

O DIREITO ADQUIRIDO (PELA METADE?) À APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO NA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/19

THE RIGHT ACQUIRED (BY HALF?) TO RETIREMENT IN CONSTITUTIONAL AMENDMENT 103/19

Vinícius Pacheco Fluminhan*

RESUMO

O artigo trata de um dos aspectos da reforma previdenciária promovida pela Emenda Constitucional 103: o direito adquirido à aposentadoria por tempo de contribuição. O art. 3º da norma não esclarece se é possível a aplicação superveniente da denominada Fórmula 85/95 no cálculo do benefício, para aqueles que tiveram o direito adquirido reconhecido na alteração legislativa. Em consequência, como ela permitia a integralidade no valor dos proventos, resta uma dúvida relevante para os segurados que estavam prorrogando ou que pretendiam prorrogar o início da aposentadoria buscando a integralidade. Afinal, o segurado que deseja prorrogar o pedido da aposentadoria tem direito adquirido aos *critérios* de concessão da aposentadoria, como é o caso da opção pela não incidência do Fator Previdenciário (art. 29-C da Lei 8.213/91) no cálculo, ou o direito adquirido previsto no art. 3º da EC 103 abrange somente os *requisitos* para a concessão da aposentadoria? São essas as questões debatidas no trabalho, que foi desenvolvido com revisão bibliográfica e metodologia lógico-dedutiva. Como conclusão, demonstra-se que de acordo com a própria EC 103/19 os segurados possuem não só direito adquirido à aposentadoria, como também direito adquirido à aplicação superveniente do art. 29-C da Lei 8.213/91 para afastar a incidência do Fator Previdenciário.

Palavras-chave: Reforma da previdência. Aposentadoria por tempo de contribuição. Direito adquirido.

ABSTRACT

The article deals with one aspect of the social security reform promoted by Constitutional Amendment 103: the acquired right to retirement. Art. 3 of

* Advogado, Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie com sanduíche (CAPES) na Université Paris-Nanterre, Professor do Curso de Graduação em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie (campus de Campinas).

the standard does not clarify whether it is possible to supervise the so-called Formula 85/95 in the calculation of the benefit, for those who have the acquired right recognized in the legislative amendment. As a consequence, as it allowed the integrality in the value of the earnings, there remains a relevant doubt for the insured persons who were extending or who intended to extend the beginning of retirement seeking integrality. After all, the insured person who wishes to extend the retirement claim has the acquired right to the criteria for granting the retirement, as is the case of the option for the non-incidence of the Social Security Factor (art. 29-C of Law 8.213/91) in the calculation, or the acquired right provided for in art. 3 of EC 103 would only cover the requirements for granting retirement benefits? These are the issues discussed in the work, which was developed with a bibliographic review. As a conclusion, it is shown that, according to EC 103/19 itself, policyholders have not only acquired the right to retirement, but also the right to the application *a posteriori* of art. 29-C of Law 8,213 / 91 to remove the incidence of the Social Security Factor.

Keywords: Social security reform. Retirement. Acquired right.

INTRODUÇÃO

Por mais bem formatadas que sejam, as mudanças constitucionais envolvendo as aposentadorias causam um certo abalo na situação jurídica daqueles que, justamente no momento da alteração legislativa, estão próximos da concessão do benefício. A surpresa com o novo regime jurídico, todavia, geralmente é acompanhada de uma suavização decorrente da garantia do direito adquirido.

Com efeito, no Direito Previdenciário o direito adquirido possui uma nuance. Por ser um ramo onde as relações jurídicas são de longo prazo, o legislador sabe que não pode tratar a situação de pré-aposentados como mera expectativa de direito. Daí a nossa tradição de fazer reformas preservando expressamente o patrimônio jurídico dos beneficiários.

Mas mesmo as regras que resguardam o direito adquirido podem suscitar dúvidas. É o que ocorre com o art. 3º da Emenda Constitucional 103. O dispositivo garante a aposentadoria por tempo de contribuição no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), segundo as regras até então vigentes, mas não aborda com clareza o modo como ela deve ser calculada.

