
REGIME JURÍDICO APLICÁVEL À
APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE
PERMANENTE, COM DATA DE INÍCIO
DA INCAPACIDADE POSTERIOR À EC
N. 103/2019, PRECEDIDO DE AUXÍLIO
POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA,
COM DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO
ANTERIOR À REFORMA DA
PREVIDÊNCIA

*LEGAL REGIME APPLICABLE TO PENSION DUE TO
PERMANENT DISABILITY, WITH INCAPACITY DATE
BEGINNING AFTER EC NO 103/2019, PRECEDED BY
TEMPORARY INCAPACITY BENEFIT*

Fabio Alessandro Fressato Lessnau

Procurador Federal. Mestre em Direito Processual Civil pela Unipar. Especialista em Processo Civil pela Unipar. Especialista em Direito Tributário pela Unicuritiba. Especialista em Direito Previdenciário pela UNIDERP. Membro Fundador da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Integrante da Equipe de Trabalho Remoto de Benefício por Incapacidade do Estado do Paraná - Comarcas (ETR-BI/PR/COM)

SUMÁRIO: Introdução. 1. Regras Gerais do Auxílio por Incapacidade Temporária. 2. Regras Gerais da Aposentadoria por Incapacidade Permanente. 3. Sistemática de Cálculo dos Benefícios por Incapacidade; 4. Da Reforma da Previdência e da Aplicação dos

Princípios do Direito Adquirido e Tempus Regit Actum.
5. Do Regime Jurídico de Cálculo da Aposentadoria por Incapacidade Permanente Precedida de Auxílio por Incapacidade Temporária em Face do Novo Regime Jurídico Instaurado pela EC nº 103/2019. Considerações Finais. Referências.

RESUMO: A Reforma da Previdência, concretizada através da Emenda Constitucional n.º 103/2019, objetivou atender ao princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial. Nesse sentido, promoveu-se alteração no critério de cálculo dos benefícios previdenciários, sendo que, em alguns casos, houve significativa redução de seu valor. Este estudo tem por objetivo desenvolver um raciocínio a respeito da aplicação das leis no transcurso do tempo, diante da sucessão de regimes jurídicos decorrentes da Reforma da Previdência. O problema, aqui proposto refere-se à pretensão de revisão do valor do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente, cujo fato gerador se deu ao tempo da Emenda Constitucional n.º 103/2019. Essa pretensão fundamenta-se no suposto direito adquirido a regime jurídico anterior, em virtude do recebimento de auxílio por incapacidade temporária previamente à Reforma da Previdência. Ao final, será possível compreender que, diante da aplicação do princípio tempus regit actum, o cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente deve observar a lei vigente à época de seu fato gerador, ainda, que, precedido de auxílio doença, pois, neste caso analisado, não há que se falar em direito adquirido a regime jurídico anterior.

PALAVRAS-CHAVE: Benefícios por Incapacidade. Reforma da Previdência. Emenda Constitucional n.º 103/2019. Direito Adquirido. Tempus regit actum.

ABSTRACT: The Social Security Reform consolidated by the constitutional amendment n.º 103/2019, intended to address the constitutional principle of financial and actuarial equilibrium. In this sense, there's been alteration in the calculation criteria for beneficiary aid, of which in some cases, having significant reduction of its amount. The study objectifies the development of an argument about the application of laws in time, in the face of legal regiment succession as a result of the Social Security Reform. The problem intended to be analysed refers to the pretention to review the amount of pension due to permanent incapacity, which generating factor occurred by the constitutional

amendment n.º 103/2019. This pretension is fundamented by the alleged acquired right by prior legal regime, due to the obtainment of sickness benefit previous to the Social Security Reform. Finally, it will be possible to comprehend that, on behalf of the application of the *tempus regit actum* principle, the calculation of pension for permanent incapacity must observe the law in effect at the time of its generating factor, even though preceded by sickness benefit, since there mustn't be speaking of acquired right due to prior legal regime.

KEYWORDS: Incapacity Benefits. Social Security Reform. Constitutional Amendment n.º 103/2019. Acquired Right. *Tempus regit actum*.

INTRODUÇÃO

A Reforma da Previdência, concretizada através da Emenda Constitucional n.º 103/2019, teve como objetivo principal combater o déficit fiscal da Previdência Social, visando atender ao princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial.

O enfoque econômico que capitaneou a intenção do legislador em promover essas alterações legislativas para sanear as contas públicas, ainda, considerou fatores sociais que exercem pressão sobre o orçamento da previdência social, como: a projeção demográfica e a expectativa de sobrevida.

Embora a Emenda Constitucional 103/2019 tenha sido alardeada pelo Parlamento e pelo Poder Executivo como uma conquista histórica para a Previdência Social e, conseqüentemente, para o orçamento da União, concreto é que expressivas alterações promovidas no Regime Geral de Previdência Social afetaram a renda mensal inicial das prestações sociais.

