

Sentença afasta o fator previdenciário - INCONSTITUCIONALIDADE

Em decisão singular, o Juiz Federal MARCUS ORIONI entendeu inconstitucional a aplicação do fator previdenciário nas aposentadorias por tempo de contribuição, sendo esta decisão uma das poucas que abordaram o tema.

Noutros processos já ocorreram julgamentos declinando a não incidência do respectivo fator previdenciário em aposentadorias proporcionais, eis que os requisitos para aposentação proporcional possuem, além do pedágio a exigência de idade mínima para homem e mulher, com 53 e 48 anos respectivamente, sendo assim, não poderia ser incidente dupla restrição da idade para gerar o benefício.

Nesta decisão (abaixo) o entendimento lançado pelo julgador atacou somente os aspectos mitigados na ação judicial, portanto, não enfrentou o tema da média dos salários-de-contribuição e seu universo de 80% dos maiores salários, eis que não fora objeto do litígio.

Uma das primeiras *denúncias* aventada pela douda sentença é manifesta face a “*complexidade*” da fórmula, cuja compreensão comum seria de grande dificuldade e praticamente inacessível pelos cidadãos médios.

Importante destacar, como também o faz o julgado, a EC 20/98 em momento algum autorizou a idade mínima para aposentadoria por tempo de contribuição do RGPS, ao contrário, foi matéria **derrotada**, não tendo sequer na Carta Magna indicativo de idade para composição dos requisitos no tocante a esta jubilação.

Sufraga o julgado a extrapolação do legislador ordinário, o qual inclui a idade e a expectativa de sobrevida sem haver autorização na Norma Mãe, portanto, haveria notória ampliação dos limites regulamentares por lei ordinária, ampliando, indiretamente os requisitos não autorizados e **derrotados na reforma constitucional**.

Com maestria, adentra aos fatores regionais para a ponderação e razoabilidade, sequer levado em conta pela malsinada relação inclusiva dos elementos como idade e expectativa de sobrevida, violando assim também o princípio da igualdade, somando-se a impossibilidade do retrocesso na vigência da atual Constituição.

Mais, poderia a douda decisão também apreciar outro elemento de convicção claramente inconstitucional, qual seja: tratar a expectativa de sobrevida pela *média de ambos os sexos*.

Não há na Constituição e em qualquer dos preceitos fundamentais (ao contrário há clara distinção entre homem e mulher) que indique igualdade absoluta entre homem e mulher. Na verdade, há discriminação positiva pela Carta Fundamental

em favor da mulher, sempre indicando diferenciação biológica, estrutural e funcional.

Inquina-se, portanto, se seria possível a norma infraconstitucional tratar desigualdades constitucionais de forma a igualá-las, quanto mais pela média.

Creio haver, aqui, também notória inconstitucionalidade na técnica ordinária de legislar, pois é claro e cientificamente existente que a mulher vive mais e tem uma determinada expectativa de sobrevivência (maior) e o homem, que vive menos (menor), outra. Consequentemente, ao utilizar a média da expectativa de sobrevivência *alguém perde!!* Perde mais quem vive menos. Como utilizar-se da média sem furtar o fato social da distinção científica da sobrevivência entre homem e mulher? Não há como, há notório prejuízo ao homem e, notadamente, clara violação constitucional.

Outros aspectos importantes e não ponderados, poderiam ser tratados, pois também poderia se valer o legislador ordinário da autorização manifesta pela Constituição no Art. 201, sobre a garantia e perspectiva dos critérios econômicos e atuariais, portanto, havendo, com isso, indireta autorização para utilizarem-se os mecanismos atuariais para a confecção da fórmula e apuração da renda.

Se tal argumentação for de valia indutiva para, utilizando-se da análoga função E elementos próprios dos regimes privados, deveriam ser precedido de outros aspectos não trazido pela norma, ou melhor, *esquecidos* pois quiçá interessasse tal discussão.

A primeira delas é a existência ou não dos *critérios econômicos*, pois estes, por si, não poderiam estabelecer esta diretriz como única, pois se tais critérios devem estar presentes, também deveria estar presente esta análise à luz do Art. 195, §5º, quando fala da criação e majoração de benefícios (aqui houve redução – lembrando a impossibilidade de retrocesso), sem a devida fonte de custeio, a propósito toda a fonte de custeio foi constituída para pagar uma aposentadoria tomando-se os valores e critérios da forma anteriormente estabelecida, ou seja, também sob exame desta regra haveria inconstitucionalidade e, portanto, enriquecimento injustificado pelo sistema.