Trata-se de uma dúvida relevante, pois envolve a exclusão (ou não) do Fator Previdenciário no cálculo. Daí o surgimento de duas grandes questões. Quem preencheu os requisitos para a aposentadoria na véspera da EC 103, tem direito à aplicação superveniente da Fórmula 85/95 se requerer o benefício *a posteriori*? Ou o direito adquirido abrangeia tão somente a aposentadoria, deixando de lado a forma de cálculo que a acompanhava até então?

Aparentemente, o entendimento do Instituto Nacional do Seguro Social acerca do tema é restritivo. De acordo com os dados e informações fornecidos em seu sítio eletrônico, especialmente o simulador de aposentadoria, percebe-se que na visão da autarquia o direito adquirido abrange apenas os requisitos para a aposentadoria na véspera da EC 103, mas não a forma de cálculo que até então vigorava. Essa interpretação oficial pode acarretar danos para milhares de segurados do Regime Geral de Previdência Social. Por isso, exige um debate mais aprofundado.

O presente artigo pretende debater as questões acima. A pesquisa está baseada em revisão bibliográfica e retoma lições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o conceito de direito adquirido em matéria previdenciária. Em seguida, com apoio no método lógico-dedutivo, procura explicar qual das duas opções acima amolda-se melhor à garantia constitucional do direito adquirido. Nas considerações finais, esboça-se uma tese à luz de argumentos colhidos da própria Emenda Constitucional 103.

FATOR PREVIDENCIÁRIO E APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO ANTES DA EC 103

Como se sabe, a criação do Fator Previdenciário é fruto da não aprovação da idade mínima para a aposentadoria por tempo de contribuição na Emenda Constitucional 20/98. Segundo relato do Ministro da Previdência Social na época, por apenas um voto não se obteve o quórum de três quintos para a mudança constitucional nesta matéria (STEPHANES, 1998, p. 10).

Sem a criação de uma idade mínima, não restou outro caminho para se evitar as aposentadorias ditas “precoce” no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), senão estipulando uma nova forma de cálculo para desestimular a aposentadoria dos segurados mais “jovens”. Esta é a motivação financeira e atuarial da Lei 9.876/99, que criou o Fator Previdenciário.

Consequentemente, as aposentadorias por tempo de contribuição concedidas aos mais “jovens” (embora já elegíveis), deixaram de ter um salário-de-benefício refletindo fielmente a média contributiva. Ao contrário, começou-se a observar para as faixas etárias próximas dos 50 anos de idade salário-de-benefício muito abaixo da média contributiva.

Sendo claramente um mecanismo instituído para compensar o revés do Governo na votação da EC 20/98 (como se fosse uma exigência de “idade mínima” por via imprópria), o Fator Previdenciário foi impugnado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.111, que até a presente data não foi julgada em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal¹.

¹ A ação foi proposta no final de 1999 e o que há de concreto, até a presente data, é a apreciação cautelar favorável à constitucionalidade do art. 2º da Lei 9.876/99, que veiculou o Fator Previdenciário.

A nova metodologia de cálculo prejudicou boa parte dos trabalhadores, especialmente os que começaram a trabalhar mais cedo e atingiram o direito à aposentadoria ainda “jovens”, sem muita perspectiva dentro do mercado de trabalho. Geralmente de baixa escolaridade e vinculados a atividades braçais, muitos foram obrigados a aceitar a aposentadoria com valor reduzido por se tornarem mais vulneráveis no mercado de trabalho depois de certa idade.

Apesar da discriminação etária com os mais velhos nas relações de trabalho ser uma tese rechaçada por alguns pesquisadores (CONSTANZI, 2017, p. 85), existem fortes indícios de que ela (associada à baixa qualificação e ao avanço das tecnologias) só aumentou nas últimas três décadas (CAMARANO, 2018, p. 53). Por isso, a aposentadoria com valor reduzido (causado pelo Fator Previdenciário) tornou-se a única opção de sobrevivência para muitos segurados.

A Fórmula 85/95 surgiu na doutrina previdenciarista justamente para minimizar esse efeito social negativo do Fator Previdenciário, visando assim favorecer os segurados com histórico de “precocidade laboral” sem desprezar “preceitos atuariais” (MARTINEZ, 2008, p. 69). Trata-se de regra pensada com o intuito de compatibilizar o equilíbrio de dois interesses: de um lado, as finanças do RGPS; de outro, a garantia de um salário-de-benefício fiel à média contributiva.