Dentre essas alterações, destaca-se para o presente estudo, o novo método de cálculo do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente, disciplinado no artigo 26, caput; §2º, inciso III e §3º, inciso II, todos da Emenda Constitucional n.º 103/2019. Essas novas regras fizeram com que o valor da aposentadoria por incapacidade permanente suportasse drástica redução e, conseqüentemente, perda patrimonial para os segurados da Previdência Social.

Assim, o objetivo deste artigo é desenvolver um raciocínio a respeito da aplicação das leis no tempo, analisando-se a relação entre a segurança jurídica e a necessidade de modernização da legislação previdenciária. O caminho encontrado para se conciliar essas duas pretensões está fundamentado na aplicação dos princípios do direito adquirido e *tempus regit actum*.

O problema que se propõe a analisar refere-se à pretensão de revisão do valor do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente, com afastamento das regras de cálculo instituídas pela Emenda Constitucional n.º 103/2019, a despeito de o fato gerador desse benefício ter sido constituído ao tempo da Reforma da Previdência. Essa intenção fundamenta-se no suposto direito adquirido de aplicação das normas do regime jurídico anterior, diante do recebimento do benefício de auxílio por incapacidade temporária, previamente à vigência da Reforma da Previdência.

Como metodologia de trabalho, projeta-se o método hipotético-dedutivo, com uma interpelação avaliativa dos princípios constitucionais e das novas normas que orientam o direito previdenciário.

O ponto de partida do presente estudo serão as regras gerais dos benefícios de auxílio por incapacidade temporária e da aposentadoria por incapacidade permanente. Posteriormente, analisar-se-á os critérios de cálculos dos benefícios por incapacidade, a aplicação dos princípios do direito adquirido e *tempus regit actum* no contexto da Reforma da Previdência. Encerrando o raciocínio desenvolvido, tratar-se-á do regime jurídico de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, precedido de auxílio por incapacidade temporária, em face do novo regime jurídico instaurado pela Emenda Constitucional n.º 103/2019.

Assim, ao final, será possível compreender que deve ser aplicado o princípio *tempus regit actum* na hipótese de concessão de aposentadoria por incapacidade permanente, cujo fato gerador se deu ao tempo da Emenda Constitucional, precedida de auxílio por incapacidade temporária, com data de início da incapacidade fixado anteriormente à Reforma da Previdência.

1. REGRAS GERAIS DO AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA

O auxílio por incapacidade temporária encontra-se disciplinado nos artigos 59 a 63, da Lei n.º 8.213/1991 e, regulamentado nos artigos 71 a 80, do Decreto n.º 3.048/1999.

Esse benefício é concedido ao segurado empregado que ficar incapacitado para seu trabalho ou atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos, competindo ao empregador o pagamento integral do salário durante esse período de afastamento. A partir do décimo sexto dia de afastamento, o benefício passa a ser pago pelo INSS, sendo considerado esse momento como data de início do benefício (DIB).

Por sua vez, caso o segurado empregado efetue o requerimento após 30 (trinta) dias do afastamento da atividade, a data de início do benefício (DIB) será na data de entrada do requerimento (DER).

Para os demais segurados, a data de início do benefício (DIB) será a data do início da incapacidade (DII) ou, da data de entrada do requerimento (DER), se entre essas duas datas transcorrem mais de trinta dias.

Registre-se que o fato gerador desse benefício será, como regra, a data de início da incapacidade, conforme descrito no artigo 301, da Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015.

A concessão do benefício pressupõe a incapacidade para o trabalho que foi afastado, assim, o pagamento do benefício será feito enquanto permanecer essa condição. Porém, caso retorne à atividade durante seu recebimento, terá o benefício cancelado. Isso não impede que se execute outra atividade que não esteja limitada pela incapacidade que gerou a concessão do benefício.

Deverá ser cumprida carência de doze contribuições mensais, sendo que, havendo perda da qualidade de segurado, necessitará contar, a partir da data da nova filiação à Previdência Social, com pelo menos seis contribuições antes da data de início da incapacidade.

Por seu turno, para os segurados obrigatórios e facultativos, quando o infortúnio tiver natureza acidentária, o benefício será concedido, independentemente do cumprimento do período de carência, desde que mantida a qualidade de segurado.

A cessação do benefício ocorrerá com a recuperação da capacidade para o trabalho ou pela concessão de aposentadoria por incapacidade permanente. Ainda, poderá ocorrer sua cessação em razão de conversão em auxílio acidente, desde que, preenchidos os requisitos para implantar este benefício e o evento causador da redução da capacidade laborativa seja o mesmo que gerou o auxílio por incapacidade temporária.

Traçadas as regras gerais do benefício de auxílio por incapacidade temporária, analisar-se-ão as normas que regem o benefício de aposentadoria por incapacidade permanente.

2. REGRAS GERAIS DA APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE

Concede-se a aposentadoria por incapacidade permanente ao segurado que for considerado incapaz para o trabalho de forma total e definitiva, bem como, insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta subsistência. Tal benefício será pago durante o período que essa condição se mantiver, porém, caso o segurado retorne voluntariamente à atividade, sua aposentadoria será automaticamente cancelada a partir da data do regresso ao trabalho.

