

A extinção da paridade remuneratória para as pensões pós-Emenda 41: uma questão ainda controvertida no Judiciário Mineiro

Fernando Ferreira Calazans*

Sumário: 1. Introdução. 2. A reforma previdenciária de 1998 e o equilíbrio financeiro e atuarial. 3. A reforma previdenciária de 2003 e a extinção da paridade remuneratória. 4. O entendimento do TJMG acerca da extinção da paridade para as pensões. 5. Comentários finais à guisa de conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1 Introdução

Este artigo advém de trabalho publicado no *Boletim de Direito Administrativo*, edição de janeiro de 2012,¹ e que, devido à importância e ineditismo do tema abordado, cujo entendimento ainda é controverso no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, merece ser republicado com adaptações. O que se espera, com a divulgação deste trabalho, é aprofundar o debate acerca da matéria para se chegar a uma uniformização de entendimentos.

O tema deste artigo é o instituto da Previdência Social, assunto atual e mundialmente debatido, inclusive no Brasil, que, em menos de dez anos, procurou reorganizar, por duas vezes (1998 e 2003), os regimes geral e próprios de previdência. Diante da complacência legislativa² e da ausência de lógica atuarial aplicadas à gestão previdenciária, até a publicação da Lei nº 9.717/98 e da Emenda Constitucional (EC) nº 20/98, os regimes próprios de previdência social (RPPS) eram tratados como meros apêndices da política de pessoal. E, na ausência de requisitos que garantissem sua sustentabilidade financeira, as despesas com aposentados e pensionistas passaram a comprometer cada vez mais o gasto com pessoal.

Nesse sentido e no contexto da busca pelo equilíbrio das contas públicas e ajuste fiscal, os entes federados buscaram adequar seus sistemas previdenciários ao novo marco institucional da previdência no serviço público. Com os paradigmas oriundos dessas reformas, criou-se um movimento de modelagem dos RPPSs inserido na onda de reorganização dos papéis do Estado.

Essas reformas vieram à tona em virtude da equivocada função emprestada à Previdência. Todavia, como alertado em 1997 por Armando de Oliveira Assis, então Presidente do Conselho de Recursos da Previdência Social, a previdência está acima da noção dos que acreditam ser ela mera máquina circunscrita às operações de arrecadar contribuições e pagar benefícios, visto ser instrumento de política social e de redistribuição de renda. (COIMBRA, 1997)

Foi nesse contexto que o artigo objetivou analisar as posições teóricas favoráveis e contrárias à extinção da paridade remuneratória³ para as pensões pós-Emenda 41, visto se tratar de questão controvertida no âmbito do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG).

O artigo está estruturado da seguinte forma. Após esta introdução, foram apresentadas as razões que levaram às reformas previdenciárias de 1998 (Seção 2) e 2003 (Seção 3), além de apresentar o seu conteúdo e as correntes teóricas acerca da extinção da paridade para as pensões por morte pós-Emenda 41 (Seção 4). Em conclusão (seção 5), o autor, além de defender a tese de que a pensão pós-Emenda 41 de servidor não aposentado pelo art. 3º da Emenda 47 não tem direito à paridade, reconhece a inexistência de segurança jurídica no âmbito do Egrégio TJMG, o que está a exigir uniformização de entendimentos.

2 A reforma previdenciária de 1998 e o equilíbrio financeiro e atuarial

Até o advento da Emenda 20/98 e da Lei nº 9.717/98, diante da complacência legislativa e da ausência de lógica financeira e atuarial⁴ aplicadas à gestão previdenciária do funcionalismo público, os RPPSs eram tratados como meros apêndices da política de pessoal dos entes federados. Na ausência de critérios e requisitos que garantissem a viabilidade técnica e a sustentabilidade financeira dos RPPSs, as despesas com aposentados e pensionistas dos entes passaram a comprometer cada vez mais o gasto com pessoal. Referida situação gerou déficits nos sistemas próprios previdenciários das três esferas de governo.

* Advogado e mestre em Administração Pública com ênfase em Previdência Social. É gerente de benefícios do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – Ipsemg, professor de Direito Previdenciário e professor visitante da Escola Nacional de Administração de Angola. E-mail: fernandocalazans@adv.oabmg.org.br

¹ Cf. Calazans (2012).

² Cf. comparação internacional das regras de elegibilidade de benefícios em Caetano (2006).

³ A paridade estava prevista no § 8º do art. 40 da CF/88, com redação da EC 20/98, revogada pela EC 41/03, que assim dispunha “os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade”.

⁴ Os benefícios não guardavam relação com a contribuição, mas sim com a remuneração. Até 1998, contava-se em dobro licença prêmio para fins de aposentadoria.

