena Vieira and the reservation of constitutional justice; 2 Pension Reform (Constitutional Amendment n° 103/2019); 3 The Judiciary and the new decisions on retirement due to permanent incapacity; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A Reforma da Previdência, veiculada pela Emenda Constitucional n° 103/2019, reduziu direitos previdenciários. Entre as mudanças, destaca-se a alteração da sistemática de cálculo do benefício previdenciário de aposentadoria por incapacidade permanente, que

a Turma Regional de Uniformização da 4ª Região considerou materialmente inconstitucional, na sessão de 11 de março de 2022.

Consoante registra Chris Thornhill, antes da Segunda Guerra Mundial, foram poucas as democracias que perduraram por muito tempo e a maioria das experiências democráticas terminou em catástrofe. As décadas de 1980 em diante presenciaram a disseminação global da democracia em diversas formas constitucionais. Especialmente na América Latina, a ascensão da democracia como uma realidade institucional “adquiriu enorme força durante as transições de regime na Argentina, em 1983, e no Brasil, em 1985”. Assim, a democracia constitucional vive o “momento de sua maior difusão, ao aproximar-se do *status* de norma jurídica global” (2021, *e-book*).

O presente trabalho tem o objetivo exploratório de investigar a (in)constitucionalidade dessa nova sistemática de cálculo, na perspectiva da democracia, tendo, como referencial teórico, as ideias de Oscar Vilhena Vieira. A análise restringe-se à (in)constitucionalidade material do art. 26, § 2º, III, da Emenda Constitucional nº 103/2019, valendo salientar que a inconstitucionalidade formal é questionada na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.279, proposta no Supremo Tribunal Federal, em 5 de dezembro de 2019, pelo Partido dos Trabalhadores.

A importância da pesquisa decorre da atualidade do tema, bem assim da necessidade de se ampliar o debate sobre a (in)constitucionalidade da nova sistemática de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, já que os conflitos previdenciários envolvendo esse benefício previdenciário estão entre os mais numerosos na Justiça Federal². Para alcançar esse objetivo, o método adotado na pesquisa é o dedutivo, aplicando-se as técnicas de pesquisa bibliográfica à doutrina e à pesquisa documental, na perspectiva qualitativa.

O estudo inicia fazendo uma exposição das ideias de Oscar Vilhena Vieira sobre o conteúdo das cláusulas pétreas no constitucionalismo democrático. Em seguida, analisa o contexto da Reforma da Previdência e a nova sistemática de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente. Depois, descreve a decisão da Turma Regional de Uniformização da 4ª Região e faz uma análise

² Sobre o panorama da judicialização dos conflitos envolvendo os diversos benefícios previdenciários e especialmente os benefícios decorrentes de incapacidade laborativa, vide: DEMO, R. L. L. O “estado da arte” da solução dos conflitos previdenciários no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, Porto Alegre, a. XI, n. 66, p. 63-67, dez./jan. 2022.

da (in)constitucionalidade da nova sistemática de cálculo, na perspectiva do constitucionalismo democrático. Enfim, conclui que essa mudança está no âmbito do autogoverno da maioria e se trata de uma decisão racional do poder constituinte derivado, que não viola a reserva de justiça constitucional e por isso merece ser preservada pelo Poder Judiciário, em homenagem à democracia.

1 DEMOCRACIA X CONSTITUCIONALISMO: OSCAR VILHENA VIEIRA E A RESERVA DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Neste tópico, é feita uma breve exposição das ideias do clássico artigo científico “A Constituição como reserva de justiça”, de Oscar Vilhena Vieira (1997, p. 53-97), a partir do qual se desenvolve a análise da (in)constitucionalidade das novas regras da aposentadoria por incapacidade permanente.

Muito bem. Para explicar o papel das Constituições nas sociedades democráticas, o autor começa registrando a passagem da *Odisseia*, de Homero, onde Ulisses determina que o amarrem ao mastro de sua embarcação, pois sabe que, se estiver livre, não resistirá ao canto mortal das sereias. Com as mãos deliberadamente atadas, Ulisses consegue passar ao largo dos rochedos e ouvir o canto das sereias sem, no entanto, a ele sucumbir. Do mesmo modo, as Constituições democráticas atuam como mecanismos de autolimitação adotados pela soberania popular para se proteger de paixões e fraquezas, das gerações presentes e futuras.

A hipótese de restrição da vontade majoritária das gerações futuras é problemática na perspectiva da teoria democrática, ainda mais quando se trata das cláusulas constitucionais que não podem ser alteradas (cláusulas superconstitucionais ou cláusulas pétreas). A adoção dessas cláusulas é um fenômeno que se intensificou a partir da Segunda Guerra Mundial e das barbáries do totalitarismo, quando o Direito foi transfigurado, surgindo a necessidade de reconstruir o sistema jurídico a partir de um conteúdo ético mais sólido. Tem-se assim um processo de substantivação do direito constitucional, passando a legitimidade da reforma da Constituição a estar vinculada não somente à realização de um procedimento (formalidade), mas à submissão a um conteúdo ético (substância), que busca seu fundamento nos direitos humanos e nos princípios do Estado de Direito e da separação dos poderes.

Como as cláusulas superconstitucionais ou cláusulas pétreas são um instrumento antagônico à democracia, o argumento fundamental de Oscar

Vilhena Vieira é o de que, caso esses dispositivos sejam mal formulados, compreendidos ou interpretados, poderão servir como barreira intransponível às decisões majoritárias, protegendo privilégios ou instituições incompatíveis com as necessidades impostas por uma história em constante fluxo. Nesse sentido, o constitucionalismo torna-se um instrumento antagônico à democracia. Todavia, se as limitações materiais ao poder de reforma da Constituição derem proteção especial a direitos, princípios e instituições que, além de essenciais à formação de uma vontade democrática, constituam uma verdadeira reserva de justiça constitucional, não se colocarão como uma afronta à democracia.

E prossegue o autor afirmando que o grande problema é determinar, racionalmente, quais direitos, princípios e instituições devem compor a reserva de justiça constitucional. Nesse sentido, registra que, para determinar esses contornos da reserva de justiça, convém usar a teoria política. Então, analisa principalmente a teoria da justiça de John Rawls, que foi o esforço mais significativo da teoria política contemporânea para superar as inconsistências do direito natural. Segundo Rawls, as cláusulas pétreas podem legitimamente abranger a organização de um procedimento democrático justo e a atribuição de direitos de participação e liberdades básicas. Para Rawls, o reconhecimento das cláusulas pétreas (o que seria uma escolha substantiva) pode ser feito, inclusive, pelos juízes, usando uma concepção política de justiça.