Exige-se a comprovação de carência de doze contribuições mensais, salvo no caso de acidente de qualquer natureza ou causa e, de doença profissional ou do trabalho, bem como, nos casos de segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Economia¹. Contudo, deve ser comprovada a qualidade de segurado na data de início da incapacidade.

O termo inicial do benefício será: (i) o dia imediato ao da cessação do auxílio por incapacidade temporária, caso esteja recebendo essa prestação social; (ii) em relação ao segurado empregado, o décimo sexto dia do afastamento da atividade ou, a partir da entrada do requerimento, se entre o afastamento e a entrada do requerimento decorrerem mais de trinta dias; (iii) para o segurado empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, especial e facultativo, a contar da data do início da incapacidade ou da data da entrada do requerimento, se entre essas datas decorrerem mais de trinta dias.

Repete-se a norma aplicável ao auxílio por incapacidade temporária, no sentido que, os primeiros quinze dias de afastamento da atividade por motivo de invalidez, caberá à empresa pagar o salário ao segurado empregado.

Para a aposentadoria por incapacidade permanente, o fato gerador será o momento da caracterização da incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laboral que lhe garanta subsistência, devendo, ademais, ser considerado sem condições de reabilitação profissional.

Destaque-se que, tanto para auxílio por incapacidade temporária, quanto para a aposentadoria por incapacidade permanente, o fato gerador caracteriza-se no momento de identificação da data de início da incapacidade, sendo que essa compreensão é de grande importância para resolução do problema proposto neste estudo.

3. SISTEMÁTICA DE CÁLCULO DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

¹ Decreto n.º 3.048/1999, artigo 30, §2º: Até que seja elaborada a lista de doenças ou afecções a que se refere o inciso III do caput, independará de carência a concessão de auxílio por incapacidade temporária e de aposentadoria por incapacidade permanente ao segurado que, após filiar-se ao RGPS, seja acometido por alguma das seguintes doenças: I - tuberculose ativa; II - hanseníase; III - alienação mental; IV - esclerose múltipla; V - hepatopatia grave; VI - neoplasia maligna; VII - cegueira; VIII - paralisia irreversível e incapacitante; IX - cardiopatia grave; X - doença de Parkinson; XI - espondiloartrose anquilosante; XII - nefropatia grave; XIII - estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); XIV - síndrome da imunodeficiência adquirida (aids); ou XV - contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.

As regras de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente sofreram profundas alterações pela Emenda Constitucional n.º 103/2019, tendo sido redefinido tanto o método de apuração do salário de benefício, quanto o percentual aplicável para se encontrar a renda mensal inicial.

Em relação ao benefício de auxílio por incapacidade temporária, a Reforma da Previdência produziu efeitos mais sutis, com alteração, basicamente, no critério de cálculo do salário de benefício.

Para a melhor compreensão das alterações inauguradas pela Reforma da Previdência, importante a análise do modelo que estava em vigor anteriormente a esse marco histórico.

O salário de benefício do auxílio por incapacidade temporária e da aposentadoria por incapacidade permanente, era o resultado da média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo. Essa média não poderia ser inferior a um salário mínimo, nem superior ao limite máximo do salário de contribuição na data de início do benefício.

Através desse método, poderia ser excluído 20% (vinte por cento) dos menores salários de contribuição, “resultando em um valor capaz de substituir satisfatoriamente a remuneração pelo trabalho do segurado”².

Encontrado o valor do salário de benefício, aplicava-se um determinado percentual para se obter a renda mensal inicial do benefício, que corresponderia ao montante que o segurado teria direito a receber mensalmente.

Para a aposentadoria por incapacidade permanente, inclusive no caso de acidente do trabalho, a renda mensal inicial correspondia a 100% (cem por cento) do salário de benefício.

Por seu turno, a renda mensal inicial do auxílio por incapacidade temporária não foi alterada pela Reforma da Previdência. Com efeito, nos termos do artigo 61, da Lei 8.213/1991 e, artigo 72, do Decreto 3.048/1999, com redação dada pelo Decreto n.º 10.410/2020, seu percentual permaneceu fixada em 91% (noventa e um por cento) do salário de benefício.

A despeito de a Emenda Constitucional não ter alterado o coeficiente de cálculo do auxílio por incapacidade temporária, não existe impedimento para que “venha a ocorrer redução por lei ordinária e, à semelhança da aposentadoria por invalidez, passe a levar em consideração o tempo de contribuição de cada segurado na apuração do coeficiente de cálculo”³.

Entretanto, o §10, do artigo 29, da Lei n.º 8.213/1991, fixou que o auxílio por incapacidade temporária não poderá exceder a média aritmética simples dos últimos 12 (doze) salários-de-contribuição, inclusive em caso

2 KERTZMAN, Ivan. Entendendo a Reforma da Previdência. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 104.

3 LAZZARI, op. cit., p. 104.

de remuneração variável, ou, se não alcançado o número de 12 (doze), a média aritmética simples dos salários-de-contribuição existentes.