Segundo Giambiagi (2007a), em 1998, enquanto no RGPS o déficit era de 0,7% do Produto Interno Bruto, nos RPPSs federal, estaduais e municipais, considerados conjuntamente, o déficit era de 3,7% do PIB. Esse foi o cenário que levou o legislador constituinte derivado a promulgar a EC 20 de 1998 e, cinco anos depois, a EC 41 de 2003.

Com a reforma previdenciária de 1998⁵, o RGPS e os RPPSs da União, Estados e Municípios submeteram-se a novos paradigmas, tais como a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, o caráter contributivo, e a vinculação da receita previdenciária, entre outros. A partir daí, considera-se nacionalmente criada a obrigatoriedade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial dos sistemas previdenciários brasileiros - ponto de partida deste ensaio teórico para discussão acerca da nova sistemática de cálculo das aposentadorias e pensões e a extinção da paridade remuneratória.

3 A reforma previdenciária de 2003 e a extinção da paridade remuneratória

Como inúmeras questões permaneceram intocadas pela reforma de 1998, e diante dos desequilíbrios até então bastante expressivos dos RPPSs apontados pelo Ministério da Previdência Social (MPS) *apud* Pinheiro (2002), equivalentes a 61% do Produto Interno Bruto, a questão previdenciária do funcionalismo público foi objeto central de discussão na agenda política e econômica do governo em 2003.

Conforme apontado por Pinheiro (2002), questão suscitada durante o processo de negociação da 2ª onda de reformas previdenciárias no Brasil (EC 41) foi o movimento internacional de unificação dos regimes previdenciários dos servidores públicos e dos demais trabalhadores nos países membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.

Mediante estudo comparativo, Pinheiro (2002) reconheceu que as reformas realizadas por esses países tenderam a convergir ou para a unificação dos regimes de previdência especiais e o geral ou para a homogeneização das regras de ambos.

Em consequência disso, sem adentrar no mérito dos fundamentos a favor ou contra a citada unificação,⁶ em 31.12.2003, foi publicada a EC 41, que tratou, em síntese, de aproximar as regras dos RPPSs às do RGPS, sem unificar a gestão desses sistemas previdenciários, instituindo o cálculo das aposentadorias pela média, de forma a espelhar o histórico contributivo do servidor; extinguindo a garantia da paridade⁷ para as novas pensões⁸ e para as aposentadorias concedidas pela regra da média. Além disso, a Emenda 41 instituiu o caráter solidário mediante a taxação das aposentadorias e pensões dos RPPSs e criou nova sistemática de cálculo (reduzidor de 30%) para as novas pensões que superem o teto do RGPS.

Com o intuito de promover operabilidade à nova forma de cálculo das aposentadorias e pensões, em 20.02.2004, foi publicada a Medida Provisória nº 167, convertida na Lei nº 10.887. Essa lei tratou, entre outras questões, de regulamentar os dispositivos constitucionais que criaram a nova sistemática de cálculo para as pensões. Em relação ao tema, o § 7º do art. 40 da CF/88 foi dotado de eficácia com a publicação da citada MP 167.

O direito à paridade foi substituído pelo reajuste anual para recompor o poder de compra desses benefícios em virtude da variação inflacionária do ano anterior. O art. 40, § 8º, CF/88, que dispunha sobre o referido direito à paridade, foi modificado pela EC 41, passando a dispor que “é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei”.

Aludida regra de reajustamento foi dotada de eficácia com a publicação da MP nº 167, convertida na Lei nº 10.887. De acordo com a redação originária do art. 15 dessa lei, “os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os arts. 1º e 2º desta Lei serão reajustados na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social”, restando omissis em relação ao índice de reajuste a ser aplicado.

Diante disso, o MPS editou a Orientação Normativa nº 03 de 2004. Referida orientação, por seu art. 65, *caput* e parágrafo único, estabeleceu que as aposentadorias e pensões, não amparadas pela garantia da paridade, serão reajustadas para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do RGPS, de acordo com a variação do índice definido em lei pelo ente, e, com fundamento no § 12 do art. 40 da CF/88,⁹ estabeleceu que, “na ausência de definição do índice de reajustamento pelo ente, os benefícios serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios

⁵ Essa reforma se deu com a publicação da Lei nº 9.717, de 27.11.1998 e da EC nº 20, de 15.12.1998.

⁶ Ver Pinheiro (2002).

⁷ A paridade estava prevista no art. 40, § 8º, CF/88, com redação da EC 20/98, revogada pela EC 41/03, que assim previa “os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade”.

⁸ Com exceção daquelas derivadas de óbito de servidor aposentado pela regra do art. 3º da EC 47.

⁹ “Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência”.

do RGPS”.

