A VALIDADE DA APLICAÇÃO DO §10 DO ARTIGO 29 DA LEI 8.213/91 NO CÁLCULO DA RMI DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA, APÓS O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019

Larissa Roberta de Quadros[1]

I INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional 103/2019, a qual entrou em vigor em 13 de novembro de 2019, popularmente chamada e conhecida como a Reforma da Previdência, trouxe diversas mudanças nos benefícios previdenciários, inclusive quanto ao seu método de cálculo, uma vez que resultou em alterações significativas no artigo 201 da Constituição Federal.

Dentre as mudanças, destaca-se a criação do artigo 26 da EC 103/2019, dispondo que, até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime Regime Geral de Previdência Social, deverá ser utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo, desde a competência de julho de 1994, ou, desde o início da contribuição, se posterior àquela competência.[2]

Com o advento de tal artigo, houve o consequente afastamento por completo do artigo 29 da Lei 8.213/91, que anteriormente era responsável por disciplinar as regras de cálculo dos benefícios previdenciários. Assim, é possível observar que não houve nenhuma menção às demais regras de cálculo trazidas pelo artigo 29 da Lei 8.213/91 junto à Emenda Constitucional 103/2019.

O artigo 29 da LBPS era composto por diversas regras de cálculo essenciais para definir o salário de benefício e a Renda Mensal Inicial dos benefícios previdenciários. Neste trabalho, tratarei especificamente da aplicação e efeitos do §10 do artigo 29, o qual disciplinava que o salário de benefício do auxílio-doença não

---

[1] Pós-graduanda Lato Sensu em Direito Previdenciário pelo Instituto de Estudos Previdenciários, Trabalhistas e Tributários (IEPREV). Advogada regularmente inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

[2] BRASIL, EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103, DE 12 DE NOVEMBRO DE 2019, Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc103.htm#art1. Acesso em 20/03/2021.

poderia exceder a média aritmética simples dos últimos 12 (doze) salários de contribuição.

A entrada em vigor da EC 103/2019 e o decorrente afastamento do artigo 29 da Lei 8.213/91, reacenderam a discussão quanto à aplicabilidade do §10 do artigo 29 da LBPS no cálculo do salário de benefício do auxílio-doença, agora denominado Auxílio por Incapacidade Temporária.

2 O MÉTODO DE CÁLCULO DO SALÁRIO DE BENEFÍCIO DO AUXÍLIO-DOENÇA NO PERÍODO ANTERIOR AO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUICIONAL 103/2019

Com a finalidade de se chegar ao valor do benefício previdenciário, devemos calcular o salário de benefício e, com a aplicação da multiplicação pela alíquota do respectivo benefício, se chega ao valor da Renda Mensal Inicial (RMI), a qual vai sendo corrigida monetariamente ao longo do tempo em que o segurado fizer jus à prestação previdenciária.

Assim, o salário de benefício é o valor básico utilizado para cálculo da RMI de todos os benefícios, com exceção dos benefícios de pensão por morte, salário maternidade, salário família e auxílio-reclusão. [3]

O benefício de auxílio-doença passou a ser previsto pela Lei Orgânica da Previdência Social (nº 3.807/60), sendo devido ao segurado que, depois de 12 (doze) contribuições mensais, tivesse comprovada a incapacidade para o labor acima de 15 (quinze) dias. O cálculo da sua Renda Mensal Inicial (RMI) seria correspondente à 70% (setenta por cento) do salário de benefício, somado a 1% (um por cento) do salário referente a cada ano completo de contribuição, até o máximo de 20% (vinte por cento).[4]

Com o advento da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) de 3.807/60, o artigo 23 trazia a disposição sobre a média das contribuições a serem consideradas para o cálculo do salário de benefício, prevendo que:

> Art. 23. O cálculo dos benefícios far-se-á tomando-se por base o "salário de benefício" assim denominado a média dos salários sobre os quais o segurado

[3] GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário**. Grupo GEN, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990800/. Acesso em: 22 mar 2021

[4] GEROMES, Sergio. Passo a passo do cálculo previdenciário: antes e depois da reforma da previdência – 1. Ed. – São Paulo: LUJUR Editora, 2020. Pg. 111.