Por isso, a sua adoção pela Medida Provisória 676/15, depois convertida na Lei 13.183/15, ocorreu de forma condicionada ao aumento progressivo no sistema de pontos (idade + tempo de contribuição) até 2026, respeitando-se assim as tendências demográficas do país e a necessidade de equilíbrio financeiro e atuarial no sistema previdenciário (art. 201, *caput*, CF), conforme restou positivado no art. 29-C da Lei 8.213/91.

A proposta acomodou os interesses em jogo. Como afirma Tais Rodrigues dos Santos, pelo viés do segurado, embora a fórmula “traga uma necessidade de se trabalhar mais para alcançar uma aposentadoria mais benéfica, ela surgiu como grande aliada para afastar a incidência do fator previdenciário e possibilitar uma aposentadoria mais digna” (2018, p. 53). Já para o RGPS, segundo Fábio Zambitte Ibrahim, “o modelo, no curto prazo, foi inteligente” (2015, p. 54), pois o governo ganhou com o retardamento das aposentadorias de quem almeja valores mais altos de renda, sem abrir mão da sistemática do Fator Previdenciário.

Como se vê, por materializar a possibilidade de uma prestação com valor integral, porém condicionada à prorrogação do início do benefício, a decisão de retardar ou não o pedido da aposentadoria sempre esteve vinculada a vantagens para as duas partes da relação jurídica: o segurado e o RGPS. Os dois ganham, embora de formas diferentes.

Assim, estando em total consonância com o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial – que motivou as recentes mudanças constitucionais em matéria previdenciária –, a opção de prorrogar o benefício para a aplicação da Fórmula

85/95 passou a ser um direito do segurado indissociável do seu direito à aposentadoria por tempo de contribuição.

DIREITO ADQUIRIDO À APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO NA EC 103

Um dos mais importantes princípios dos ordenamentos jurídicos liberais é a irretroatividade das leis. Conforme aponta Luis Roberto Barroso, trata-se de uma regra geral que convive com exceções de retroatividades consideradas toleráveis. No entanto, o constitucionalista enfatiza que a irretroatividade

condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas na Constituição. São elas: a) a proteção da segurança jurídica no domínio das relações sociais, veiculada no art. 5º, XXXVI; b) a proteção da liberdade do indivíduo contra a aplicação retroativa da lei penal, contida no art. 5º, XL; c) a proteção do contribuinte contra a voracidade retroativa do Fisco, constante do art. 150, III, “a” (BARROSO, 2010, p. 57-58).

A segurança das relações sociais, por óbvio, pressupõe a estabilidade nas relações jurídicas. Esta é ideia essencial do disposto no art. 5º, XXXVI, CF, que não tolera a retroatividade quando presente o denominado *direito adquirido*.

Para a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), são qualificados como *adquiridos* os direitos “cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbitrio de outrem” (art. 6º, §2º, Decreto-lei 4.657/42).

De acordo com Maria Helena Diniz, “sob a égide de lei nova, cairiam os efeitos presentes e futuros de situações pretéritas, *com exceção do direito adquirido* [...]”, pois a nova norma, salvo situações anormais de prepotência e ditadura, não pode e não deve retroagir atingindo fatos e efeitos já consumados sob o império da antiga lei” (1987, p. 42).

Ao comentar o art. 6º, § 2º da LINDB com apoio nas lições do italiano Francesco Gabba, Maria Helena Diniz afirma que (*loc. cit.*):

direito adquirido seria todo direito que é consequência de um fato idôneo para gerá-lo em razão de lei vigorante ao tempo em que tal fato teve lugar, muito embora a ocasião em que ele possa a vir a atuar ou a valer ainda não se tenha apresentado antes da entrada em vigor de uma nova norma relativa ao mesmo assunto [...]

Em matéria previdenciária, essas orientações de ordem legislativa e doutrinária convergem com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que na sua manifestação mais eloquente sobre o assunto assevera o seguinte: os proventos

de aposentadoria devem ser regulados segundo a lei vigente na época em que os requisitos para ela foram reunidos (Súmula 359)².