Em 2005, publicou-se a EC 47, que, em síntese, relativamente aos RPPSs, não se consubstanciou numa verdadeira reforma previdenciária, mas apenas estabeleceu alguns ajustes, tais como: manutenção da paridade para servidores aposentados pelo art. 6º da Emenda 41; criação de regra de transição para servidores que ingressaram no serviço público até 16.12.1998; retroação dos seus efeitos a 31.12.2003; além de criar regra excepcionalíssima de extensão da garantia da paridade às pensões derivadas de óbito de servidores aposentados pelo art. 3º da EC 47.¹⁰

Alguns anos depois, em 2008, a Medida Provisória (MP) nº 431 supriu a ausência de indicação do índice a ser utilizado pelos RPPSs para o reajuste dos seus benefícios não amparados pela garantia da paridade, dando nova redação ao art. 15 da Lei nº 10.887. Segundo esse dispositivo, “os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os §§ 3º e 4º do art. 40 da Constituição Federal e art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 29 de dezembro de 2003, nos termos dos arts. 1º e 2º desta Lei, serão atualizados, a partir de janeiro de 2008, nas mesmas datas e índices utilizados para fins dos reajustes dos benefícios do regime geral de previdência social”.

Aludida MP foi convertida na Lei nº 11.784, de 2008, que deu nova redação ao citado dispositivo, preceituando que “os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os arts. 1º e 2º desta Lei serão reajustados, a partir de janeiro de 2008, na mesma data e índice em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social, ressalvados os beneficiados pela garantia de paridade de revisão de proventos de aposentadoria e pensões de acordo com a legislação vigente”.

Nesse sentido, o MPS editou a Orientação Normativa nº 02 de 2009, que revogou a Orientação Normativa nº 03 de 2004. Segundo essa nova Orientação (art. 66), a pensão, conferida ao conjunto dos dependentes do segurado falecido a partir de 20.02.2004, corresponderá à totalidade dos rendimentos do servidor falecido, até o limite máximo fixado para os benefícios do RGPS, acrescida de setenta por cento da parcela excedente a esse limite. Segundo Giambiagi (2007b), convém registrar que, apesar de os dados atuais ainda apontarem desequilíbrios atuariais bastante expressivos dos RPPSs, estes estão controlados devido às reformas previdenciárias promovidas em 1998 e 2003.

Foi nesse contexto que se instalou o dilema acerca da extinção ou não da paridade para as pensões derivadas de óbito de segurado ocorrido após a Emenda 41/2003.

4 O entendimento do TJMG acerca da extinção da paridade para as pensões

Para travarmos uma discussão segura sobre a extinção da paridade para as novas pensões, é necessário abordarmos a questão do direito adquirido e da expectativa de direito, além das regras de transição.

As origens e mazelas dos RPPSs - o que levou o legislador constituinte a promulgar as EC 20 e 41 – podem ser reconhecidas como: a benevolência dos critérios para a concessão dos benefícios, os déficits e a falta de gestão apropriada dos recursos dos RPPSs. Com essas reformas, foram criadas regras menos benevolentes e dotadas de novos paradigmas, como a criação da idade mínima de aposentadoria, necessidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, caráter contributivo e previsão de participação social na gestão previdenciária, como forma de aumentar a transparência e o controle da administração pública.

Como toda alteração nas leis previdenciárias afeta consideravelmente a expectativa de milhões de brasileiros, foram instituídas “normas de transição” para assegurar àqueles que acreditavam que seriam beneficiados pelas regras então vigentes (que possuíam mera expectativa de direito) critérios mais amenos que os novos. É dizer, as regras de transição têm por finalidade efetuar o passamento das situações jurídicas com expectativa de se consolidarem sob a égide do regime anterior para a vigência do novo sem a constrição de garantias individuais, em especial, a do direito adquirido.

Por conta disso, em matéria previdenciária, tais regras devem levar em consideração necessariamente condições individuais dos sujeitos envolvidos, como a idade e o tempo de contribuição, entre outras. Foi nesse contexto que surgiram as regras de transição. Por opção do legislador, algumas resguardaram o direito à paridade e outras não. Vejamos abaixo a tabela das regras de transição vigentes.

Tabela 1 – Regras de transição de aposentadorias e pensões – Brasil – 2011

¹⁰ “Art. 3º [...] Parágrafo único Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo”.

Regra de transição	Aplicável para qual benefício?	Garantia da paridade
Art. 2º da EC nº 41/2003	Aposentadoria	não
Art. 6º da EC nº 41/2003	Aposentadoria	sim
Art. 3º da EC nº 47/2005	Aposentadoria e pensão	sim

Referência: Elaborada pelo autor com base na legislação previdenciária.