> haja realizado as últimas 12 (doze) contribuições mensais contadas até o mês anterior ao da morte do segurado, no caso de pensão, ou ao início do benefício nos demais casos.[5]

A alteração da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) veio por meio da Lei nº 5.890/73, determinando em seu artigo 3º, inciso I, que o salário de benefício fosse calculado sobre 1/12 (um doze avos) da soma dos salários de contribuição dos meses imediatamente anteriores ao afastamento ou da data de entrada do requerimento (DER), até no máximo 12 (doze) meses, em um período não superior a 18 (dezoito) meses. [6]

Já com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o artigo 202 estipulava que o salário de benefício seria calculado com base na média dos 36 últimos salários de contribuição.

Tal legislação foi regulamentada pela Lei 8.213/91 em seu artigo 29, com inclusão da aplicação correta da correção monetária, bem como trazendo em sua redação original, a fixação do salário de benefício como sendo a média aritmética simples dos últimos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao afastamento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.

> A Lei n. 8.213/1991 estabelecia, em seu texto original, que a renda mensal do auxílio-doença corresponderia a: a) 80% do salário de benefício, mais 1% deste, por grupo de 12 contribuições, até o limite de 92% do salário de benefício, para os benefícios decorrentes de causas não acidentárias; e b) 92% do salário de benefício ou do salário de contribuição vigente no dia do acidente, quando se tratasse de acidente do trabalho.[7]

No que se refere a renda mensal inicial na Lei 8.213/91, houve uma alteração posterior por meio da Lei 9.032/95, modificando a porcentagem a ser recebida, restando fixada em 91% (noventa e um por cento) do salário de benefício para ambas as modalidades (acidentária ou não).

Após a Lei 9.876/99, publicada em 26/11/1999, transformou-se a redação original do artigo 29 da Lei 8.213/91, passando o cálculo de salário de benefício a ser

---

[5] BRASIL, LEI Nº 3.807, DE 26 DE AGOSTO DE 1960, Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social.

[6] GEROMES, Sergio. Passo a passo do cálculo previdenciário: antes e depois da reforma da previdência – 1. Ed. – São Paulo: LUJUR Editora, 2020. Pg. 111.

[7] LAZZARI, João Batista. DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira. Manual de Direito Previdenciário – 23. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

realizado considerando a média aritmética simples dos 80% (oitenta por cento) maiores salários de contribuição do período contributivo desde julho de 1994, com a multiplicação pelo Fator Previdenciário para os casos dos benefícios programáveis de Aposentadoria por Idade e por Tempo de Contribuição.

Assim, salário de benefício era calculado da seguinte forma:

> Para os segurados filiados à Previdência Social até 28.11.1999, inclusive os oriundos de outro Regime Próprio de Previdência, a média aritmética era feita com base nos maiores salários de contribuição, correspondentes a, no mínimo, 80% de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, mês em que houve a implantação do real como moeda. Todos os salários de contribuição devem ser atualizados monetariamente. Por fim, consignamos que o período básico de cálculo (PBC) é fixado, conforme o caso, de acordo com a: data de afastamento da atividade (v.g., aposentadoria por invalidez, auxíliodoença)[8]

Importante destacar que o método de cálculo para os segurados filiados ao Regime Previdenciário até 28/11/1999 considerava como o período básico de cálculo (PBC), todo o período contributivo da vida do segurado. O PBC foi alterado pela regra de transição contida no artigo 3º da Lei nº 9.876/99, determinando que para os segurados filiados à Previdência Social após o dia 28/11/1999, o PBC seria computado somente a partir de 07/1994.[9]

Por se tratar de um benefício temporário, para o auxílio-doença não há aplicação de fator previdenciário nem de divisor mínimo, mas sim, a aplicação do popularmente chamado “limite-teto” ou “subteto”, trazido pela Lei 13.135/15, com a incorporação do §10 junto ao artigo 29 da Lei nº 8.213/91, estabelecendo em seu texto que o auxílio-doença não poderá ultrapassar a *“média aritmética simples dos últimos 12 (doze) salários-de-contribuição, inclusive em caso de remuneração variável, ou, se não alcançado o número de 12 (doze), a média aritmética simples dos salários-de-contribuição existentes”*.[10]

---

[8] LAZZARI, João Batista. DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira. Manual de Direito Previdenciário – 23. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

[9] GEROMES, Sergio. Passo a passo do cálculo previdenciário: antes e depois da reforma da previdência – 1. Ed. – São Paulo: LUJUR Editora, 2020. Pg. 29.