Com a Emenda Constitucional n.º 103/2019, nos termos de seu artigo 26, para o cálculo do salário de benefício, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições ao Regime Geral de Previdência Social, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo, desde a competência de julho de 1994 ou, desde o início das contribuições, se posteriores àquela competência. Essa média será limitada ao valor máximo do salário de contribuição do Regime Geral de Previdência Social.

Levando-se em conta essa norma, atualmente, não existe mais o descarte de 20% (vinte por cento) dos menores salários de contribuição, passando a ser considerado todo o histórico contributivo do segurado, método que, como regra, poderá levar a uma diminuição do salário de benefício, “aviltando o valor das aposentadorias em geral, não poupando a aposentaria por invalidez”⁴.

Posteriormente ao cálculo do salário de benefício, em relação à aposentadoria por incapacidade permanente, conforme a letra dos §§ 2º e 5º, do artigo 26, da Emenda Constitucional n.º 103/2019, a renda mensal inicial será computada através da aplicação do percentual de 60% (sessenta por cento) da média encontrada, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição para homens e, 15 anos de contribuição, para mulheres.

No caso de o benefício de aposentadoria por incapacidade permanente ter natureza acidentária (acidente de trabalho, doença profissional ou doença do trabalho), a renda mensal inicial consistirá em 100 % (cem por cento) do salário de benefício, inobstante os anos de contribuições do segurado.

Portanto, previamente à reforma da previdência, a aposentadoria por incapacidade permanente, independentemente de sua natureza, tinha o coeficiente de 100% do salário de benefício. Contudo, neste momento, somente a aposentadoria por incapacidade permanente decorrente de acidente de trabalho, de doença ocupacional e de doença do trabalho, terá o coeficiente de 100% do salário de benefício.⁵

Analisando esse novo método de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, Ivan Kertzman aduz que:

⁴ Ibidem., p. 104.

⁵ LAZZARI, João Batista; [et al.]. *Comentários à Reforma da Previdência*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 96.

[...] é inegável que a nova regra trouxe grande perda o valor das aposentadorias, em relação ao modelo antigo. A primeira redução ocorre ao não mais permitir o descarte de 20% no valor dos benefícios, que pode representar uma redução significativa na média (...). Mas as perdas com a nova forma de cálculo da aposentadoria por invalidez ordinária não pararam na média. A renda mensal do benefício foi bastante afetada, uma vez que antes receberia 100% e agora, recebem 60%, com acréscimo de 2% por ano adicional aos 20 anos, para homens, e, 15 anos, para mulheres [...].⁶

Registre-se, ainda, que, diante da redução do percentual utilizado para o “cálculo da aposentadoria por invalidez, poderá ocorrer situação inusitada, qual seja, a renda mensal inicial do auxílio-doença ultrapassar o da aposentadoria por invalidez, quando não seja decorrente de acidente ou doença do trabalho”⁷.

Portanto, a Emenda Constitucional alterou a fórmula de cálculo do salário de benefício dos benefícios previdenciários, passando a ser considerada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições previdenciárias, atualizadas monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo, desde a competência de julho de 1994 ou, desde o início das contribuições, se posteriores àquela competência.

Para se alcançar o valor da aposentadoria por incapacidade permanente de natureza previdenciária, aplica-se sobre o salário de benefício o percentual de 60% (sessenta por cento), com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição para homens e, 15 anos de contribuição, para mulheres. Na hipótese de aposentadoria por incapacidade permanente acidentária, o valor do benefício corresponderá a 100% (cem por cento) do salário de benefício.

Em relação ao benefício de auxílio por incapacidade temporária, aplica-se o percentual de 91% (noventa e um por cento) sobre o salário de benefício.

Definidos os critérios de cálculos dos benefícios por incapacidade (auxílio por incapacidade temporária e aposentadoria por incapacidade permanente), analisar-se-á, no tópico seguinte, o conceito e conteúdo dos princípios do direito adquirido e do princípio *tempus regit actum*, institutos fundamentais para a compreensão do regime jurídico que deve

6 KERTZMAN, Ivan. *Entendendo a Reforma da Previdência*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 109.

7 LAZZARI, op. cit., p. 104.

ser aplicado aos benefícios cujos fatos geradores orbitam em momento anterior e posterior à reforma da previdência.

4. DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA E DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADQUIRIDO E TEMPUS REGIT ACTUM

A aplicação da lei no tempo é um assunto que pode gerar grandes controvérsias, com potencialidade de conflito entre o direito fundamental à segurança jurídica e a necessidade de modernização e aperfeiçoamento da legislação, constituindo “grande desafio tentar conciliar essas duas pretensões, em aparente antagonismo”⁸.

Nesse sentido, torna-se natural que o cidadão esboce preocupação com a entrada em vigor de novas normas previdenciárias, especialmente quando vislumbra probabilidade teórica de perda de direitos que considerava incorporado ao seu patrimônio jurídico.

Diante dessa apreensão, importante a análise do conceito e conteúdo do direito adquirido, princípio com teor de direito fundamental, consagrado no inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal e, descrito no §2º, do artigo 6º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Da mesma forma, relevante o estudo da aplicação do princípio *tempus regit actum* no direito previdenciário.