Como o foco do trabalho se limita à análise das pensões, verificamos que, não obstante a reforma de 2003 ter eliminado a garantia da paridade para as novas pensões, a Emenda 47 criou a regra do parágrafo único do seu artigo 3º,¹¹ que, excepcionalmente, garantiu o direito à paridade para pensões derivadas de óbitos de servidores aposentados de acordo com esse artigo.

Diante de vasta pesquisa realizada no sítio eletrônico do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), constatou-se a existência de posicionamentos divergentes acerca da extinção da paridade. Enquanto alguns defendem, com esteio em variadas teses, a continuidade irrestrita e geral da paridade para as novas pensões, outros entendem que tal garantia persiste apenas, por disposição normativa excepcional, para as pensões derivadas de óbitos de servidores aposentados pelo art. 3º da EC 47/2005.

Para melhor entendimento listaremos e analisaremos a seguir uma a uma.

Tabela 2 – Teorias sobre a paridade das pensões pós-Emenda 41 – Brasil – 2011

Seq.	Posições teóricas
1	Com base na alegação do direito adquirido à paridade dos servidores que ingressaram no serviço público até 31.12.2003, o direito à paridade deve ser assegurado a todas as pensões derivadas dos óbitos desses servidores.
2	Com esteio no art. 7º da EC 41, a paridade deve ser estendida para todas as pensões de servidores aposentados com direito à paridade com óbitos pós-Emenda 41, porque a pensão é consequência lógica da aposentadoria, que já possuía o direito adquirido à paridade.
3	A paridade deve ser estendida para todas as pensões derivadas de óbitos pós-Emenda 41, ao argumento de que essa Emenda, ao reformular a forma de cálculo da pensão, determina que tais pensões devam ter o seu valor recalculado sempre que o teto do RGPS se modificar.
4	A pensão derivada de óbito ocorrido a partir de 20.02.2004 de servidor que não se aposentou pelo art. 3º da Emenda 47 não tem direito à paridade.

Referência: Elaborada pelo autor com base em decisões judiciais.

A primeira delas defende, com base na alegação do direito adquirido à paridade dos servidores que ingressaram no serviço público até 31.12.2003, que o direito à paridade deve ser assegurado às respectivas aposentadorias e pensões.

Aludida tese foi sustentada pelo Partido Popular Socialista, ao propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.096/DF,¹² questionando o teor do artigo 171 da MP nº 431/08, que deu nova redação ao art. 15 da Lei nº 10.887/04. O Partido alegou que o preceito atacado violaria o princípio da paridade estabelecido pelas ECs 41/03 e 47/05. Sustentou ainda que a norma seria constitucional quanto a sua aplicação para os servidores que ingressaram no serviço público a partir de 31.12.2003, mas que, em relação aos servidores abrangidos pela regra da paridade, ou seja, os que ingressaram no serviço público antes dessa data, o índice de reajuste estabelecido pelo artigo 171 da nº MP 431/08 seria inconstitucional. Ocorre que, como restou consignado que a MP sofreu alteração substancial, o E. Relator monocraticamente julgou prejudicada a ADI em razão da perda superveniente de objeto.

A segunda corrente, afirma, com esteio no art. 7º da EC 41, que a paridade deve ser estendida para todas as pensões derivadas de servidores aposentados com direito à paridade com óbitos pós-Emenda 41, porque a pensão é consequência lógica da aposentadoria, que já possuía direito adquirido à paridade. Veja-se ementa do acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 1.0024.07.404688-9/003, de Relatoria do E.

¹¹ O art. 3º da EC 47 criou uma regra de aposentadoria com proventos integrais para os servidores com ingresso no serviço público até 16/12/1998: a "regra dos 85/95". Para cada ano de contribuição que extrapolar os 35 de contribuição para homem ou 30, para mulher, reduzir-se-á um ano na idade mínima para a aposentadoria relativamente às idades de 60 para homem e 55, para mulher.

¹² STF, ADI 4096/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 02.03.2009. Decisão monocrática do Ministro Relator colhida no sítio eletrônico do STF (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>).

Des. Geraldo Augusto, publicado em 29.04.2008:

Pensão por morte. Emenda Constitucional 41/2003. Situação transitória. Valor do benefício. Integralidade. [...] *Em se tratando de caso em que a aposentadoria do servidor ou o preenchimento por este dos requisitos para obter tal direito ocorreram antes das modificações constitucionais, submete-se à regra segundo a qual o benefício de pensão aos seus dependentes deve se embasar nos critérios anteriores à EC nº 41/2003*, e assim o cálculo do valor do benefício e a forma de revisão destes ficam à "mercê dos critérios anteriormente adotados, que tem por base a modificação da remuneração dos servidores em atividade ou a ulterior transformação ou reclassificação de cargos, sendo a revisão processada na mesma data e na mesma proporção (art. 7º)" (grifos nossos).