[10] BRASIL, Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

3 AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI 13.135/15 NO CÁLCULO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA, COM A INCLUSÃO DO §10 DO ARTIGO 29 DA LEI Nº 8.213/91

Em 30 de dezembro de 2014, o então Governo Federal aprovou a Medida Provisória nº 664, responsável por diversas mudanças no plano do Direito Previdenciário. Após algumas alterações, foi transformada na Lei nº 13.135/15 em 17 de junho de 2015. Dentre as polêmicas mudanças, têm-se como principal a inclusão do limite máximo ao auxílio-doença, com a manutenção do §10 no artigo 29 da Lei nº 8.213/91, estabelecendo que o salário de benefício do auxílio-doença não poderia ultrapassar a média aritmética simples dos últimos 12 salários de contribuição.

Nesse sentido, quanto ao benefício de auxílio-doença, ficou claro que *"a intenção da Previdência é evitar situações em que o valor do benefício fica acima do último salário que o segurado recebia, o que faz com que muitos segurados não se sintam estimulados para voltar ao trabalho"*.[11]

> A justificativa presidencial, acolhida pelo Congresso Nacional, para referida limitação é no sentido de o segurado não priorizar o retorno ao trabalho, uma vez que é mais vantajoso permanecer em gozo de benefício. A fragilidade da justificativa é evidenciada ao lançarmos olhares na legislação previdenciária, que não abre espaço à "prioridade" do segurado, mas à constatação feita por profissional na área médica, integrante dos quadros da Previdência Social, ou seja, é o médico perito do INSS que estabelece a duração da incapacidade laborativa em razão do mal que fora comprovado.[12]

Dessa forma, para os benefícios de auxílio-doença, com afastamento posterior à 1º de março de 2015, deveria ser realizado o cálculo do salário de benefício, perfazendo a aplicação da alíquota de 91% (noventa e um por cento) e, após encontrar o valor correspondente à RMI, verificar se é ou não superior à média aritmética simples dos 12 (doze) últimos salários de contribuição. Caso seja superior, o valor encontrado na média dos últimos salários será o que prevalecerá para a determinação da Renda Mensal Inicial.

Logo após a publicação da Lei, iniciou-se a discussão quanto a constitucionalidade de tal dispositivo, com ajuizamento de ADINs, mas tendo como resultado a solidificação da legislação.

---

[11] LAZZARI, João Batista. DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira. Manual de Direito Previdenciário – 23. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

[12] HERMES, A. Cálculos de benefícios previdenciários. Regime Geral da Previdência Social. Editora Saraiva, 2020. 9786555590722. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590722/. Acesso em: 27 de março de 2021

O principal fundamento para a alegação de inconstitucionalidade do “subteto” limitador do benefício de auxílio doença, é a evidente afronta ao princípio da isonomia. Tal tese foi aceita pelo Juiz Federal Daniel Machado da Rocha, nos autos do processo n.º 5001756-48.2017.4.04.7102/RS, em seu voto divergente, manifestando-se no sentido de que:

> De todo modo, entendo que o dispositivo é inconstitucional, por violar o preceito insculpido no § 11 do art. 201 da Constituição Federal, segundo o qual 'Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei'.[13]

Entretanto, no mesmo julgamento, seu voto foi vencido pelos demais, ocasião em que o Relator Juiz Federal Rafael Martins Costa Moreira assinalou em seu voto que o benefício de auxílio-doença tem caráter provisório e somente substitutivo de renda, motivo pelo qual os valores devem refletir os últimos ganhos da vida do segurado, bem como que a limitação existente no §10 seria somente referente ao tempo e não aos ganhos habituais do empregado, de modo que não haveria nenhuma violação ao artigo 201 da Carta Magna.[14]

Importante salientar que a implicação do limitador somente possui efeitos restritivos ao benefício de auxílio-doença. Logo, nos casos onde constatada a incapacidade total e permanente, ocasião em que o segurado faria jus à Aposentadoria por Invalidez, o cálculo deveria ser refeito, sem a restrição imposta ao benefício precedente. [15]