O direito adquirido é um direito subjetivo que pode ser exercido pelo seu titular ou, pleiteado na via judicial quando entender que houve sua violação pelo responsável pela prestação correspondente. Entende-se que a nova lei não pode desfazer a situação jurídica consumada e, se o direito subjetivo não foi exercido, com a nova lei, transforma-se em direito adquirido, pois era direito exercitável e exigível de forma facultativa pelo titular⁹.

Assim, a possibilidade de exercício do direito continua no domínio de vontade de seu titular em face da lei nova. O direito subjetivo transforma-se em direito adquirido em razão da edição de lei nova que tenha alterado a base normativa em que foi constituído. Não se refere à retroatividade da lei, mas ao limite de sua aplicação¹⁰.

Esse direito é assimilado quando o titular preenche os requisitos necessários para seu exercício, logo, a partir desse momento, o direito incorpora-se ao patrimônio do titular, de modo que, sendo considerado

8 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 352.

9 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 434-435

10 Ibidem., p. 434-435.

regular e legitimamente obtido, poderá ser reivindicado diante de qualquer ataque exterior por via da interpretação ou aplicação da lei.¹¹

Ademais, a lei tem efeito imediato sobre os fatos ocorridos a partir de sua vigência, não sendo aplicada, como regra, de forma retroativa, “sob pena de intolerável insegurança jurídica”¹². Aplica-se de imediato, inclusive, as emendas constitucionais, pois, nesse caso, trata-se de criação do poder constituinte instituído. Registre-se a possibilidade de retroação da lei benéfica no direito penal e tributário.

Esse conceito foi observado pela Emenda Constitucional n.º 20/1998, ao reconhecer em seu artigo 3º, o direito adquirido para concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação dessa Emenda, tivessem cumprido os requisitos para a obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente. Regramento semelhante está disposto na Emenda Constitucional nº 41/2003.

A Emenda Constitucional n.º 103/2019¹³, seguindo a tradição de não vulnerar o direito adquirido e, utilizando-se de redação muito semelhante àquelas contidas nas Emendas Constitucionais n.º 20/1998 e 41/2003, assegurou o direito adquirido à concessão de aposentadoria e à pensão por morte aos respectivos dependentes.

A despeito dessa norma fazer referência apenas à aposentadoria e pensão por morte, o conteúdo relacionado ao direito adquirido tem aplicação aos demais benefícios, diante da aplicação lógica do instituto ao sistema jurídico como um todo.

Preenchidos todos os requisitos para a concessão de um benefício até o dia da publicação da Emenda Constitucional n.º 103/2019, o direito ao regime anterior deve ser garantido. Porém, não havendo essa comprovação, aplicam-se as normas contidas no novo regramento, “pois a ninguém é dado ter o melhor de dois mundos jurídicos, criando um terceiro regime jurídico com escolha do melhor dos dois mundos”¹⁴.

Assim, o exercício do direito a uma aposentadoria, com base em regras de um regime jurídico anterior, exige a reunião de todos os requisitos

11 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. Ed., São Paulo: Ltr, 2013, p. 112.

12 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de Direito Previdenciário*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 60.

13 Emenda Constitucional n.º 103/2019, Artigo 3º: A concessão de aposentadoria ao servidor público federal vinculado a regime próprio de previdência social e ao segurado do Regime Geral de Previdência Social e de pensão por morte aos respectivos dependentes será assegurada, a qualquer tempo, desde que tenham sido cumpridos os requisitos para obtenção desses benefícios até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, observados os critérios da legislação vigente na data em que foram atendidos os requisitos para a concessão da aposentadoria ou da pensão por morte.

14 AMADO, Frederico. *Reforma da Previdência Comentada*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 123.

necessários para sua concessão ao tempo da norma revogada, de forma que “as normas jurídicas posteriores, que estabeleçam requisitos diversos ou mais rigorosos para obtenção desse benefício, não se aplicam ao titular do direito adquirido”¹⁵.

O Supremo Tribunal Federal dispõe de precedentes a respeito da inexistência de direito adquirido a regime jurídico, destacando-se o RE 575.089, no qual se assentou que não é lícito ao segurado conjugar as vantagens do novo sistema com aquelas aplicáveis ao anterior, pois a superposição de vantagens caracteriza sistema híbrido, incompatível com a sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários¹⁶.

Esse método não poderia ser diferente em relação ao cálculo do valor dos benefícios, os quais serão apurados “de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos para concessão do benefício”¹⁷.

Percepção semelhante é manifestada pelo Ministro Luis Roberto Barroso, em seu voto proferido no RE 626489, ao declarar que “a lei aplicável para a concessão de benefício, bem como, para fixar os critérios de seu cálculo, é a que estava em vigor no momento em que os pressupostos da prestação previdenciária se aperfeiçoaram”¹⁸.