A terceira posição reconhece que a paridade deve ser estendida para todas as pensões derivadas de óbitos pós-Emenda 41, ao argumento de que a EC 41, ao reestruturar a forma de cálculo da pensão, determina que tenham seus valores recalculados sempre que o teto do RGPS se modificar. Esse é o entendimento do douto Juízo da 6ª Vara da Fazenda Estadual de Belo Horizonte exarado à f. 1 da r. sentença proferida nos autos do Processo nº 0024.09.589255-0:

Necessário lembrar que a EC nº 41/03 realmente aboliu o direito à paridade, mas este acabou recuperado pela EC nº 47/03 [sic] (art. 40, § 7º, I, da CF). Desta forma, sempre que o cargo do instituidor da pensão tiver algum aumento salarial, deve este ser repassado para o montante do benefício previdenciário.

Nesse mesmo sentido, veja-se a ementa do acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 1.0024.07.743936-2/001, de relatoria do Desembargador Manuel Saramago, publicado em 06.03.2009:

Constitucional. Mandado de segurança. Pensão por morte. Concessão da ordem. O benefício de pensão por morte deve equivaler aos vencimentos ou proventos que o servidor falecido perceberia se vivo estivesse, em conformidade, porém, com as regras estatuídas pelo art. 40, § 7º, I, da Constituição da República, na redação dada pela EC nº 41/03.¹³

E a última posição, defendida por este trabalho, é aquela segundo a qual todas as pensões derivadas de óbitos ocorridos a partir de 20.02.2004 de servidores não aposentados pelo art. 3º da EC 47 não possuem direito à paridade, consoante os fundamentos apresentados na Seção 3. Em idêntica direção manifestou-se o Egrégio TJMG no julgamento da Apelação Cível nº 1.0024.07.544353-1/001, de relatoria da Des.ª Albergaria Costa, acórdão publicado em 27.01.2009, assim ementado:

Ação ordinária. Servidores públicos estaduais aposentados. Extensão do prêmio de produtividade. Alegação de direito adquirido à paridade com proventos dos servidores da ativa. *Não se admite a invocação do direito à manutenção das regras existentes ao tempo ou do ingresso no serviço público ou da aposentadoria, porque o servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico*, conforme jurisprudência remansosa do Colendo Supremo Tribunal Federal. [...] (grifos nossos)

A partir de agora, após termos apresentado as posições teóricas acerca do tema, analisaremos cada uma à luz da legislação vigorante, manifestando-nos favorável ou contrariamente aos argumentos expendidos.

Relativamente à primeira posição, defendida pelo Partido Popular Socialista, nos autos da ADI 4096/DF, segundo a qual os benefícios de aposentadoria e pensão relativos a servidores que ingressaram no serviço público antes de 31.12.2003 terão assegurados o direito à paridade, dela ousamos discordar pelas seguintes razões.

Primeiro, porque as ECs 41/03 e 47/05 extinguiram não só a integralidade desses benefícios, mas também a paridade entre estes e a remuneração do servidor ativo. Ademais, as regras de transição das ECs 41 e 47 não consubstanciam direito adquirido, mas mera expectativa de direito. E, por último, porque a legislação aplicável à concessão de pensão é aquela vigente à data do seu fato gerador (óbito), por força da aplicação do princípio *tempus regit actum*.

Nesse sentido, eis o teor do Enunciado da Súmula nº 340 do Col. Superior Tribunal de Justiça, publicada em 13/08/2007, segundo a qual, "a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado." No mesmo sentido, "em matéria previdenciária, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a lei de regência é a vigente no

¹³ TJMG, Processo nº 1.0024.07.743936-2/001(1), Rel. Des. Manuel Saramago, MG 06.03.2009.

tempo de concessão do benefício (*tempus regit actum*)”.¹⁴

Logo, tendo o óbito ocorrido a partir de 20/02/2004, as pensões não terão a garantia da paridade, excepcionando-se dessa regra as pensões derivadas de óbito de servidores aposentados pelo art. 3º da EC 47, por força do contido no parágrafo único desse mesmo dispositivo. Nessa esteira de raciocínio, o Ministério da Previdência editou a Orientação Normativa nº 02 de 2009, que, em seu art. 83, caput, assim previu:

Art. 83 - A partir de janeiro de 2008, os benefícios de aposentadoria de que tratam os arts. 56, 57, 58, 59, 60 e 67 e de pensão previstas no art. 66 (*in casu*, nova regra de cálculo), concedidos a partir de 20 de fevereiro de 2004, devem ser reajustados para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, nas mesmas datas e índices utilizados para fins de reajustes dos benefícios do RGPS, excetuadas as pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com o art. 69 (*in casu*, o art. 3º da EC 47).