Depois, o autor analisa John Hart Ely, para quem, no dilema constitucionalismo x democracia, como os juízes não são eleitos nem responsáveis politicamente por suas decisões, o papel dos tribunais não é fazer escolhas substantivas, limitando-se a preservar a integridade do processo democrático (por exemplo, anulando reformas constitucionais que ponham em risco a continuidade da democracia ou que sejam discriminatórias). Essa teoria do controle de constitucionalidade, todavia, tem a inconsistência de se limitar à formalidade, de compreender o procedimento democrático como um fim em si mesmo, e não como meio para a realização de uma associação entre cidadãos livres e iguais.

Ultrapassando a formalidade e avançando então para o conteúdo ou a substância do que pode legitimamente ser uma cláusula superconstitucional ou cláusula pétrea, o autor menciona Carl Friedrich, para quem o constitucionalismo não é uma simples limitação à regra da maioria, mas tem um caráter positivo e promotor da democracia, de modo que os direitos

fundamentais e a separação dos poderes, mais do que obstáculos, funcionam como estruturas que habilitam o surgimento de uma esfera de decisão pública na qual cidadãos livres e bem informados podem decidir racionalmente seus próprios destinos.

A finalidade de uma teoria das cláusulas superconstitucionais é que o processo de emancipação humana, que o constitucionalismo democrático vem realizando, possa ser preservado e expandido ao longo do tempo. As cláusulas pétreas não precisam, assim, buscar, no direito natural, a sua fundamentação, mas, prospectivamente, retiram sua legitimidade da capacidade de compreender quais são as precondições fundamentais para a preservação da autonomia privada e pública dos cidadãos. Sua finalidade é proteger essas precondições de maiorias qualificadas, eventualmente seduzidas pelo canto das sereias.

E prossegue o autor, com base em Ronald Dworkin, asseverando que as cláusulas superconstitucionais decorrem da necessidade de preservação da dignidade humana e da igualdade. Trata-se de uma experiência e de uma construção histórica pela qual os cidadãos criam direitos para se defender do poder coercitivo do Estado, necessário, por sua vez, à estabilização de expectativas e respaldo do próprio Direito. Esses direitos e condições básicas servem de pressupostos para que seres humanos iguais e livres possam organizar suas vidas em comum por intermédio do Direito. São esses pressupostos que devem estar nas cláusulas pétreas, a fim de que impeçam reformas que ponham fim ao programa de emancipação social gerido pela democracia constitucional.

Então, Oscar Vilhena Vieira (1997, p. 83), após analisar formulações na esfera da teoria política, arremata que:

Os princípios a serem protegidos do poder constituinte reformador, por intermédio de cláusulas superconstitucionais, devem constituir a reserva básica de justiça constitucional de um sistema: um núcleo básico que organize os procedimentos democráticos, como mecanismo de realização da igualdade política, e do qual possam ser derivadas as liberdades, as garantias legais, inclusive institucionais, e os direitos às condições materiais básicas. Mais do que isso, as cláusulas superconstitucionais seriam uma pretensiosa usurpação da autonomia de cada geração por aqueles

que elaboraram o documento constitucional. Menos do que isso essas cláusulas seriam insuficientes.

Com essas premissas, o autor conclui que as cláusulas pétreas, no que interessa ao presente trabalho, devem abranger os direitos sociais, econômicos e culturais básicos, “tanto por serem necessários à realização dos direitos civis e políticos, como pelo seu próprio *status* de direitos tão morais, como os direitos civis e políticos básicos” (VIEIRA, 1997, p. 84-85).

2 A REFORMA DA PREVIDÊNCIA (EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019)

2.1 CONTEXTO

O processo de globalização econômica, com a implementação de novas tecnologias e a mudança do mercado de trabalho, trouxe o estigma do desemprego estrutural, que, somado ao envelhecimento da população, representam um desafio à previdência social. Como salienta Elody Boulhosa Nassar (2014, *e-book*):

Um dos maiores desafios da Previdência Social neste século XXI é o financiamento, tendo em vista o envelhecimento populacional e o seu impacto nos gastos sociais dos países. O desafio da questão está, atualmente, no centro das discussões e dos protestos no mundo e no Brasil. Muitos países estão revendo seus sistemas previdenciários, como foi o caso recente da França, da Itália, da Espanha e outros países do continente europeu, em plena recessão econômica e em efervescente mudança da legislação previdenciária.

A diminuição considerável na relação entre a população ativa (contribuintes) e a inativa (beneficiários) agrava-se aceleradamente, o que enseja maior necessidade de financiamento do sistema, para assegurar a manutenção do seu equilíbrio financeiro-atuarial.

No Brasil, Alan da Costa Macedo registra que, “já na época da Assembleia Nacional Constituinte, que promulgou o texto original da Constituição Federal, havia uma grande disputa entre antagônicos políticos” (2020, p. 32),

saindo vencedores dessa disputa os que defendiam o sistema keynesiano/beveridgeano, mais garantista.

Sucedem que as mudanças sociais e econômicas trouxeram a insustentabilidade do sistema previdenciário keynesiano/beveridgeano, vencedor na Assembleia Nacional Constituinte, impondo-se a adequação do sistema à realidade socioeconômica brasileira, considerando, inclusive, a natureza contributiva e solidária, bem assim o equilíbrio financeiro e atuarial, previstos no art. 40, *caput*, e art. 201, *caput*, da Constituição Federal. A propósito, como salienta Aldacy Rachid Coutinho (2017, p. 30), citando o saudoso Carlos Alberto Menezes Direito:

Ninguém discute mais hoje que o regime previdenciário tem natureza contributiva e solidária e, ao mesmo tempo, que deve levar em conta o equilíbrio financeiro e atuarial. Daí, endogenamente, pela própria regra, a possibilidade de alteração desse regime para que ele tenha a natureza contributiva e solidária e, ao mesmo tempo, leve em consideração o equilíbrio financeiro e atuarial, que lhe dá viabilidade.