Especificamente quanto às mudanças constitucionais nas regras de aposentação, a doutrina reconhece a dificuldade na abordagem do direito adquirido, mas ao mesmo tempo não hesita em afirmar que possui direito adquirido aquele que preenche os requisitos legais para a concessão do benefício, antes da alteração legislativa, mesmo que não tenha exercido o direito até a véspera da mudança (MARTINEZ, 2001, p. 261).

Portanto, para o reconhecimento do direito adquirido não importa se o benefício foi requerido e concedido antes da lei nova entrar em vigor. Basta que os requisitos para a sua concessão tenham sido devidamente preenchidos *in abstracto* pelo titular do direito até a véspera da alteração legislativa.

Em suma, trata-se do acolhimento do princípio *tempus regit actum*, ou seja, da “observação das regras vigentes ao tempo dos fatos definidores do direito” (MARTINEZ, 2011, p. 195), confirmando o entendimento histórico do Supremo Tribunal Federal na matéria.

Resulta dessa tradição que as principais alterações constitucionais envolvendo o sistema previdenciário (RGPS e RPPS), a partir de 1988, sempre resguardaram o direito à aposentadoria para aqueles que, segundo a legislação até então vigente, haviam preenchido os requisitos para o benefício³. É o que se infere mais recentemente do art. 3º, *caput*, da EC 103, *verbis*:

Art. 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.

Como se vê, o dispositivo resguarda expressamente o direito adquirido às aposentadorias do RPPS. Além disso, protege até mesmo aqueles que vierem a requerer os benefícios apenas *a posteriori*.

No entanto, para a aposentadoria por tempo de contribuição resta uma dúvida: como ficam os segurados que almejam se beneficiar da Fórmula 85/95? Eles têm direito à aplicação superveniente do art. 29-C da Lei 8.213/91 para

² Súmula 359: Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.

³ Conforme se observa no art. 3º da EC 20/98 e no art. 3º da EC 41/03.

cálculo do salário-de-benefício na data do requerimento? Ou o direito adquirido é limitado somente ao valor do salário-de-benefício calculado na véspera da vigência da EC 103/19?

HÁ DIREITO ADQUIRIDO TAMBÉM À APLICAÇÃO DA FÓRMULA 85/95?

A forma de cálculo das aposentadorias com direito adquirido está prevista no § 2º do art. 3º da EC 103, que trata de todas as espécies indistintamente. Daí a dificuldade hermenêutica para extrair o melhor sentido do texto, afinal, no caso da aposentadoria por tempo de contribuição não se pode esquecer do disposto no art. 29-C da Lei 8.213/91:

Art. 29-C. O segurado que preencher o requisito para a aposentadoria por tempo de contribuição poderá optar pela não incidência do fator previdenciário no cálculo de sua aposentadoria, quando o total resultante da soma de sua idade e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, na data de requerimento da aposentadoria, for:

I – igual ou superior a noventa e cinco pontos, se homem, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos; ou

II – igual ou superior a oitenta e cinco pontos, se mulher, observado o tempo mínimo de contribuição de trinta anos.

§ 1º Para os fins do disposto no caput, serão somadas as frações em meses completos de tempo de contribuição e idade.

§ 2º As somas de idade e de tempo de contribuição previstas no caput serão majoradas em um ponto em:

I – 31 de dezembro de 2018;

II – 31 de dezembro de 2020;

III – 31 de dezembro de 2022;

IV – 31 de dezembro de 2024; e

V – 31 de dezembro de 2026.

Ora, a extinta aposentadoria por tempo de contribuição guardava como particularidade a aplicação da Fórmula 85/95. A possibilidade de prorrogação do benefício para melhoria do seu valor, por ato volitivo unilateral do segurado, era uma nuance desta espécie.

Com efeito, o art. 29-C da Lei 8.213/91 é *sui generis* no cálculo de benefícios por ter uma dinâmica temporal própria. Desde que o segurado opte por prorrogar o início da aposentadoria (abrindo mão de prestações às quais já fazia jus), ele tem direito à integralidade do salário-de-benefício. É uma opção que acompanha o direito ao benefício.