Não se trata da primeira vez em que o Poder Executivo tenta reduzir o valor da RMI do beneficio de auxílio-doença, utilizando-se de Medida Provisória. A edição da MP 242 de 2005 já fazia a inclusão do §10 no artigo 29 da Lei 8.213/91. As mudanças foram objetos das ADINs nº 3.467-7/DF, n. 3.473-1/DF e n. 3.505-3/DF, onde foi reconhecida a inconstitucionalidade da norma pelo STF, justamente pela evidente afronta ao §11 do artigo 201 da Constituição Federal. [16]

---

[13] 5001756-48.2017.4.04.7102, SEGUNDA TURMA RECURSAL DO RS, Relator GABRIEL DE JESUS TEDESCO WEDY, julgado em 26/09/2017

[14] Ibdem.

[15] ARRAIS, AH Cálculo de benefícios previdenciários: regime geral de previdência social - teses revisionais - da teoria à prática. Editora Saraiva, 2018. 9788553611805. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611805/. Acesso em: 27 de março de 2021

[16] LAZZARI, João Batista. DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira. Manual de Direito Previdenciário – 23. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

No que se refere à alteração trazida pela MP 664/2014, houve a interposição de 03 (três) ADINs, entretanto, não tiveram seu pedido liminar apreciado e, com o passar do tempo, foi convertida na Lei 13.135/15, com a decorrente perda do objeto das ADINs. [17]

Assim, como já era esperado, diante do princípio da legalidade, o INSS seguiu aplicando o §10 do artigo 29 da Lei 8.213/91 no cálculo do salário de benefício do auxílio-doença, para fins de integrar a RMI. No entanto, com a publicação da Emenda Constitucional nº 103/19, pairou novamente a dúvida quanto à (in)aplicabilidade do dispositivo no cálculo do benefício previdenciário.

4 A REFORMA DA PREVIDÊNCIA E O SURGIMENTO DA TESE REVISIONAL PARA AFASTAMENTO DO §10, LIMITADOR DO SALÁRIO DE BENEFÍCIO DO AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA

A popularmente chamada Reforma da Previdência foi promulgada em 12/11/2019, passando a entrar em vigor na data da sua publicação em 13/11/2019 por meio da Emenda Constitucional nº 103/2019. Rodeada de polêmicas e com alta repercussão nacional, a EC 103/2019 trouxe drásticas mudanças aos benefícios previdenciários, principalmente referente aos critérios de preenchimento dos requisitos dos benefícios e de aferição da renda mensal inicial.

Pelas palavras de Hermes Arrais Alencar:

> Alicerçada no princípio constitucional da seletividade e da distributividade das prestações de seguridade social, a Nova Previdência traz a marca da restrição de direitos previdenciários, dificultando o alcance dos benefícios bem como busca reduzir a expressão quantificadora dos benefícios previdenciários não apenas no RGPS, mas também do Regime Próprio de Previdência Social, ante as enormes alterações do art. 40 da CF.[18]

Em que pese as mudanças significativas no cálculo do salário de benefício, trazidas pela Reforma da Previdência, foi mantida a possibilidade de adesão às normas e benefícios aplicáveis nas regras anteriores, para aqueles segurados que

---

[17] Arrais, H. Cálculos de benefícios previdenciários. Regime Geral da Previdência Social. Editora Saraiva, 2020. 9786555590722. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590722/. Acesso em: 03 abr 2021

[18] Ibdem.

cumpriram os requisitos para a concessão do benefício até a vigência da EC 103/2019. A previsão quanto ao direito adquirido está expressamente prevista junto ao art. 3º, §2º da EC 103/2019.

O método de cálculo do salário de benefício sofreu alteração por meio da EC 103/2019, passando a ser considerados todos os salários de contribuição pagos pelo segurado, não mais somente os 80% maiores, desde a competência de 07/1994 ou desde a data de início das contribuições, conforme o artigo 26. [19]

Nesse sentido, cita-se o artigo 26 da Reforma da Previdência, onde consta a seguinte redação:

> Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência.[20]

Ao incluir o artigo 26 no texto da emenda constitucional, automaticamente se afastou a aplicação do artigo 29 da Lei 8.213/91, o qual era responsável por disciplinar o cálculo do salário de benefício. Nesse sentido, a Emenda Constitucional deveria ter trazido consigo todos os parágrafos relevantes do já não mais aplicável artigo 29 da LB.