Porém, não se pode perder de vista a que garantia constitucional ao direito adquirido não tem aplicabilidade ilimitada “no tocante a instituições, ou institutos jurídicos”, pois “aplica-se logo, não só a lei abolutiva, mas a que, sem os eliminar, lhe modifica essencialmente a natureza”¹⁹.

Trata-se da aplicação do princípio *tempus regit actum*, que estabelece que os atos jurídicos deverão ser orientados pela lei vigente no momento do nascimento do direito à prestação previdenciária²⁰.

Denota-se que o ato administrativo de concessão de um benefício previdenciário classifica-se como ato jurídico perfeito, pois esse ato aperfeiçoa-se sob a vigência de uma lei e, continua a gerar efeitos jurídicos, mesmo diante do surgimento de novos regimes jurídicos instituído por

15 Ibidem., p. 63.

16 RE 575089, Relator: Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 10/09/2008, Repercussão Geral. DJe: 24/10/2008.

17 BARBOSA, Washington Luís Batista; MENDONÇA, Carlos Alexandre de Castro. Reforma da Previdência: entenda ponto a ponto. São Paulo: LTr, 2019, p. 32.

18 Trecho extraído do Voto do Ministro Luis Roberto Barroso, no RE 626489 (Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2013, acórdão eletrônico repercussão geral. Public: 23/09/2014).

19 MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1955, p. 62.

20 AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 10ª ed., Salvador: JusPodivm, 2018, p. 275

novas normas. Assim, a lei nova não se aplicará ao benefício concedido anteriormente²¹.

Não existe direito adquirido a novo regime jurídico criado por lei, pois deve ser aplicada a lei vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos para concessão do benefício, uma vez que, antes desse momento, há mera expectativa de direito. Esse princípio tem fundamento no conceito de ato jurídico perfeito, com previsão no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal²².

Seguindo o princípio *tempus regit actum*, o Superior Tribunal de Justiça firmou seu posicionamento através da Súmula 340²³, reconhecendo que a “lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”²⁴.

O Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento do AI 732.564²⁵, consagrou a aplicação do princípio *tempus regit actum*, ao consignar que “a pensão por morte rege-se pela legislação em vigor na data do falecimento do segurado. Princípio da lei do tempo rege o ato (*tempus regit actum*)”.

A aplicação desse entendimento no âmbito do direito previdenciário torna-se mais clara através do seguinte exemplo: Se uma aposentadoria exige o requisito contributivo, ampliado por uma nova lei, de 35 para 40 anos, o segurado que não completou os 35 anos antes da vigência da lei revogadora não tem direito adquirido, pois situava-se na simples expectativa de direito²⁶. Nesse caso, aplica-se o princípio *tempus regit actum*.

Distinta é situação em que havia completado todos os requisitos ao tempo da norma revogada, porém, não requereu a prestação. Nesse caso, trata-se de aplicação do princípio do direito adquirido, pois o direito não exercido permaneceu integral e assegurado, podendo ser reivindicado a qualquer tempo.

Apresentada a diferença entre os princípios do direito adquirido e *tempus regit actum*, sobretudo pela visão do direito previdenciário, passa-se a analisar como esses institutos podem ser aplicados na hipótese do problema proposto neste estudo.

21 Ibidem., p. 275.

22 Ibidem., p. 275.

23 Súmula 340, Terceira Seção, julgado em 27/06/2007, DJ 13/08/2007, p. 581.

24 Entendimentos semelhantes foram sumulados pelos Tribunais Superiores: Súmula 359 – STJ: Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos de inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários; Súmula 613 – STF: Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos de inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.

25 STF, AI n.º 732564 AgR, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-204 28/10/2009, PUBLIC 29/10/2009.

26 MARTINEZ, op. cit., p. 113.

5. DO REGIME JURÍDICO DE CÁLCULO DA APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE PRECEDIDA DE AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA EM FACE DO NOVO REGIME JURÍDICO INSTAURADO PELA EC N° 103/2019

Para a concessão do auxílio por incapacidade temporária e aposentadoria por incapacidade permanente, deve haver a precisa identificação da data de início da incapacidade (DII), pois esse evento caracteriza o fato gerador desses benefícios.

Fixada a data de início da incapacidade, torna-se possível a análise da comprovação do período mínimo de carência, da qualidade de segurado e da ausência de incapacidade preexistente à filiação ao Regime Geral de Previdência Social. Preenchidos esses requisitos, o direito pretendido poderá ser concedido, caso identificada a incapacidade laboral.

No presente estudo, o problema proposto refere-se à hipótese em que o fato gerador do auxílio por incapacidade temporária foi fixado antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 103/2019. Ulteriormente, esse benefício é convertido em aposentadoria por incapacidade permanente, com fixação de seu fato gerador em momento posterior à Reforma da Previdência.

Na prática, o conflito surge em razão de que o critério de cálculo de cada um desses benefícios seria regido por regimes jurídicos distintos. Em relação ao auxílio por incapacidade temporária, devem ser aplicadas as normas que precederem a Reforma da Previdência. Por sua vez, o benefício de aposentadoria por incapacidade permanente seria disciplinado pelas regras instauradas pela Emenda Constitucional n.º 103/2019.