Literalmente, tendo em vista a extinção da aposentadoria por tempo de contribuição e as regras de transição que foram criadas, o art. 3º da EC 103 não deixa muito claro se é possível a aplicação superveniente do art. 29-C da Lei 8.213/91.

Por um lado, o *caput* resguarda a aplicação da legislação vigente até a véspera da mudança constitucional. De outro, o § 2º dá a entender que se deve aplicar a legislação “em vigor à época em que foram atendidos os requisitos” necessários para a concessão da aposentadoria, *verbis*:

Art. 3º [...]

§ 2º Os proventos de aposentadoria devidos ao segurado a que se refere o caput e as pensões por morte devidas aos seus dependentes *serão apurados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos* nella estabelecidos para a concessão desses benefícios.

A ressalva do § 2º poderia ser entendida como uma limitação do direito adquirido. Nesta linha de raciocínio, o direito adquirido englobaria, para todas as prestações, o salário-de-benefício apurado na véspera da vigência da EC 103/19, ou seja, não seria possível uma mudança no salário-de-benefício com a aplicação *a posteriori* do art. 29-C da Lei 8.213/91.

Reforça essa tese o fato de a própria EC 103 ter estabelecido três regras de transição que permitem a integralidade no salário-de-benefício, embora com novas exigências em todas elas. Assim, considerando a ruptura com o regime jurídico anterior, os caminhos da integralidade teriam que ser as regras de transição previstas para a espécie⁴.

No entanto, existem fortes razões que levam à conclusão de que a tese acima é equivocada. Na verdade, o direito adquirido à aposentadoria por tempo de contribuição, previsto no art. 3º da EC 103, implica também o direito adquirido à aplicação superveniente do art. 29-C da Lei 8.213/91, caso o segurado opte por prorrogar o início do benefício.

A diferença entre *requisito* e *critério*

A redação do *caput* do art. 3º da EC 103 (*in fine*) apresenta uma distinção essencial para a compreensão do alcance do direito adquirido ali previsto. O dispositivo assegura a concessão de aposentadoria no RGPS, a qualquer tempo, para quem cumprir os *requisitos* até a data de entrada em vigor da emenda, observados os *critérios* da legislação então vigente.

De acordo com a EC 103, são dois os tipos de regras protegidas pelo direito adquirido: os *requisitos* para a concessão de benefícios e os *critérios* para a concessão. Não se trata de sinônimos, mas de dois aspectos verdadeiramente diferentes no regime jurídico de cada benefício, pois todos eles apresentam *requisitos* e *critérios* de concessão.

⁴ De acordo com o sítio eletrônico do INSS, que permite simulações de aposentadoria, este parece ser o entendimento oficial da autarquia.

Exemplificativamente, o Auxílio-Reclusão exige a conjugação de três *requisitos*: qualidade de segurado, cumprimento de carência e comprovação de baixa renda. Este último requisito, porém, só pode ser compreendido de acordo com *critérios* estabelecidos pelo legislador (ou seja, o modo como se apura a “baixa renda”, o valor considerado de “baixa renda” etc.).

Da mesma maneira, a Pensão por Morte pressupõe o preenchimento de três *requisitos*: qualidade de segurado, morte do segurado e a existência de dependentes. Quanto a este último, porém, a lei estipula *critérios* para a identificação das pessoas (ordem de preferência, presunções legais, tempo mínimo de casamento ou união estável etc.).

Para a Aposentadoria Especial, por sua vez, a legislação estabelece três *requisitos*: cumprimento de carência, idade mínima e o exercício de atividade especial por 15, 20 ou 25 anos. O caráter especial da atividade, entretanto, depende de *critérios* estabelecidos pela lei (formulário-padrão, modo de preenchimento, tipo de exposição, lista de agentes nocivos, limites de tolerância etc.).

Portanto, não se deve confundir *requisito* com *critério*. Aliás, a própria EC 103 trouxe tal distinção de nomenclatura para o corpo das regras permanentes da Constituição Federal, tanto no RPPS (art. 40, § 12)⁵ quanto no RGPS (art. 201, § 1º)⁶. Não se trata, pois, de uma distinção aleatória.