Na mesma linha de raciocínio, os critérios econômicos deveriam estar demonstrados, eis que estamos diante de um sistema de repartição simples e, agora, parece mitigar a um sistema híbrido.

Portanto, onde está a demonstração diante da técnica atuarial que as contribuições já vertidas foram valoradas e aproveitadas para, nos termos do Art. 201, não só garantir a preservação do valor real, como, também, dar efetiva retribuição aos valores já lastreados?

Não há!! Não há sequer avaliação atuarial, nota técnica, ou mesmo o impacto frente aos novos benefícios.

Há se analisar as premissas de limitação constitucional do fator previdenciário. A primeira, que acho deveria ser melhor explorada é a **vontade do constituinte revisor**, pois quando não há a aprovação de idade mínima para o regime geral, o constituinte revisor diz, claramente ou não, que o RGPS NÃO PODERÁ ESTAR SUJEITO À IDADE MÍNIMA ou, mais, não poderá sequer ter este elemento como fomento ou elemento para alterar não só **critérios ou requisitos**, como não poderá (ou não poderia) compor a base de cálculo de uma renda, pois isto não foi autorizado na Constituição e **implicitamente VEDADO por não admitir a idade nos benefícios do RGPS**.

Será que o Constituinte ao não fixar idade mínima permitiu (implicitamente) que esta pudesse interferir na forma de cálculo!!?? Acho que não, pois na fórmula não poderá contemplar, como exemplo, requisitos estranhos aos exigidos para jubilação: veja, para a *aposentadoria proporcional* (**eis aí outra linha de ataque quanto a inconstitucionalidade**) **FIXOU O CONSTITUINTE A OBRIGAÇÃO ETÁRIA**.

Por analogia e pela interpretação sistêmica, não poderia a idade estar presente, nem sequer ser valorada como fração do cálculo, pois esta somente foi atribuída à aposentadoria proporcional.

Outro aspecto a ser somado, quanto ao fator previdenciário, não albergado na legislação diz respeito aos trabalhadores havidos em labor alternados como tempo especial e comum.

Sabidamente as atividades especiais, hoje com regras mais restritivas de comprovação, ao gerarem a aposentadoria especial não sofrem a incidência do fator previdenciário.

Da mesma forma, não poderia, na fração do tempo especial, haver a incidência do fator e a regra ordinária (se tida como constitucional), teria, no mínimo estabelecer em razão do princípio da proporcionalidade o afastamento do FP nos anos laborados pelo trabalhador em atividade típica especial.

Por exemplo, se o trabalhador tenha 15 anos de tempo especial e sua aposentaria seria devida com 25 anos de tempo, sobre estes 15 anos não poderia ser incidente o fator e sobre a média dos 80% maiores salários, ser gerada a aposentadoria na fração de 15/25 avos da média, e sobre o restante do tempo, sim, ter a incidência do fator.

Destaque-se, caso fosse considerado constitucional o fator, ora afastado como tal pela douta sentença.

Dentre outros aspectos, restaria ainda uma maior análise científica do *fator previdenciário* sob olhar no campo atuarial, pois esta ciência é de significativa importância nos regimes de capitalização.

Como no Regime Geral somente há obrigação de incidir o FP nas aposentadorias por tempo de contribuição, como bem analisou o julgado, está clara a presença

massiva de uma lógica discriminatória, impondo ao *discrimen* clara violação da igualdade, isonomia e, fundamentalmente, aprofundando as desigualdades sociais e regionais.

Desta feita haverão de ser debatidos, não só a contar da sentença proferida, mas também do labor manifesto por vários operadores do direito, especialmente dos Advogados especialistas na área previdenciária, pois esta solução deverá ser dada no Excelso Pretório, e historicamente a Corte Suprema não tem modificado suas decisões proferidas em sede de liminar, as quais, no caso, garantiu parcialmente a constitucionalidade do fator, não de forma vinculante.

DAISSON PORTANOVA
OAB RS 25.037