Sobre esse desequilíbrio financeiro e atuarial que provoca o déficit da previdência, Carlos Luiz Strapazon (2019, p. 154), comentando a auditoria do Tribunal de Contas da União sobre as contas da Previdência Social em 2017, enfatiza que:

Visto isso, podemos avançar para mais um componente extremamente importante desse Relatório da Auditoria do TCU, e que diz respeito ao desequilíbrio entre despesas e receitas do Orçamento da Seguridade Social. Está muito claro que nos 10 anos examinados pelo TCU (2007 a 2016) os gastos globais da Seguridade Social evoluíram acima das receitas e também acima da inflação. Isso indica, obviamente, a existência de desequilíbrios financeiros e, portanto, de déficit no orçamento da Seguridade Social. Contudo, há uma particularidade nesse déficit. Nem todas as fontes de despesas da Seguridade Social evoluíram de modo a ter seus gastos globais acima das receitas e também acima

do índice de inflação. Nesse período, as despesas com a área da saúde e com a assistência social permaneceram estáveis em relação à evolução desses indicadores. Os gastos crescentes são de natureza previdenciária, e dentre os gastos previdenciários, 2/3 correspondem ao orçamento do RGPS e 1/3 à somatória de RPPS e EPU. Assim, não pode haver dúvidas quanto a um fato simples: há um desequilíbrio financeiro no Orçamento da Seguridade Social provocado, particularmente, pelas contas da Previdência.

Daí, tem-se um desequilíbrio entre as receitas e as despesas correntes da previdência social, sem considerar, para essa constatação, os desvios de valores da previdência social realizados no passado nem as renúncias fiscais, os quais, se considerados, como sustentam alguns autores, demonstrariam que a previdência social não é deficitária (AGOSTINHO; SALVADOR; SILVA, 2019, p. 123-126).

Ademais, não se pode olvidar o superdimensionamento que a previdência social passou a ter ao longo dos anos. Conforme Myller Claudino de Freitas, “o sistema previdenciário do Brasil custa quase 12% do produto interno bruto (PIB), o que é alto” (2019, p. 51)³. Esse superdimensionamento da previdência social, além de impactar outros componentes da seguridade social, quais sejam, saúde e assistência social, prejudica também outras políticas públicas, como educação infantil, dificultando a alocação de recursos e reduzindo a abrangência dessas políticas públicas impactadas, o que impede

³ Nessa mesma linha, a exposição de motivos apresentada pelo Ministro da Economia, Paulo Guedes, em meados de 2019, para justificar a elaboração de proposta de emenda constitucional: “O nível de despesa previdenciária brasileira revela-se destoante da experiência internacional. Tal situação dificulta a alocação de recursos para outras políticas públicas, pressiona a carga tributária e o endividamento público. Em 2017, a despesa pública com previdência chegou ao patamar de R\$ 890,7 bilhões, que representou 13,6% do PIB. Tal dado considera a despesa do RGPS, do RPPS da União, despesa com militares (reserva, reforma e pensão) e RPPS de Estados e Municípios. O déficit agregado chegou a R\$ 362,6 bilhões (5,5% do PIB). Se também for considerada a despesa com BPC/LOAS, a despesa atinge 14,4% do PIB (R\$ 944 bilhões)” (BRASIL. *Exposição de motivos da Proposta de Emenda Constitucional nº 06/2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projotos/ExpMotiv/REFORMA%202019/ME/2019/00029.htm. Acesso em: 12 maio 2022).

uma distribuição igualitária dos recursos escassos entre os cidadãos e configura uma grande injustiça, na perspectiva da justiça distributiva⁴.

Esse ambiente de insustentabilidade, desequilíbrio e superdimensionamento da previdência social no Brasil caracteriza um ambiente de crise, com aumento da incerteza sobre a manutenção da própria previdência no futuro. Nesse contexto, Erico Sanches Ferreira dos Santos e Marcos Augusto Maliska asseveram que a “Reforma da Previdência é urgente, não há como se negar”, sendo que “a ausência de reforma leva a um cenário ‘ultraneoliberal’, com desmonte quase total do Estado” (2019, p. 39).

Enfim, a crise da previdência é tema recorrente na agenda política do Brasil, de maneira que foram realizadas reformas mais tímidas no passado, como as veiculadas pelas Emendas Constitucionais nºs 20/1998 e 47/2005, mas sem conseguir, efetivamente, solucionar o problema. Sobreveio então, como medida para controlar essa crise, a Emenda Constitucional nº 103/2019, que reduziu os contornos jurídicos de diversos direitos previdenciários, caracterizando-se como a reforma previdenciária mais ampla já realizada nos sucessivos governos democráticos.

2.2 AS NOVAS REGRAS DE APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE

A aposentadoria por incapacidade permanente é devida ao segurado que “for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência” (art. 42, *caput*, da Lei nº 8.213/1991). Por sua vez, o auxílio por incapacidade temporária é o benefício previdenciário concedido ao segurado que “ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos” (art. 59, *caput*, da Lei nº 8.213/1991). Portanto, esses benefícios exigem, para sua concessão, a incapacidade para o trabalho ou incapacidade laborativa⁵.

⁴ Sobre a justiça distributiva, Fábio Alves Gomes de Oliveira salienta, com base na doutrina de Ronald Dworkin, que a “justiça é conquistada no momento em que todos os indivíduos alcançarem uma organização que proporcione a mesma capacidade aquisitiva entre os participantes do contrato” (OLIVEIRA, 2011, p. 29).

⁵ Sobre o conceito de incapacidade, vide: BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. *Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária*. Brasília: Instituto Nacional do Seguro Social, 2018, p. 26-27. Disponível em: <https://www.saudeocupacional.org/v2/wp-content/uploads/2018/03/Manual-T%C3%A9cnico-de-Per%C3%ADcia-M%C3%A9dica-2018.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

Registre-se que o auxílio por incapacidade temporária e a aposentadoria por incapacidade permanente são as novas denominações dadas pela Emenda Constitucional nº 103/2019, respectivamente, aos conhecidos auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.

A Reforma da Previdência, embora tenha alterado a forma de cálculo do salário de benefício, que antes correspondia à média aritmética simples dos 80% maiores salários de contribuição do período contributivo e passou a corresponder à média aritmética de todos os salários de contribuição (art. 26, *caput*, da Emenda Constitucional nº 103/2019), não alterou a sistemática de cálculo do auxílio por incapacidade temporária, cuja renda mensal inicial continua a corresponder a 91% do salário de benefício, nos termos do art. 61 da Lei nº 8.213/1991.

Outrossim, houve alteração significativa na sistemática de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, cuja renda mensal inicial correspondia a 100% do salário de benefício, nos termos do art. 44 da Lei nº 8.213/1991. A partir da Reforma da Previdência, a renda mensal inicial passou a corresponder a 60% do salário de benefício, com acréscimo de 2% para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 anos de contribuição para homem e de 15 anos de contribuição para mulher, exceto nos casos de acidente de trabalho, doença profissional e doença do trabalho, quando o valor da aposentadoria por incapacidade permanente continuará a corresponder a 100% do salário de benefício (art. 26, § 2º, III, § 3º, II e § 5º, da Emenda Constitucional nº 103/2019).