No caso da Aposentadoria por Tempo de Contribuição, dada a complexidade resultante das Leis 9.876/99 e 13.183/15, os *critérios* de cálculo (divisor mínimo, Fator Previdenciário, Fórmula 85/95 etc) não podem ser confundidos com os *requisitos* para a sua concessão, que consistem basicamente na exigência de 35 anos de contribuição, no caso de homens, e 30 anos para mulheres (com redução de 05 anos para professores da educação básica).

Em que pese o § 2º não reproduzir essa distinção, é lição da hermenêutica que os desdobramentos de um artigo de lei (parágrafos, incisos e alíneas) devem ser lidos à luz do *caput*, até porque, como visto, *requisitos* e *critérios* traduzem realidades distintas confirmadas pela própria EC 103.

Assim, pode-se afirmar que o direito adquirido previsto no art. 3º da EC 103 engloba não apenas os *requisitos* para a concessão da aposentadoria, quando preenchidos antes da alteração constitucional, como também os *critérios* de concessão. Por isso, no caso específico da aposentadoria por tempo de contribuição está assegurada a aplicação superveniente do art. 29-C da Lei 8.213/91.

⁵ Art. 40, § 12. Além do disposto neste artigo, serão observados, em regime próprio de previdência social, no que couber, os *requisitos* e *critérios* fixados para o Regime Geral de Previdência Social.

⁶ Art. 201, § 1º É vedada a adoção de *requisitos* ou *critérios* diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados: (...)

O caráter acessório do *critério* frente ao *requisito*

Como se não bastasse a distinção acima, a própria natureza dos critérios e dos requisitos conduz à mesma conclusão. Com efeito, é lição conhecida no meio jurídico que a sorte do acessório segue a sorte do principal. Além de ser um princípio doutrinário clássico, encontra-se positivado no Código Civil Brasileiro, que em seu art. 92 prevê: “Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal”.

Embora a formulação do Código Civil tenha aplicação mais frequente entre os civilistas, especialmente por conta do Direito das Coisas, a própria civilista Maria Helena Diniz alerta para o fato de que “não só os bens corpóreos comportam tal distinção; os incorpóreos também” (2010, p. 138). Assim, a mesma lógica pode ser vislumbrada na relação jurídica previdenciária.

Ora, os critérios de concessão de um benefício (sobretudo quando há variação de hipóteses) se subordinam aos requisitos de concessão. Não há como falar nos *critérios* de cálculo de uma aposentadoria se os *requisitos* para ela não estão preenchidos. É possível falar nos requisitos sem adentrar as discussões sobre critérios de concessão, mas não o contrário. Em suma, os critérios de concessão se subordinam aos requisitos porque deles dependem para ter aplicação prática.

Uma aposentadoria por tempo de contribuição pode ser concedida por diferentes critérios de cálculo (percentuais diferentes, descontos pelo Fator Previdenciário ou exclusão dele etc.), mas não cabe falar em tais critérios se os requisitos de concessão não estiverem presentes. Portanto, os critérios de concessão constituem uma realidade acessória frente aos requisitos, que constituem o aspecto principal da relação jurídica previdenciária em matéria de benefícios.

Segundo a lição de Maria Helena Diniz, é “importantíssima a distinção entre a coisa principal e acessória, pois a coisa acessória segue lógica e obviamente a principal [...] a coisa acessória pertence ao titular da principal” (2010, p. 138). Assim, se o art. 3º, *caput*, da EC 103 resguardou o direito adquirido aos *requisitos* para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, que é o *principal*, por óbvio promoveu a mesma proteção aos *critérios* de cálculo vigentes antes da alteração constitucional, que é o acessório.

Não se trata aqui da situação discutida pelo STF no RE 575.089 (Tema 70). Na ocasião, ficou decidido que não é lícito ao segurado conjugar as vantagens do novo sistema previdenciário com aquelas aplicáveis ao anterior, porquanto inexiste direito adquirido a determinado regime jurídico⁷.