Assim, a alegação de que a paridade remuneratória é devida aos servidores que ingressaram no serviço público até 31.12.2003 é desarrazoada, na medida em que estes servidores detinham, quando da publicação da EC 41, mera expectativa de se aposentarem pelas regras que garantiam a paridade. Com a vigência dessa EC, respeitados os direitos adquiridos (para os então aposentados e pensionistas e servidores que tinham completado as regras para se aposentar segundo as normas vigentes), conforme prevê o art. 7º dessa Emenda, as pensões, derivadas dos óbitos ocorridos a partir de 20/02/2004,¹⁵ não mais possuem a garantia da paridade, com exceção das derivadas de óbito de servidores aposentados pelo art. 3º da EC 47.

Já a segunda posição entende, sustentando-se no art. 7º da EC 41, que a paridade deve ser garantida para todas as pensões derivadas de servidores aposentados com óbitos ocorridos a partir de 20.02.2004, haja vista que a pensão é consequência lógica da aposentadoria que lhe antecedeu, visto que esta já possuía o direito à paridade. Mais uma vez ousamos discordar, *permissa venia*.

Primeiro, porque a pensão por morte não decorre necessariamente de uma aposentadoria, mas sim de um óbito, isso porque servidores falecem tanto como ativos quanto como aposentados. Segundo, porque aposentadoria e pensão decorrem de relações jurídicas distintas. Enquanto a primeira deriva de uma relação de trabalho (vínculo funcional), a outra, provém de uma relação de dependência econômica (vínculo familiar). Terceiro, porque o art. 7º da Emenda 41 explicita apenas o direito adquirido, reconhecendo expressamente (o que nem precisaria ser feito) o direito à paridade apenas para os benefícios abrangidos pelo art. 3º dessa Emenda, que trata apenas das aposentadorias e pensões em fruição ou que possuíam o direito adquirido na data de sua publicação.

É dizer: não há falar na extensão da paridade prevista no citado art. 7º às novas pensões (óbitos a partir de 20/02/2004), visto que tal artigo é aplicável tão somente às pensões abrangidas pelo seu art. 3º (que trata do direito adquirido), ou seja, às pensões com óbito ocorrido até 19.02.2004.¹⁶ Veja-se a sua redação:

Art. 7º - Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as *pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda*, serão revistos na mesma proporção e na mesma data [...] (grifos nossos).

Por conta disso, socorremo-nos às razões anteriormente apresentadas para discordar dessa posição. Ora, consoante entendimento jurisprudencial consolidado, como a legislação aplicável à pensão é a vigente à data do óbito e considerando que este ocorreu a partir de 20.02.2004, não há falar em paridade, com exceção das pensões derivadas de óbito de servidores aposentados pelo art. 3º da Emenda 47, conforme já explicitado.

Isso porque o § 8º do art. 40 da CF/88 foi disciplinado pela MP nº 167/04, convertida na Lei nº 10.887/04, que, em seu art. 15, com redação dada pela Lei nº 11.784/08, passou a prever que “os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os arts. 1º e 2º desta Lei serão reajustados, a partir de janeiro de 2008, na mesma data e índice em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência

¹⁴ STF, 1ª Turma, RE 510878 ED/ES, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, DJ 03.08.2007.

¹⁵ Data de entrada em vigor da MP nº 167, que disciplinou a nova sistemática de cálculo das pensões.

¹⁶ Dia anterior à vigência da Medida Provisória nº 167, ocorrida em 20.02.2004, que regulamentou o art. 40, § 7º, CF/88, que estabeleceu as diretrizes para o cálculo do valor inicial da pensão por morte.

social, ressalvados os beneficiados pela garantia de paridade de revisão de proventos de aposentadoria e pensões de acordo com a legislação vigente”.

Corroborando com nossa assertiva, o Eg. TJMG, em sentido contrário a outros julgados seus, como anteriormente apresentado, assim se manifestou:

Administrativo. Ação ordinária. Pensão por morte. Paridade de remuneração com os servidores da ativa. Óbito da instituidora pensão ocorrido após a vigência da EC Nº 41/03. Improcedência do pedido. Recurso não provido. - Após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/03, que alterou as regras para se calcular o teto das pensões previdenciárias, restou cediço que o valor da pensão a ser concedida será o valor que o instituidor da pensão recebia quando do seu óbito, acrescido dos reajustes seguintes que seriam concedidos, em razão de eventual perda do valor real da moeda, não mais se utilizando valores dos servidores da ativa ou como se vivo estivesse.¹⁷

Quanto à terceira tese, a mesma nos informa que a paridade deve ser estendida para todas as pensões derivadas de óbitos pós-Emenda 41, ao argumento de que essa Emenda, ao reformular a forma de cálculo inicial da pensão, determina que tenham os seus valores recalculados sempre que o teto do RGPS se modificar.