3 O PODER JUDICIÁRIO E AS NOVAS REGRAS DE APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE

3.1 A DECISÃO DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DA 4ª REGIÃO

A Justiça Federal da 4ª Região tem reconhecidamente uma posição de vanguarda, no cenário nacional, ao antecipar as grandes questões previdenciárias. Nesse sentido, a Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, órgão responsável pela uniformização da jurisprudência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais do Paraná, Rio Grande do Sul e Santa

Catarina, reconheceu a inconstitucionalidade material da nova sistemática de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, na sessão de 11 de março de 2022, em acórdão assim ementado:

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 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 à 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/1988 garante a irredutibilidade do valor dos benefícios. Como a EC 103/2019 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 103/2019, 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”. (PUIL 5003241-81.2021.4.04.7122/RS, Rel. Juiz Fed. Daniel Machado da Rocha, por maioria, sessão de 11.03.2022)

Considerando que a maioria das ações judiciais questionando benefícios por incapacidade tramitam no microssistema dos Juizados Especiais Federais⁶, trata-se de decisão importante, pois tem grande efeito persuasivo nesse microssistema em toda a região sul do Brasil. Da leitura do voto-condutor, infere-se que o acórdão reconheceu que a nova sistemática de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente é inconstitucional, basicamente, em virtude das seguintes informações empíricas:

[i] o valor do auxílio por incapacidade temporária (91% do salário de benefício) é maior do que o valor da aposentadoria por incapacidade

⁶ O relatório do Conselho Nacional de Justiça intitulado “Justiça em Números 2021” aponta que os dois assuntos mais recorrentes na Justiça Federal referem-se a benefícios previdenciários, quais sejam: auxílio por incapacidade temporária, com 541.738 processos, e aposentadoria por incapacidade permanente, com 361.138 (BRASIL, 2021, p. 273). Por sua vez, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, o auxílio por incapacidade temporária é demandado em 341.448 processos e a aposentadoria por incapacidade permanente, em 219.260 processos (BRASIL, 2021, p. 276). Esses números permitem afirmar que a maioria dos conflitos previdenciários envolvendo benefícios por incapacidade são judicializados nos Juizados Especiais Federais: em relação ao auxílio por incapacidade temporária, $341.448/541.738 = 63\%$ dos processos e, sobre aposentadoria por incapacidade permanente, $219.260/361.138 = 60\%$ dos processos foram direcionados para esse microssistema.

permanente não acidentária (60% do salário de benefício mais os acréscimos de 2%);

[ii] a nova sistemática equiparou o critério de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, que é um benefício previdenciário não programável, pois decorre de fato imprevisível, com as demais aposentadorias programáveis, de natureza voluntária; e

[iii] o valor da aposentadoria por incapacidade permanente não acidentária (60% do salário de benefício mais os acréscimos de 2%) é menor do que o valor da aposentadoria por incapacidade permanente acidentária (100% do salário de benefício).

3.2 ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 26, § 2º, INCISO III, DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019

Oscar Vilhena Vieira enfatiza que a Constituição é o ponto de encontro entre a moralidade e o direito, de modo que os meios tradicionais de interpretação jurídica se demonstrarão, muitas vezes, insuficientes, especialmente quando se trata de normas superconstitucionais. Assim, o que legitima a atuação do Poder Judiciário é a argumentação racional, ou seja, um procedimento discursivo destituído de qualquer forma de coerção que não o constrangimento do melhor argumento (1997, p. 86 e 89).

Daí a necessidade de o magistrado fundamentar as razões que o levam à determinada decisão, imperativo que não existe no Poder Legislativo e que torna o Poder Judiciário o local mais propício para decidir questões de princípios, ou seja, para preencher o conteúdo aberto de normas constitucionais (VIEIRA, 1997, p. 90).

Portanto, é por meio da racionalização e da argumentação contida na motivação da decisão judicial que os tribunais assumem o papel de discutir, publicamente, o alcance dos princípios e direitos que constituem a reserva de justiça do sistema constitucional. Dessa forma, os tribunais podem decidir quais emendas ferem e quais não ferem as cláusulas pétreas, de maneira legítima. Esse é um papel contramajoritário do Poder Judiciário, que, ao impedir a abolição ou erosão dos princípios fundamentais da ordem constitucional necessários à emancipação social, entendidos como reserva de justiça, estará, paradoxalmente, favorecendo a democracia (VIEIRA, 1997, p. 92).

3.2.1 A aposentadoria por incapacidade permanente como cláusula pétrea e a observância do mínimo existencial previdenciário

No âmbito da racionalização e da argumentação, é de se registrar que, entre as cláusulas superconstitucionais ou cláusulas pétreas da Constituição Federal, o art. 60, § 4º, IV, estabelece que não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Como salienta Oscar Vilhena Vieira, o referido inciso IV não fica limitado à sua literalidade, devendo abranger “aqueles direitos que, colocados pela Constituição, ou decorrentes dos princípios por ela adotados, constituem elementos essenciais à proteção da dignidade humana” (1997, p. 96).

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana, “premissa antropológica do estado Constitucional” (SARLET, 2013, p. 770), é indissociável do discurso dos direitos. Isso porque, para que um indivíduo possa desenvolver sua personalidade e exercer, autonomamente, seus direitos civis e políticos, precisa ter acesso a direitos sociais (LEAL, 2016, p. 149; VIEIRA, 1997, p. 84), entre os quais a previdência social. Daí, os direitos sociais, assim como os direitos individuais, “podem e devem ser vistos como decorrências universalmente válidas de uma mesma concepção da dignidade da pessoa humana” (MACHADO, 2013, p. 403).

Portanto, a previdência social arrolada na Constituição Federal, no art. 6º, e especialmente a aposentadoria por incapacidade permanente, que consta, desde a redação originária, no art. 201, I, estão abrangidas pela cláusula superconstitucional ou cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV. Todavia, isso não impede o legislador ordinário nem o poder constituinte derivado de modificar o regime jurídico desse benefício previdenciário, ainda que para restringir esse direito, desde que não atinja seu núcleo essencial ou mínimo existencial, que é uma projeção do princípio da dignidade da pessoa humana e constitui a reserva de justiça constitucional.