⁷ O que originou o precedente do STF foi o caso de um aposentado com fundamento no art. 3º da EC 20/98, que alegava ter direito a computar o tempo de contribuição posterior à alteração constitucional, e ao mesmo tempo, direito ao cálculo da aposentadoria conforme as regras

Na presente discussão não se postula direito anterior com base na norma anterior, mas sim direito anterior com base na norma vigente. É o próprio art. 3º da EC 103 que resguarda o direito adquirido quanto aos requisitos de concessão, sendo a aplicação superveniente do art. 29-C da Lei 8.213/91 uma mera consequência do direito adquirido, dada a sua natureza acessória.

O sentido peculiar da expressão *a qualquer tempo*

Atentas ao entendimento do STF na Súmula 359, as principais reformas constitucionais envolvendo a Previdência Social se valeram da expressão *a qualquer tempo* para materializar o direito adquirido (art. 3º, *caput*, da EC 20/98⁸ e art. 3º, *caput*, da EC 41/03⁹), indicando assim que o acesso à aposentadoria é uma garantia exercitável pelo beneficiário segundo a sua conveniência.

Nessas ocasiões, a expressão *a qualquer tempo* teve o condão de permitir ao titular do direito exercê-lo no futuro sem determinação de prazo, encontrando seu limite apenas eventual mudança legislativa subsequente. Em suma, o objetivo sempre foi reforçar a garantia do direito e dar ao seu titular a liberdade para o requerimento em momento posterior.

O art. 3º da EC 103/19, entretanto, possui uma nuance. É a primeira vez que o cálculo das aposentadorias já incorporadas ao patrimônio jurídico dos segurados está atrelado a critérios que, por previsão da própria legislação até então vigente, podem ter projeção no futuro (Fórmula 85/95) por decisão unilateral do segurado.

Por isso, o disposto no art. 29-C da Lei 8.213/91 obriga a uma leitura lógica da expressão *a qualquer tempo* contida no art. 3º da EC 103/19, de modo que o cálculo do salário-de-benefício deve seguir a pontuação (idade + tempo de contribuição) da data do requerimento e não da data da conquista da aposentadoria. Do contrário, perde sentido a expressão *a qualquer tempo*.

A tese de que a integralidade é juridicamente possível apenas pelas regras de transição é falha, pois ela equipara indevidamente os segurados que possuem *direito adquirido* com aqueles que não o possuem e precisam se submeter às *regras*

vigentes anteriormente à alteração constitucional, visando assim escapar dos efeitos da Lei 9.876/99, que foi editada posteriormente para instituir o Fator Previdenciário.

⁸ Art. 3º É assegurada a 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 desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

⁹ Art. 3º É assegurada a concessão, *a qualquer tempo*, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

de transição, ou seja, iguala os que já conquistaram o direito com aqueles que ainda estavam a caminho dele, contrariando a lógica da própria EC 103.

Data venia, a supressão do direito à aplicação superveniente do art. 29-C da Lei 8.213/91 para os *titulares do direito adquirido* implicaria igualá-los, ou até prejudicá-los, quando comparados aos *titulares de regras de transição*. Evidentemente, a situação jurídica daqueles não pode ser pior do que a situação jurídica destes, sob pena de se subverter toda a *ratio* do art. 3º da EC 103.

É importante ressaltar que não se trata de projeção de legislação pretérita para benefícios conquistados sob a égide de lei nova, tese também já rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 597.389 (Tema 165)¹⁰, mas de incidência da legislação pretérita para a concessão e cálculo de benefício segundo os requisitos e critérios conquistados também com base nela.

Portanto, em que pese o art. 29-C da Lei 8.213/91 estar revogado tacitamente pela EC 103/19, ele permanece intacto para aqueles que até a véspera da alteração constitucional já possuíam o tempo para se aposentar. Pensar de modo contrário, seria equiparar injustamente os *detentores* com os *não-detentores* do direito adquirido, violando-se o princípio da igualdade previsto no art. 5º, *caput*, CF.

CONCLUSÃO

Apesar de as reformas previdenciárias preservarem o direito adquirido, as regras que veiculam essa garantia podem suscitar dúvidas. É o que ocorre com o art. 3º da Emenda Constitucional 103, que garante a aposentadoria por tempo de contribuição no RGPS, segundo as regras até então vigentes, mas não aborda com clareza o modo como ela deve ser calculada.