Todavia, *concessa venia*, dela também discordamos pelas seguintes razões. Esse entendimento equivoca-se na medida em que atrela o direito à atualização da pensão (que deveria fiar-se no conteúdo do § 8º do art. 40 da CF/88) ao teor do § 7º do art. 40 da CF/88, que trata apenas da forma de cálculo do seu valor inicial.

Não se pode confundir “cálculo do valor inicial” com “cálculo para reajuste”. O primeiro se refere à regra do § 7º do art. 40 da CF/88, e o segundo à do § 8º do mesmo artigo. Enquanto o § 7º estabelece a regra para se calcular a pensão, o § 8º apresenta a maneira para reajustá-la.

Ou seja: para as pensões derivadas de óbito pós-Emenda 41, primeiro, calcula-se o valor da pensão, nos termos do que dispõe o § 7º do art. 40 da CF/88 *c/c* o *caput* do art. 2º da Lei nº 10.887. Depois, para fins de reajuste (§ 8º do art. 40 da CF/88), aplica-se o índice do RGPS (art. 15 da Lei 10.887) e não mais os aumentos concedidos aos servidores ativos, como se vivos estivessem, devidos tão somente às pensões com direito à paridade, o que não é o caso.

Desta forma, para as pensões pós-Emenda 41 não há falar em seu recálculo sempre que o teto do RGPS vier a aumentar, até porque o cálculo do seu valor inicial se dá com base na legislação vigente à data do óbito, inclusive apurando-se o valor do teto do RGPS nesse mesmo instante. Em idêntico sentido, eis a cristalina orientação dimanada do MPS, por meio do art. 66, § 2º, da Orientação Normativa nº 02 de 2009:

Art. 66 - A pensão por morte, conferida ao conjunto dos dependentes do segurado falecido a partir de 20 de fevereiro de 2004, data de publicação da Medida Provisória nº 167, de 19 de fevereiro de 2004, corresponderá a:

[...]

§ 2º O direito à pensão configura-se na data do falecimento do segurado, sendo o benefício concedido com base na legislação vigente nessa data, *vedado o recálculo em razão do reajustamento do limite máximo dos benefícios do RGPS* (grifos nossos).

Por fim, num breve cotejo das correntes estudadas, viu-se que não há falar em direito adquirido à paridade para os servidores que ingressaram no serviço público até 31.12.2003 (1ª corrente), visto que o benefício, especialmente a pensão, tem a sua análise atrelada à lei vigente à data do óbito.

Pela mesma razão, não há como estender a paridade para as pensões de servidores aposentados com direito à paridade com óbito pós-Emenda 41 (2ª corrente), visto que a lei de regência da pensão é a vigente à data do seu fato gerador e não a que serviu de base para a concessão da aposentadoria.

Igualmente, razão não assiste à 3ª corrente, segundo a qual a Emenda 41 determina que as pensões pós-Emenda 41 devam ter seu valor recalculado sempre que o teto do RGPS se modificar. Isso porque a regra do § 7º do art. 40 da CF/88 refere-se apenas ao cálculo do valor inicial e não à forma de reajuste, que deve atender ao prescrito no § 8º desse mesmo artigo.

Por todos esses motivos, *permissa maxima venia*, a última corrente deve prevalecer, no sentido de que a pensão derivada de óbito ocorrido a partir de 20.02.2004 de servidor não aposentado pelo art. 3º da Emenda 47 não tem direito à paridade, independentemente da data de ingresso do servidor no serviço público e se ele faleceu como aposentado de acordo com regra que lhe garantia a paridade.

5 Comentários finais à guisa de conclusão

¹⁷ TJMG, Processo nº 1.0024.07.384190-0/001, Rel. Des. Edivaldo George dos Santos, MG 07.08.2009.

O objetivo geral proposto foi o de analisar as posições teóricas favoráveis e contrárias à extinção da paridade para as pensões pós-Emenda 41, visto se tratar de uma questão ainda controversa no âmbito do Eg. TJMG. Para tanto, foi feita análise acerca das razões e do conteúdo das reformas previdenciárias de 1998 e 2003. Depois, foram apresentadas as correntes teórico-jurisprudenciais e debatidas à luz da legislação previdenciária.

Ao final, ante a existência de entendimentos divergentes, o autor, com amparo no princípio do *tempus regit actum* (em que a pensão por morte rege-se pela legislação vigente à data do óbito), defende a tese de que a pensão derivada de óbito a partir de 20.02.2004 de servidor não aposentado pelo art. 3º da EC 47/2005 não tem direito à paridade, independentemente da data de ingresso do funcionário no serviço público e se faleceu como aposentado de acordo com regra que lhe garantia a paridade.