O desenho institucional dos diversos direitos previdenciários não constitui a reserva de justiça, que se limita ao núcleo essencial desses direitos. Em outras palavras, somente o núcleo essencial do direito previdenciário pode, legitimamente, obstar a ação do legislador ordinário e também do constituinte derivado, sem que isso configure ofensa à democracia. Como salienta Oscar Vilhena Vieira (1997, p. 79):

Evidente que a regra da maioria desempenha um papel de destaque nesse processo de decisão coletiva entre indivíduos iguais, porém a decisão democrática não depende de um simples fato aritmético. Essa decisão deve resultar de um processo de formação livre e racional da vontade. Portanto a manutenção de certos direitos é tão essencial à democracia como a própria regra da maioria. Nesse sentido o precomprometimento constitucional, por intermédio de cláusulas superconstitucionais, será moralmente legítimo toda vez que proibir os cidadãos de se autodestruírem enquanto seres igualmente livres, portadores de direitos que protegem sua condição de dignidade humana.

Esse bloqueio à atuação legislativa, que, no ordenamento jurídico brasileiro, decorre implicitamente do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), em outros ordenamentos está previsto expressamente. Por exemplo, na Constituição alemã, consoante Dieter Grimm, “a capacidade de a lei infringir direitos fundamentais foi restringida pelo art. 19 (2), segundo o qual o *Wesensgehalt* (conteúdo essencial) de um direito fundamental não pode ser tocado” (2015, p. 13-14, tradução livre)⁷.

Daí a importância de compreender o conceito de núcleo essencial do direito ou mínimo existencial que representa uma trincheira à atividade de conformação do legislador à realidade. Consoante Ana Paula de Barcellos (2002, p. 45):

O Mínimo Existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos

⁷ “The ability to infringe fundamental rights by statutory law was restricted by Article 19(2), according to which the ‘*Wesensgehalt*’ (essential content) of a fundamental right may not be touched.”

indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.

Gabriel Prado Leal salienta a dificuldade de se estabelecer concretamente o alcance de um mínimo existencial, registrando que a doutrina, em geral, inclui, no mínimo existencial, a renda mínima, a saúde básica e a educação fundamental. E continua o autor (LEAL, 2016, p. 153):

Mas não se pode dizer que haja consenso. Há, por exemplo, autores que defendem uma teoria absoluta do mínimo existencial, sustentando que ele tem conteúdo fixo, independentemente das circunstâncias. Outros propõem uma teoria relativa, que leva em consideração o contexto relacional e circunstancial, ponderando necessidades individuais e coletivas e disponibilidades financeiras. Em verdade, a teoria relativa, que nos parece mais adequada, apenas reafirma o princípio da reserva do possível, enunciando um núcleo essencial dos direitos sociais (sujeito à apreciação judicial) variável de acordo com a conjuntura da sociedade.

Nessa ordem de raciocínio, em matéria de direitos previdenciários, pode-se admitir, aprioristicamente, o conceito de Miguel Horvath Júnior e Fernando Henrique Médici, no sentido de que (2019, p. 76)

compõem o mínimo existencial previdenciário o dever de pagamento do salário mínimo em relação aos benefícios que substituem o salário de contribuição ou a renda do trabalhador (art. 201, § 2º, da CF/1988), o direito de reajustamento dos benefícios, ainda que nominal, como expressão do direito adquirido e de propriedade (art. 201, § 4º) e a mínima correspondência (não necessariamente absoluta) entre contribuição e benefícios, em decorrência do caráter contributivo do sistema.

De fato, embora se admita a relativização do alcance do mínimo existencial previdenciário, parece que o sobredito conceito é um referencial,

um ponto de partida adequado para uma argumentação racional sobre a nova sistemática de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, trazida pela Emenda Constitucional nº 103/2019.

Partindo desse referencial, vale salientar que a aposentadoria por incapacidade permanente é um benefício previdenciário substitutivo da remuneração do segurado, de modo que não pode ter valor inferior ao salário-mínimo, nos termos do art. 201, § 2º, da Constituição Federal. Ou seja, ainda que o cálculo dos 60% do salário de benefício mais os acréscimos de 2% resulte em valor inferior ao salário-mínimo, o benefício previdenciário será concedido no valor de um salário-mínimo.

Por sua vez, o reajustamento da aposentadoria por incapacidade permanente, para preservar seu o valor real, está garantido pelo art. 201, § 4º, da Constituição Federal.

Do mesmo modo, existe correspondência entre contribuição e benefício. Ilustrativamente: segurado que se aposenta por incapacidade permanente após 20, 25 ou 30 anos de contribuição, terá o valor do seu benefício calculado, respectivamente, com os coeficientes de 60%, 70% e 80%. Neste passo, vale registrar que a nova sistemática de cálculo prevista no art. 26, § 2º, da Emenda Constitucional nº 103/2019 abrangeu todas as aposentadorias, assim do regime geral de previdência social como do regime próprio de previdência social da União.

Nesse contexto, a nova sistemática de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente não viola o núcleo essencial desse direito previdenciário.

3.2.2 A escolha da política previdenciária pelo constituinte derivado: observância da razoabilidade e conformidade com outras cláusulas pétreas

Tratando-se de norma restritiva de direito fundamental, impõe-se a análise de sua razoabilidade. Pois bem. A nova sistemática de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente se afigura idônea a promover a realização de um fim constitucionalmente legítimo, qual seja, promover maior efetividade à natureza contributiva e solidária da previdência social, bem assim ao equilíbrio financeiro e atuarial, previstos no art. 40, *caput*, e no art. 201, *caput*, da Constituição Federal.

Ademais, a opção normativa é adequada à necessidade de redimensionamento da previdência social, para garantir o pacto intergeracional, de modo a possibilitar o atendimento às gerações futuras, em decorrência da escassez de recursos, mudança do mercado de trabalho, transição demográfica do envelhecimento populacional e aumento da expectativa de sobrevida, entre outras informações empíricas colhidas ao longo do processo legislativo⁸.

Assim, a política previdenciária que concretiza democraticamente a nova sistemática de cálculo tem um suporte empírico adequado e uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que pretende atingir, de modo que observa a razoabilidade.

A circunstância de a aposentadoria por incapacidade permanente não acidentária eventualmente ser precedida de auxílio por incapacidade temporária que, por opção política do legislador ordinário, tem valor superior não afasta a razoabilidade da norma constitucional – não apenas porque se trata de regras de hierarquias diversas⁹, mas, sobretudo, porque se trata de benefícios previdenciários distintos, especialmente no que se refere à sua duração no tempo, e que impactam diversamente no equilíbrio atuarial da previdência. Neste passo, vale lembrar que há situações em que a aposentadoria por incapacidade permanente não é precedida de auxílio por incapacidade temporária, de modo que nem se coloca essa questão.