Verifica-se, ainda, que o INSS publicou a Portaria nº 450/2020 em 03/04/2020, trazendo disposições quanto à alteração da nomenclatura dos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, passando a denominar-se auxílio por incapacidade temporária e auxílio por incapacidade permanente, respectivamente, conforme artigos 39 e 40. Especificamente quanto ao cálculo do auxílio por incapacidade permanente, deve ser aplicado as disposições do artigo 35 da mesma Portaria. Por sua vez, o artigo 35 traz somente a composição do PBC, reafirmando

---

[19] BRASIL, EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103, DE 12 DE NOVEMBRO DE 2019, Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc103.htm#art1. Acesso em 10/04/2021.

[20] Ibdem.

que o cálculo dos benefícios devem ser conforme as disposições do artigo 26 da EC nº 103 de 2019.[21]

Dessa forma, nem a Emenda Constitucional, nem a Portaria do INSS aplicaram o "subteto" para o auxílio por incapacidade temporária, constante, anteriormente, no §10 do artigo 29 da LB, de modo que tendo em vista o consequente afastamento da integralidade do artigo 29 da Lei 8.213/91 pelo artigo 26 da EC 103/2019, entende-se que não seria mais aplicada a limitação do §10 quanto a impossibilidade do salário de benefício ultrapassar a média aritmética simples dos 12 (doze) últimos salários de contribuição.

Nesta senda, o professor Sergio Geromes aponta que:

> [...] a redação do comando constitucional determina que até que lei discipline o cálculo **dos** benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, será utilizada a média aritmética simples de todos (100%) os salários de contribuição, ou seja, regra única para todos os benefícios, salvo nas hipóteses expressamente previstas na Emenda Constitucional.[22]

O "subteto" da aposentadoria por incapacidade temporária somente foi mencionado novamente na legislação, com o advento do Decreto 10.410/20 em 30/06/2020, junto ao §23 do artigo 32.

Da simples leitura do artigo 26 da EC 103/2019, vislumbra-se que se trata de uma lei de eficácia limitada, nas palavras de Rodrigo Padilha, *"não produzem os efeitos previstos em seu texto com a entrada em vigor da Constituição. Possuem aplicabilidade* ***mediata****, dependendo de lei infraconstitucional para produzir os efeitos fim desejados[23]".*

Assim, a aplicabilidade do artigo 26 da EC 103/2019 dependeu do advento do Decreto 10.410/20, como o instrumento normativo que trouxe a definição dos preceitos de cálculo do benefício de auxílio por incapacidade temporária. Entretanto, a discussão que se inicia é se um Decreto seria a norma infraconstitucional adequada para dirimir as lacunas existentes no artigo 26.

---

[21] BRASIL, PORTARIA Nº 450, DE 3 DE ABRIL DE 2020, Dispõe sobre as alterações constantes na Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, e na Medida Provisória nº 905, de 11 de novembro de 2019. Disponível em https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-450-de-3-de-abril-de-2020-251287830. Acesso em 10/04/2021.

[22] GEROMES, Sergio. Passo a passo do cálculo previdenciário: antes e depois da reforma da previdência – 1. Ed. – São Paulo: LUJUR Editora, 2020. Pg. 138.

[23] PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. Grupo GEN, 2019. 9788530988319. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319/. Acesso em: 11 abr 2021

Isso porque, o Decreto 10.410/20, trouxe de volta a limitação existente no §10 do artigo 29 da LB, entretanto, essa limitação sequer foi mencionada pela Emenda Constitucional nº 103/2019, ou seja, o Poder Legislativo utilizou-se de um Decreto para alterar a disposição de uma Emenda Constitucional, que por sua vez, alterou o artigo 201 da Constituição Federal.

Dessa forma, verifica-se que foi criada uma tese revisional para o afastamento do chamado "subteto" do benefício de auxílio por incapacidade temporária, a qual pode ser levada aos tribunais superiores, com a finalidade de discutir se o Decreto nº 10.410/2020 seria o instrumento normativo ideal para a alteração e validade do artigo 26 da EC 103/2019, visto que traz uma mudança significativa ao texto constitucional, não sendo advindo por meio de PEC.