Assim, diante da divergência teórica apontada e considerando a finalidade deste artigo: a de colaborar no debate previdenciário, o que se pode concluir é a inexistência de segurança jurídica no âmbito do Eg. TJMG sobre a questão. Tal fato está a exigir dos operadores do Direito reflexões aprofundadas sobre o tema para sanear tais divergências. Sabido que a discussão de assuntos previdenciários se torna desafio intrigante na medida em que, boa parte das vezes, vem acompanhada de intensa carga emocional, o que se espera é aprofundar o debate acerca da matéria para se chegar a uma uniformização de entendimentos.

6 Referências bibliográficas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: [Senado Federal], 1988.

———. *Emenda Constitucional nº 20* de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Brasília: [Senado Federal], 1998.

———. *Emenda Constitucional nº 41* de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Brasília: [Senado Federal], 2003.

———. *Emenda Constitucional nº 47* de 5 de julho de 2005. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Brasília: [Senado Federal], 2005.

———. *Lei nº 9.717* de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. Brasília: [Senado Federal], 1998.

———. *Lei nº 10.887* de 18 de junho de 2004. Dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis nos 9.717, de 27 de novembro de 1998, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências. Brasília: [Senado Federal], 2004.

———. *Lei nº 11.784* de 22 de setembro de 2008. Dispõe sobre a reestruturação do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE, de que trata a Lei no 11.357, de 19 de outubro de 2006, [...] e dá outras providências. Brasília: [Senado Federal], 2008.

———. *Medida Provisória nº 167* de 19 de fevereiro de 2004. Dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis nos 9.717, de 27 de novembro de 1998, 9.783, de 28 de janeiro de 1999, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências. Brasília, 2004.

———. *Medida Provisória nº 431* de 14 de maio de 2008. Dispõe sobre a reestruturação do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE, de que trata a Lei nº 11.357, de 19 de outubro de 2006; [...] e dá outras providências. Brasília, 2008.

———. Ministério da Previdência Social. *Orientação Normativa MPS/SPS n. 3* de 13 de agosto de 2004. Brasília, [?].

———. Ministério da Previdência Social. *Orientação Normativa MPS/SPS n. 2* de 31 de março de 2009.

Brasília, 2009.

———. Ministério da Previdência e Assistência Social. *Livro Branco da Previdência Social*. Brasília: MPAS/GM, 2002.

———. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 340*. Brasília: [?], 13/08/2007.

———. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.096/DF*. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Presidente da República. Relator: Eros Grau. Distrito Federal, 19 de fev. 2009. Publ. 02 de mar. 2009.

———. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 510878 ED/ES*. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Olga Faustini Vervloet. Relatora: Cármen Lúcia. Distrito Federal, 19 de jun. 2007. Publ. 03 de ago. 2007.

CALAZANS, Fernando Ferreira. A extinção da paridade remuneratória para as pensões pós-emenda 41: uma questão ainda controvertida no Judiciário Mineiro. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*, p. 12-25, jan. 2012.

COIMBRA, José dos Reis Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1997.

GIAMBIAGI, Fabio. *A reforma da previdência: o encontro marcado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007a.

———. *Dezessete anos de política fiscal no Brasil: 1991-2007*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Rio de Janeiro, texto para discussão nº 1.309, nov. 2007b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0024.07.404688-9/003*. Apelantes: Laura Aparecida Guedes Maia e outro. Apelado: Ipsemg. Relator: Des. Geraldo Augusto. Belo Horizonte, 04 de mar. de 2009. Publ. 29 de abr. 2009.

———. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0024.07.743936-2/001*. Apelante: IPSEMG e outro. Apelado: Menor representado p/ mãe Maria das Graças Osório Gomes e outros. Relator: Manuel Saramago. Belo Horizonte, 29 de jan. de 2009. Publ. 06 de mar. 2009.

———. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0024.07.544353-1/001*. Apelante: Wellington Simão da Silva e outros. Apelado: Estado de Minas Gerais. Relator: Albergaria Costa. Belo Horizonte, 04 de dez. de 2008. Publ. 27 de jan. de 2009.

———. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0024.07.384190-0/001*. Apelantes: Sara Simonini de Andrade Souza e outro. Apelados: Ipsemg e outros. Relator: Des. Edvaldo George dos Santos. Belo Horizonte, 14 de jul. de 2008. Publ. 07 de ago. de 2009.

PINHEIRO, Vinícius Carvalho. Unificação de Regimes de Previdência dos Servidores Públicos e Trabalhadores Privados: Experiência Internacional. *Informe de Previdência Social*, Brasília, v. 14, n. 12, p. 1-4, dez. 2002.