Na mesma linha, tratando-se de benefícios previdenciários distintos, não há falar em violação ao princípio da irredutibilidade do valor do benefício, previsto na Constituição Federal, no seu art. 194, IV, e que está açambarcado pelo conteúdo normativo do art. 60, § 4º, IV. Isso porque essa cláusula pétreia não impede a concessão de benefício previdenciário de valor menor (aposentadoria por incapacidade permanente) para segurado que eventualmente já recebe outro benefício de valor maior (auxílio por incapacidade temporária). O que se proíbe é que um mesmo benefício previdenciário tenha, no curso de sua manutenção, o valor nominal reduzido (CASTRO; LAZZARI, 2017, p. 90).

⁸ Como registrado na exposição de motivos da Proposta de Emenda Constitucional nº 06/2019, transformada na Emenda Constitucional nº 103/2019 (BRASIL. *Exposição de motivos da Proposta de Emenda Constitucional nº 06/2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/REFORMA%202019/ME/2019/00029.htm. Acesso em: 12 maio 2022).

⁹ Ainda que essa norma constitucional não seja essencialmente constitucional, na medida em que versa sobre política pública, que tradicionalmente é objeto de legislação ordinária, não se pode olvidar que é formalmente constitucional.

Não afasta a razoabilidade, do mesmo modo, a circunstância de a aposentadoria por incapacidade permanente acidentária, ou seja, decorrente de acidente de trabalho, doença profissional e doença do trabalho, continuar a corresponder a 100% do salário de benefício. Isso porque a incapacidade, nesses casos, não decorre de circunstâncias idiossincráticas do segurado, mas do risco social gerado em virtude de seu trabalho, por isso que se justifica um tratamento jurídico diferenciado que, de resto, não é incomum no direito comparado¹⁰.

Aliás, esse tratamento diferenciado ocorria tradicionalmente na legislação previdenciária brasileira anterior. Por exemplo, a Consolidação das Leis da Previdência Social (Decreto nº 89.312/1984) estabelecia que o valor da aposentadoria por incapacidade permanente não acidentária correspondia a 70% do salário de benefício mais 1% por ano de contribuição (art. 30, § 1º) e, no caso de acidente do trabalho, o valor correspondia ao salário de contribuição no dia do acidente, não podendo ser inferior a 100% do salário de benefício (art. 164, II). Por sua vez, a redação originária do art. 44 da Lei nº 8.213/1991 estabelecia que o valor da aposentadoria por incapacidade permanente não acidentária correspondia a 80% do salário de benefício mais 1% por ano de contribuição e, no caso de acidente do trabalho, o valor correspondia a 100% do salário de benefício. Somente a partir da Lei nº 9.032/1995, que deu nova redação ao referido art. 44 da Lei nº 8.213/1991, é que o valor de toda aposentadoria por incapacidade permanente passou a corresponder a 100% do salário de benefício.

Essa circunstância afasta também a suposta ofensa ao princípio da isonomia. Em outras palavras, embora a isonomia prevista no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal deva ser respeitada pelo constituinte derivado, pois constitui uma cláusula pétrea, não se verifica ofensa a esse princípio quando situações diversas são tratadas de maneira diferente.

Outrossim, o Estado Democrático de Direito, com o propósito de promover a dignidade da pessoa humana, cumpre seu dever de proteção

¹⁰ Por exemplo, na Itália, os benefícios por incapacidade acidentários são regidos pelo *Decreto del Presidente della Repubblica* (DPR) nº 1.124/1965 (*Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*) e administrados pelo INAIL - Istituto Nazionale Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro, enquanto os benefícios por incapacidade não acidentários são regidos pela *Legge* nº 222/1984 e administrados pelo INPS - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale.

previdenciária suficiente, pois a opção normativa de política previdenciária que concretiza a nova sistemática de cálculo não agride o mínimo existencial do direito fundamental, como visto no tópico anterior. Ou seja, a nova regra da aposentadoria por incapacidade permanente assegura as condições mínimas à manutenção da dignidade da pessoa humana como, de resto, as demais aposentadorias – que adotam a mesma sistemática de cálculo – também asseguram.

A possibilidade de escolhas na formulação de políticas públicas mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo, visando à redistribuição de recursos disponíveis entre as diversas finalidades carentes de satisfação na sociedade, decorre da própria democracia. Nesse sentido, Marta Zbucka-Gargas e Cláudio Iannotti da Rocha advertem que, “atualmente, as Constituições devem funcionar como um espelho que reflete o pluralismo ideológico, moral, político e econômico existente na sociedade” (2022, p. 39, tradução livre)¹¹, de modo a criar condições para o exercício dos mais variados projetos de vida, sem impor nem predefinir um estilo de vida.

No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes, com base na doutrina de Gustavo Zagrebelsky, salienta que a Constituição desempenha, em meio a sociedades dotadas de grande diversidade, a tarefa de realizar as condições de possibilidade, viabilizando diversas alternativas à questão que se pretende solucionar (2020). No sistema previdenciário, essa possibilidade de escolhas está expressamente positivada no art. 194, III, da Constituição Federal, que estabelece a “seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços”.

Logo, para uma mesma situação coberta pela previdência social (por exemplo, a incapacidade permanente para o trabalho), existe mais de uma solução constitucional possível, cada qual mais adequada para uma determinada realidade. Em outras palavras, a solução constitucional mais adequada para uma determinada situação previdenciária (que implica alocação de recursos escassos) em um ambiente de bonança econômica e com a maioria da população jovem e trabalhando formalmente pode não ser a mais adequada em um ambiente de mudança do mercado de trabalho e transição demográfica do envelhecimento populacional com aumento da expectativa de sobrevivência.

¹¹ *“Nowadays, the Constitutions should act as a mirror that reflects the ideological, moral, political and economic pluralism existing in society.”*

Nesse sentido, Lawrence Thompson, em sua obra seminal *Mais velha e mais sábia: a economia dos sistemas previdenciários*, foi um dos primeiros autores a defender a necessidade de reformas ou mudanças nos sistemas previdenciários em decorrência das transformações demográficas e socioeconômicas dos países. Daí a possibilidade de soluções alternativas a serem adotadas ou escolhidas pelo Poder Legislativo e, especialmente, pelo constituinte derivado.