Pode ser levantada em fundamentação, a impossibilidade da utilização do Decreto Legislativo para alteração do texto de Emenda Constitucional e a violação ao §11 do artigo 201 da Constituição Federal, bem como quanto ao princípio da isonomia entre os benefícios previdenciários, estando também presente no §1 do mesmo artigo, no sentido de que *"É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios [...]".*[24]

Entretanto, caberá aos Tribunais superiores decidir de modo a garantir o correto cumprimento e aplicação da legislação, assegurando a manutenção dos princípios básicos constitucionais e a aplicabilidade do princípio da Primazia Constitucional.

5 CONCLUSÃO

Desde a proposta inicial, a Reforma da Previdência esteve em evidência pelas incontáveis alterações polêmicas e sua controversa motivação pelo alegado déficit no caixa previdenciário. Embora tenha sido elaborada e discutida por um longo período, acabou sendo finalizada e publicada às pressas, de forma incompleta, com dispositivos pendentes de regulamentação complementar.

Em razão de tais inconsistências, o Poder Legislativo identificou a necessidade da regulamentação, utilizando-se do Decreto nº 10.410/2020 para tanto, sendo que acabou por ultrapassar os seus limites normativos, inclusive no que se refere à

[24] BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17/04/2021.

competência legislativa, em descompasso com a própria Emenda Constitucional nº 103/2019.

Nesse sentido, especificamente quanto ao “subteto” do benefício de auxílio por incapacidade temporária, constante inicialmente no §10 do artigo 29 da Lei 8.213/91, não há sequer menção da manutenção de sua aplicabilidade junto à Emenda Constitucional 103/2019, tampouco na Portaria nº 450/2020 do INSS.

Por meio de uma simples interpretação da legislação, é possível concluir que o artigo 26 da EC 103/2019 afasta, integralmente, a incidência do artigo 29, sendo que por integralmente, entende-se pelo afastamento do caput, com todos seus incisos e parágrafos, incluindo o §10 o qual prevê que o salário de benefício do auxílio doença, agora denominado auxílio por incapacidade temporária, não deve ultrapassar a média aritmética simples dos últimos 12 salários de contribuição.

A ausência de aplicabilidade no texto constitucional do limitador do auxílio por incapacidade temporária, anteriormente conhecido como auxílio-doença, implica na sua revogação, sendo inconcebível que uma norma infraconstitucional, como um Decreto Legislativo, venha a legislar e modificar a Carta Magna, a qual somente pode ser alterada por meio de Emenda Constitucional.

Dessa forma, acabou sendo criada uma tese revisional para o afastamento do subteto limitador, resultando no ajuizamento de demandas judiciais, embasadas na impossibilidade de alteração do texto constitucional por meio de Decreto Legislativo, ainda que com o intuito de regulamentar a norma, bem como pela ofensa aos princípios constitucionais.

Tais fundamentações são suficientes para levar o tema para julgamento pelos tribunais superiores, os quais irão verificar se realmente há irregularidades a serem sanadas, no que se refere à aplicação do subteto limitador do auxílio por incapacidade temporária, garantindo o cumprimento das normas constitucionais.

BIBLIOGRAFIA

5001756-48.2017.4.04.7102, SEGUNDA TURMA RECURSAL DO RS, Relator GABRIEL DE JESUS TEDESCO WEDY, julgado em 26/09/2017

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

BRASIL, EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103, DE 12 DE NOVEMBRO DE 2019, Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias.

BRASIL, LEI Nº 3.807, DE 26 DE AGOSTO DE 1960, Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social.

BRASIL, Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

BRASIL, PORTARIA Nº 450, DE 3 DE ABRIL DE 2020, Dispõe sobre as alterações constantes na Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, e na Medida Provisória nº 905, de 11 de novembro de 2019.

GEROMES, Sergio. **Passo a passo do cálculo previdenciário: antes e depois da reforma da previdência** – 1. Ed. – São Paulo: LUJUR Editora, 2020.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário**. Grupo GEN, 2020.

HERMES, A. **Cálculos de benefícios previdenciários. Regime Geral da Previdência Social.** Editora Saraiva, 2020.

HERMES, A. **Cálculo de benefícios previdenciários: regime geral de previdência social - teses revisionais - da teoria à prática.** Editora Saraiva, 2018.

LAZZARI, João Batista. DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira. **Manual de Direito Previdenciário** – 23. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. Grupo GEN, 2019.