Ocorre que, as regras da Emenda Constitucional n.º 103/2019, aplicáveis ao cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, reduziram radicalmente o valor desse benefício, se comparado com as normas do regime anterior.

Com isso, identifica-se na realidade previdenciária pretensões de afastamento das regras do artigo 26, *caput* e §2º, inciso III, da Emenda Constitucional n.º 103/2019, para que o cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente seja realizado pelas regras precedentes à Reforma da Previdência, conforme disciplinado no inciso II, do artigo 29 e artigo 44, ambos da Lei n.º 8.213/1991.

Essas regras da Lei de Benefícios ainda contém o texto anterior à Reforma da Previdência, quando o cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente considerava o salário de benefício correspondente à média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo período contributivo. Em relação à renda mensal inicial, aplicava-se o percentual de 100% (cem por cento) sobre

o salário de benefício, independentemente da natureza da aposentadoria por incapacidade permanente.

Evidente que a aplicação dessas regras de cálculo, precedentes à Reforma da Previdência, resultavam em um valor final do benefício mais elevado, quando comparado ao sistema atual.

O desafio a ser enfrentado, diante desse aparente conflito de aplicação da lei no tempo, é encontrar um meio que não vulnere a segurança jurídica e, também, assegure a aplicação das novas normas idealizadas pelo legislador. Esse desafio pode encontrar solução através do emprego do princípio do direito adquirido e do princípio *tempus regit actum*.

Observa-se que, a Emenda Constitucional n.º 103/2019, estabeleceu em seu artigo 3º, que o regime anterior estaria assegurado, a qualquer tempo, desde que fossem cumpridos os requisitos necessários para obtenção da prestação social pretendida, até a data de entrada em vigor da emenda constitucional, observada a legislação vigente na data em que foram atendidos os requisitos.

Portanto, deve ser avaliado com precisão se o segurado “cumpriu os requisitos até a vigência da reforma da Previdência Social, em 13.11.2019, para fins de constatação do direito adquirido anterior à reforma da previdência social”.²⁷ Por sua vez, os fatos geradores ocorridos do dia 14 de novembro de 2019 em diante devem ser regidos pelas regras da Emenda Constitucional n.º 103/2019.

O exemplo proposto por Hermes Arrais Alencar elucida com precisão a hipótese analisada:

[...] dentre os benefícios de risco situam-se o auxílio-doença (B31 e B92) e a aposentadoria por invalidez (B32 e B92), que devem ter a RMI calculada sempre de forma independente, por se tratarem de benefício autônomos, respeitada a legislação vigente na data do implemento dos requisitos necessários à satisfação de cada um desses benefícios, quer se trate de concessão originária de aposentadoria por invalidez, quer se trate de transformação de B/31 em B/32 [...].²⁸

No âmbito da Advocacia Geral da União essa situação foi analisada pela Coordenação de Orientação do Contencioso de Benefícios da Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Nacional do Seguro

27 AMADO, Frederico. MESQUITA, Eduardo Massao Goto. *Planejamento Previdenciário da Aposentadoria Voluntária no Regime Geral de Previdência Social*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 644.

28 ALENCAR, Hermes Arrais. *Cálculo de benefícios previdenciários: regime geral de previdência social*. 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 147.

Social – INSS, em razão de provocações das unidades de contencioso da Procuradoria-Geral Federal.

Nesse sentido, realizou-se consulta sobre a estratégia de que deveria ser adotada em relação a situações surgidas após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 103/2019, notadamente no que se refere ao regime jurídico que deve ser aplicado nas hipóteses de: (i) requerimento de aposentadoria por incapacidade permanente formulado posteriormente à entrada em vigor da Reforma da Previdência, porém, com data de início da incapacidade fixado em momento anterior a esse marco temporal e, (ii) requerimento de restabelecimento de auxílio por incapacidade temporária ou, sua conversão em aposentadoria por incapacidade permanente, em data anterior à Reforma da Previdência, com reconhecimento judicial do direito à aposentadoria por incapacidade permanente em tempo posterior à vigência da Emenda Constitucional n.º103/2019.

A Coordenação Geral em Matéria de Benefícios da Procuradoria Federal Especializada junto INSS emitiu a Nota n. 00021/2020CGMB/PFE-INSS-SEDE/PGF/AGU, aprovada pela Coordenação-Geral de Matéria de Benefícios, através do Despacho n. 00315/2020/CGMB/PFE-INSS-SEDE/PGF/AGU, com as seguintes conclusões:

1. Requerimento de aposentadoria por incapacidade permanente formulado em 01/01/2020, com constatação de Data de Início de Incapacidade - DII em 01/10/2019. Qual regime jurídico aplicável?
2. Requerimento de restabelecimento de Auxílio-Doença cessado em 30/09/2019 (benefício temporário com DII em 01/01/2019) ou conversão em aposentadoria por incapacidade permanente, reconhecido em juízo o direito ao restabelecimento com posterior conversão em aposentadoria em 01/12/2019. Qual o regime jurídico aplicável para a aposentadoria? ”

Em relação ao item 1, deve ser aplicada a lei em vigor na DII em 01/10/2019, e não a lei em vigor na DER em 01/01/2020.