No âmbito dessas possibilidades de escolhas na formulação de políticas públicas, a nova sistemática de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente trazida pela Emenda Constitucional nº 103/2019 se apresenta como uma decisão racional do constituinte derivado, na medida em que foi tomada com base em informações empíricas colhidas ao longo do processo legislativo. Como salienta Gabriel Prado Leal (2016, p. 152-153):

Toda a problemática, então, pode ser resumida em uma palavra: escassez. Existem, afinal, recursos escassos e necessidades humanas ilimitadas. Consequentemente, sempre existirá a obrigação de serem feitas escolhas alocativas (as *tragic choices* de que fala a análise econômica do direito). Essas escolhas (trágicas) normalmente serão (ou deverão ser) orientadas: (i) por critérios técnicos, isto é, a partir de estudos científicos e de avaliações empíricas que indiquem quais as políticas públicas mais eficientes para maximizar o gasto social; e (ii) por critérios democráticos, já que, se não há dinheiro para tudo, nada mais natural que a maioria (ou o poder eleito) escolha onde ele será empregado prioritariamente.

Tratando do controle judicial das leis administrativas, Adrian Vermeule (2016, p. 130, 134-135) enfatiza que, via de regra, a formulação de políticas públicas ocorre em um cenário de incerteza, de modo que as decisões racionais (com razão de primeira ordem), isto é, escolhas feitas com base em informações empíricas satisfatórias, bem assim as decisões racionalmente arbitrárias (com razão de segunda ordem), isto é, escolhas com informações empíricas insuficientes (por exemplo, quando o custo de obter informações para reduzir a incerteza é maior que as consequências negativas prováveis da regulação), devem ser prestigiadas pelos tribunais, não competindo ao Poder Judiciário,

nessas situações, substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado pelas suas próprias escolhas:

Há um papel adequado para os Tribunais, que é assegurar que as agências investiram adequadamente recursos na reunião de informações, o que pode resolver a incerteza, possivelmente transformando-a em risco ou até mesmo certeza. [...] a existência de um problema de incerteza implica, por vezes, em que a própria questão sobre se a reunião de mais informações estará justificada à luz dos seus custos é, em si, incerta. Em casos como esses, as Cortes devem deixar espaço para que as agências adotem decisões racionalmente arbitrárias sobre quando interromper o processo de reunião de informações. [...] Por razão de primeira ordem, refiro-me à razão que justifica a escolha relativamente a outras escolhas dentro do conjunto possível à agência. Uma razão de segunda ordem é uma razão para fazer uma escolha ou outra dentro do conjunto das que são possíveis, mesmo sem nenhuma razão de primeira ordem puder ser apresentada. Em situações de incerteza, agências frequentemente terão razões de segunda ordem perfeitamente válidas mesmo quando não é possível fornecer uma razão de primeira ordem. Em outras palavras, há um domínio de decisões das agências que são necessária e inevitavelmente arbitrárias, em um sentido de primeira ordem. As Cortes de controle devem ser abster de ampliar suas demandas por razões e por racionalidade do processo decisório além do ponto a partir do qual a possibilidade de razão se esgota. (tradução livre)¹²

¹² *“There is a proper role for courts in ensuring that agencies have adequately invested resources in information-gathering, which may resolve uncertainty, perhaps by transforming it into risk or even certainty. [...] the existence of an uncertain problem implies that, sometimes, the very question whether collecting further information will be cost-justified is itself uncertain. In cases like that, courts must leave room for agencies to make rationally arbitrary decisions about when to cut off the process of information-gathering. [...] By a first-*

Se assim é com as leis, com mais razão deve ser com as emendas constitucionais, que são atos normativos mais qualificados, sob a perspectiva da democracia, pois exigem um *quorum* mais elevado para aprovação no Poder Legislativo, bem assim porque o constituinte derivado tem seu âmbito de liberdade hermenêutica ainda maior, limitado somente pelas cláusulas pétreas. Por isso, o controle de legitimidade/constitucionalidade, que é uma atividade contramajoritária do Poder Judiciário, deve ser exercido com mais parcimônia, deferência ou autocontenção. Nessa linha, Ademar Borges de Sousa Filho (2022) registra que

é possível fixar algumas premissas que orientam o controle de constitucionalidade de emendas à constituição. *Em primeiro lugar*, as cláusulas pétreas não bloqueiam qualquer tipo de alteração aos princípios protegidos, mas apenas aquelas que atinjam o seu núcleo essencial, devendo, em todo caso, ser interpretadas de forma estrita, já que constituem limitação ao princípio democrático. *Em segundo lugar*, a cláusula pétrea dos “direitos e garantias individuais” deve ser interpretada como equivalente ao conjunto de *direitos materialmente fundamentais*, que são aqueles que representam concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, no exercício do controle de constitucionalidade de emendas à constituição por violação a cláusulas pétreas, as cortes constitucionais devem ser autocontidas, limitando-se a declarar a inconstitucionalidade das emendas em casos excepcionais quando houver patente violação ao núcleo essencial de cláusula pétrea.

-order reason, I mean a reason that justifies the choice relative to other choices within the agency's feasible set. A second-order reason is a reason to make some choice or other within the feasible set, even if no first-order reason can be given. In situations of uncertainty, agencies will often have perfectly valid second-order reasons even when no first-order reason is possible. In other words, there is a domain of agency decisions that are necessarily and unavoidably arbitrary, in a first-order sense. Reviewing courts must not press their demands for reasons and reasoned decision-making beyond the point at which the possibility of reason is exhausted.”

Vale registrar também a advertência feita por Martin Shapiro e Alec Stone Sweet no sentido de que, quando o tribunal constitucional atua apenas a favor da maioria constitucional originária, limitando sistematicamente as possíveis preferências substantivas das majorias legislativas subsequentes, essa experiência não se mostrou inteiramente satisfatória (2002, p. 178).

Nesse contexto, não se justifica uma intensificação no controle de constitucionalidade sobre a nova sistemática de cálculo do benefício previdenciário por incapacidade permanente, oriunda de uma decisão racional do constituinte derivado, convindo certa parcimônia na atuação do Poder Judiciário. E a ilação tanto mais se reforça quando se considera que o próprio art. 26, *caput*, da Emenda Constitucional nº 103/2019 deixa aberto o caminho democrático para eventual alteração da nova sistemática de cálculo, ao estabelecer que a sistemática prevista constitucionalmente é válida “até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social”.

CONCLUSÃO

O controle judicial da nova sistemática de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente reveste-se de importância e complexidade, considerando que essa opção normativa de política pública previdenciária representa uma manifestação democrática e uma decisão racional do poder constituinte derivado, cujo âmbito de liberdade para alteração formal da Constituição tem seus limites hermenêuticos somente nas cláusulas superconstitucionais ou cláusulas pétreas.

Daí, observado o mínimo existencial previdenciário, a razoabilidade da política pública previdenciária, bem assim a abertura semântica do benefício previdenciário previsto no art. 201, I, da Constituição Federal, a nova sistemática de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente não tende a abolir o direito fundamental a esse benefício, de modo que não viola a reserva de justiça constitucional posta no seu art. 60, § 4º, IV.