Trata-se de uma dúvida relevante, pois envolve a exclusão (ou não) do Fator Previdenciário no cálculo. O texto do § 2º do referido dispositivo não deixa claro se o salário-de-benefício deve ser calculado apenas na data da conquista da aposentadoria (véspera da alteração constitucional), ou se a aplicação *a posteriori* do art. 29-C da Lei 8.213/91 também foi incorporada ao patrimônio jurídico dos segurados.

Por outro lado, é fato público e notório que muitos segurados já elegíveis à aposentadoria por tempo de contribuição, na data da aprovação da EC 103, planejavam o requerimento do benefício na forma integral prorrogando o seu início. No entanto, consideradas as informações e simulações de aposentadoria no sítio

¹⁰ Na ocasião, o STF reafirmou a sua jurisprudência no sentido de que a revisão de pensão por morte e demais benefícios, constituídos antes da entrada em vigor da Lei 9.032, de 1995, não poderia ser realizada com base em novo coeficiente de cálculo estabelecido no referido diploma legal.

eletrônico do INSS, com base no art. 3º da EC 103, observa-se que a integralidade está garantida apenas aos segurados que atendem às novas exigências trazidas pelas regras de transição para a espécie.

Esse quadro é preocupante. Não se pode olvidar que os segurados que aguardavam a pontuação (Fórmula 85/95) para requerer a aposentadoria na forma integral, abriram mão de prestações às quais já faziam jus e desoneraram o RGPS durante todo o período em que o benefício não foi requerido. Negar-lhes agora a aplicação superveniente do art. 29-C da Lei 8.213/91 seria um pesado ônus. Como não existe crédito previdenciário sem prévio requerimento, o prejuízo causado a tais cidadãos é irreparável e representa um odioso enriquecimento sem causa por parte do RGPS.

Por outro lado, em virtude da posição oficial do INSS, é provável que muitos segurados venham a requerer a aposentadoria desprezando a Fórmula 85/95, inadvertidamente, e fiquem impossibilitados de requerer revisão posteriormente, já que o benefício é irrenunciável depois de concedido e pago ao beneficiário. Esta hipótese também representa um pesado ônus para quem já podia até ter gerado despesas para o RGPS e optou por postergá-las.

Por isso, é importante que o posicionamento oficial do INSS seja tempestivamente revisto a fim de evitar prejuízos a pessoas que planejavam se beneficiar com o valor integral na aposentadoria. São cidadãos que abriram mão de prestações que já poderiam ter sido pagas (e preferiram aguardar), ou de cidadãos que vão se prejudicar por requerer o benefício com menor valor (inadvertidamente), antes do momento adequado.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 575.089*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 24/10/2008. Disponível no sítio eletrônico www.stf.jus.br (acessado em 02/07/2020).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 597.389*. Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 21/08/2009. Disponível no sítio eletrônico www.stf.jus.br (acessado em 02/07/2020).
- CAMARANO, Ana Amélia; FERNANDES, Daniele. Os homens maduros que não trabalham nem são aposentados: um estudo exploratório da PNAD contínua. In: *Mercado de Trabalho: conjuntura e análise*. Número 64 (Abril 2018). Brasília: IPEA/ Ministério do Trabalho, 2018, p. 53-62.
- CONSTANZI, Rogério Nagamine. Reforma da previdência e mercado de trabalho. In: *Mercado de Trabalho – conjuntura e análise*. Número 62 (Abril 2017). Brasília: IPEA/ Ministério do Trabalho, 2017. p. 79-90.

- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. As reformas previdenciárias de 2015. O que sobrou? In: FOLMANN, Melissa; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm. *Previdência em Tempo de Reformas*. Porto Alegre: LexMagister, 2015, p. 47-55.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários às súmulas previdenciárias*. São Paulo: LTr, 2011.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Subsídios para um modelo de previdência social para o Brasil*. São Paulo: LTr, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SANTOS, Taís Rodrigues dos; MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Revisão dos Benefícios Previdenciários*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- STEPHANES, Reinhold. *Reforma da Previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998.

Data do recebimento: 03/06/2020

Data da aprovação: 02/07/2020