Por sua vez, no que tange ao item 2, mesmo que o fato gerador do auxílio-doença seja em 01/01/2009, se ficar demonstrado que o fato gerador da aposentadoria por incapacidade permanente fruto de conversão do benefício anterior se deu em 01/12/2019, deve ser aplicado o regime jurídico da EC 103/2019, pois é a legislação em vigor no dia da formação do direito.

No mesmo sentido das conclusões da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS são os enunciados 213 e 214, do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais - FONAJEF, com o seguinte teor, respectivamente: “O cálculo dos benefícios por incapacidade deve observar os critérios da legislação anterior à entrada em vigor da EC 103/19, quando a data de início da incapacidade a preceder, mesmo que a DER seja posterior” e, “O cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente deve observar a lei vigente à época do início da incapacidade permanente, ainda que precedido de auxílio doença”.

Vislumbra-se, assim, que, as situações acima descritas aplicam, na prática, o entendimento que o princípio do direito adquirido deve ser invocado para que o regime jurídico pretérito seja aplicado, desde que, ao tempo desse regime, tenham sido preenchidos todos os requisitos necessários para a concessão do direito invocado.

Por outro lado, o direito previdenciário exige a aplicação do princípio *tempus regit actum*, que impõe que os atos jurídicos sejam orientados pela norma vigente no momento de sua realização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As novas regras para o cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 103/2019, resultaram em significativa diminuição do valor desse benefício.

Por sua vez, o auxílio por incapacidade temporária não sofreu profundas alterações, tendo sido redefinido, apenas, o método de cálculo do salário de benefício, o qual seguiu a sistemática do artigo 26, caput, da Emenda Constitucional n.º 103/2019. No tocante à sua renda mensal inicial, não houve alteração, permanecendo a aplicação do percentual de 91% (noventa e um por cento) sobre o salário de benefício.

Na hipótese de conversão de um auxílio por incapacidade temporária em aposentadoria por incapacidade permanente, é imprescindível a precisa fixação da data de início da incapacidade de cada um desses benefícios, em razão de ocorrerem em momentos distintos.

Ainda, nessa hipótese, caso cada um desses benefícios esteja regido por regimes jurídicos distintos, em virtude de sucessão legislativa, podem ser levantadas controvérsias sobre a legislação aplicável.

Observe-se o seguinte exemplo: concedido um benefício de auxílio por incapacidade temporária, com data de início de incapacidade em 10/10/2019 (DII) e, data da entrada do requerimento em 20/10/2019 (DER). Em razão de agravamento da enfermidade, identificou-se incapacidade total e definitiva em 15/01/2020 (DII), com pedido de revisão em 25/01/2020 (DER).

Nesse exemplo, o fato gerador do auxílio por incapacidade temporária foi fixado em momento anterior à Emenda Constitucional n.º 103/2019. Por sua vez, a data de início da incapacidade da aposentadoria por incapacidade permanente está definida em momento posterior à Reforma da Previdência.

A pretensão de aplicação das regras de cálculo anteriores à Emenda Constitucional n.º 103/2019, considera o fato que essas normas são mais favoráveis ao segurado.

Pelo que foi estudado pode-se concluir que essa pretensão não é cabível, uma vez que o regime jurídico de cálculo do auxílio por incapacidade temporária, cujo fato gerador se deu antes da entrada em vigor da Reforma da Previdência, não pode ser aplicado à aposentadoria por incapacidade permanente, em que o fato gerador fixou-se em momento que já estava em vigor a Emenda Constitucional n.º 103/2019.

O óbice dessa pretensão encontra-se na aplicação do princípio *tempus regit actum*, que exige o emprego da norma vigente no momento de nascimento do direito pretendido.

Ademais, não se admite a alegação de direito adquirido a regime jurídico, cuja pretensão seja conjugar as vantagens de um novo sistema com aquelas aplicáveis ao anterior. Em verdade, o princípio do direito adquirido assegura o direito pretendido quando comprovada a reunião de todos os requisitos necessários para sua concessão ao tempo da norma revogada.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Cálculo de benefícios previdenciários: regime geral de previdência social*. 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 10 ed., Salvador: JusPodivm, 2018.

_____, Frederico. *Reforma da Previdência Comentada*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

_____, Frederico. MESQUITA, Eduardo Massao Goto. *Planejamento Previdenciário da Aposentadoria Voluntária no Regime Geral de Previdência Social*. Salvador: JusPodivm, 2021.

BARBOSA, Washington Luís Batista; MENDONÇA, Carlos Alexandre de Castro. *Reforma da Previdência: entenda ponto a ponto*. São Paulo: LTr, 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de Direito Previdenciário*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. Ed., São Paulo: Ltr, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1955.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

KERTZMAN, Ivan. *Entendendo a Reforma da Previdência*. Salvador: JusPodivm, 2020.

LAZZARI, João Batista; [et al]. *Comentários à Reforma da Previdência*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