E, observada a reserva de justiça constitucional que permite, no constitucionalismo democrático, a emancipação social ao longo do tempo, infere-se que o art. 26, § 2º, III, da Emenda Constitucional nº 103/2019, apesar de restringir parcialmente o direito fundamental à aposentadoria por

incapacidade permanente, especialmente no seu aspecto econômico, possibilita o progresso da sociedade considerada como um todo¹³.

Como registra Oscar Vilhena Vieira, aquelas correntes “vencidas no embate constituinte podem se converter em maiorias no futuro e alterar o decidido no processo de elaboração da Constituição” (1997, p. 54). Nesse contexto, a nova sistemática de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente representa uma escolha legítima da nova maioria formada após a Constituição Federal de 1988. Assim, essa mudança na previdência social está no âmbito do autogoverno dessa nova vontade majoritária – politicamente diversa daquela formada na Assembleia Nacional Constituinte em torno do tema da previdência social – e merece ser preservada pelo Poder Judiciário, em homenagem à democracia.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, T. V.; SALVADOR, S. H.; SILVA, R. L. A fragilidade argumentativa do déficit como justificativa central da proposta de reforma da previdência social (PEC 06/2019) e seus reflexos no ideário da efetividade dos direitos fundamentais. *Revista Juris Plenum Previdenciária*, Caxias do Sul/RS, a. VII, n. 27, p. 109-132, ago. 2019.

BARCELLOS, A. P. de. *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BORGES DE SOUSA FILHO, A. O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais: cláusulas pétreas, graus de deferência ao Poder Constituinte derivado e defesa da democracia em contextos de retrocesso democrático. *Aula doutorado Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP-DF*, 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021.

BRASIL. *Exposição de motivos da Proposta de Emenda Constitucional nº 06/2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/REFORMA%202019/ME/2019/00029.htm. Acesso em: 12 maio 2022.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. *Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária*. Brasília: Instituto Nacional do Seguro Social, 2018, p. 26-27. Disponível em: <https://www.saudeocupacional.org/v2/wp-content/uploads/2018/03/Manual-T%C3%A9cnico-de-Per%C3%ADcia-M%C3%A9dica-2018.pdf>. Acesso em: 12 maio 2022.

¹³ Ilustrativamente, Gabriel Prado Leal registra que “a diminuição de benefícios sociais ou a adoção de regras mais rígidas para a sua concessão, em um contexto de escassez crescente, pode significar a transferência de prestações sociais de quem menos precisa para os verdadeiramente necessitados” (2016, p. 156).

CASTRO, C. A. P. de; LAZZARI, J. B. *Manual de direito previdenciário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COUTINHO, A. R. Retrocesso social em tempos de crise ou haverá esperança para o direito do trabalho? Uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Rev. TST*, São Paulo, v. 83, n. 3, p. 17-58, jul./set. 2017.

DEMO, R. L. L. O “estado da arte” da solução dos conflitos previdenciários no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, Porto Alegre, a. XI, n. 66, p. 98-121, dez./jan. 2022.

FREITAS, M. C. de. A reforma da previdência e a vedação ao retrocesso social a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. *Revista Científica Disruptiva*, Recife, v. I, n. 3, p. 41-56, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://revista.cers.com.br/ojs/index.php/revista/article/view/46/26>. Acesso em: 14 nov. 2021.

GRIMM, D. The role of fundamental rights after sixty-five years of Constitutional Jurisprudence in Germany. *International Journal of Constitutional Law* 13, n. 1, p. 9-29, jan. 2015.

HORVATH JÚNIOR, M.; MÉDICI, F. H. Direitos previdenciários e o princípio da justiça intergeracional. *Revista Juris Plenum: Previdenciária*, Caxias do Sul, v. 7, n. 28, p. 67-86, nov. 2019.

LEAL, G. P. A (re)construção dos direitos sociais no século XXI: entre a progressividade, a estabilidade e o retrocesso. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 53, n. 211, p. 143-166, jul./set. 2016.

MACEDO, A. da C. A educação previdenciária no contexto das reformas da previdência pública brasileira: uma hipótese lógico-indutiva sob as perspectivas filosóficas de Pierre Bourdieu e de Michel Foucault. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 32, n. 01, p. 29-43, abr. 2020. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/158/121>. Acesso em: 8 nov. 2021.

MACHADO, J. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2013.

MENDES, G. F. *Jurisprudência de crise e pensamento do possível: caminhos constitucionais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em: 14 nov. 2021.

NASSAR, E. B. *Previdência social na era do envelhecimento*. São Paulo: Saraiva, 2014, e-book.

OLIVEIRA, F. A. G. de. Justiça e igualdade em Ronald Dworkin: o leilão hipotético e a divisão igualitária de recursos. *Revista Redescições*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 23-29, 2011.

Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/Redescricoes/article/view/15207>. Acesso em: 7 maio 2022.

SANTOS, E. S. F. dos; MALISKA, M. A. A Reforma da Previdência (PEC nº 06/2019) e a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito do direito internacional. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, Porto Alegre, n. 52, p. 38-59, ago./set. 2019.

SARLET, I. W. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito de Lisboa (RIDB)*, v. 2, n. 1, p. 769-820, 2013.

SHAPIRO, M.; SWEET, A. S. *On law, politics and judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002.

STRAPAZZON, C. L. A dança dos números da previdência social: revisitando a auditoria do TCU de 2017. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, Joaçaba, v. 20, n. 1, p. 137-172, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12749/12495>. Acesso em: 10 nov. 2021.

THOMPSON, L. *Mais velha e mais sábia: a economia dos sistemas previdenciários*. Tradução: Celso Barroso Leite. Brasília: MPAS, 2000.

THORNHILL, C. *Crise democrática e direito constitucional global*. Tradução: Diógenes Moura Breda e Glenda Vicenzi. São Paulo: Contracorrente, 2021, *e-book*.

VERMEULE, A. *Law's Abnegation*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

VIEIRA, O. V. A Constituição como reserva de justiça. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 42, p. 53-97, 1997. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/Y8JcyfSfzxsjsQSSwqyKHsN/?lang=pt>. Acesso em: 22 abr. 2022.

ZBUCKA-GARGAS, M.; ROCHA, C. I. da. The constitutional hermeneutic of labour reform as a necessary instrument for decent labour. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 24, n. 132, p. 22-42, fev./abr. 2022.

Submissão em: 18.09.2022

Avaliado em: 21.09.2022 (Avaliador A)

Avaliado em: 22.12.2022 (Avaliador B)

Aceito em: 27.12.2022