

# A PARIDADE DAS PENSÕES DO REGIME PRÓPRIO PREVIDENCIÁRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: O CASO DAS PENSÕES CONCEDIDAS APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03, MAS DERIVADAS DE APOSENTADORIAS CONCEDIDAS CONFORME LEGISLAÇÃO ANTERIOR A ESSA EMENDA<sup>†</sup>

Pedro Pereira Pimenta

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceitos prévios: preparando para a caminhada. 2.1. Seguridade social – previdência social. 2.2. Visualizando o Regime Próprio Previdenciário dos Servidores Públicos no sistema previdenciário brasileiro, 2.3. Pensão. 2.4. Paridade: o que é? 3. Procurando agulha no meio das palhas *ou* removendo pedras no caminho. 3.1. Mais e mais palhas (ou pedras). 3.1.1. Lei ordinária. 3.1.2. Entendimento da Administração Pública. 3.1.3. Entendimento do Judiciário. 4. Para além das pedras: a procura de uma solução constitucionalmente justa. 4.1. Direito adquirido: o ovo de Colombo. Será? 4.2. E agora José? *Você marcha, José! José, para onde?* 4.3. Direitos fundamentais como trunfos contra a maioria: caminho a ser trilhado? 4.4. Princípio da igualdade: uma luz no fim do túnel? 4.4.1. Em busca do elemento justificador uniforme utilizado pelo poder constituinte reformador, para garantir a paridade às pensões nas EC 41/03, EC 47/05 e EC 70/12. 4.4.2. Princípio da igualdade: aplicação ao caso concreto. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

---

<sup>†</sup> Relatório da disciplina Direito Constitucional I e II, sob regência do Senhor Professor Doutor Jorge Reis Novais – Mestrado em Direito Constitucional da Faculdade De Direito, da Universidade Clássica de Lisboa – Ano Letivo 2012/2013.

## 1. INTRODUÇÃO



ma viúva bate às portas do judiciário. Traz sua causa: recebe pensão do Regime Próprio Previdenciário dos Servidores Públicos (RPPSP) desde 21/02/2005, data do falecimento de seu esposo, outrora aposentado em 04/02/1994. A pensão encontra-se defasada e a sua pretensão é a revisão desse benefício seu, pois, segundo o seu entendimento, deve-lhe ser assegurada a paridade com a remuneração dos servidores em atividade. Mas,

*“No meio do caminho tinha uma pedra  
tinha uma pedra no meio do caminho  
tinha uma pedra  
no meio do caminho tinha uma pedra.*

*Nunca me esquecerei desse acontecimento  
na vida de minhas retinas tão fatigadas.  
Nunca me esquecerei que no meio do caminho  
tinha uma pedra  
tinha uma pedra no meio do caminho  
no meio do caminho tinha uma pedra.”<sup>1</sup>*

O caso concreto motiva a investigação e a elaboração deste relatório. Requer análise de sucessivas normas constitucionais, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), passando por nada menos que 5 (cinco) emendas constitucionais. Não é um tema que dá gosto de contar, pois esse verdadeiro cipoal normativo torna complexa a compreensão da questão posta em debate. Mas é preciso encontrar uma solução constitucionalmente justa, independentemente da(s) pedra(s) no caminho. Embora ...

*“... difícil defender,  
Só com palavras, a vida,*

---

<sup>1</sup> ANDRADE, Carlos Drummond de. No meio do caminho *in* Alguma Poesia. Belo Horizonte: Edições Pindorama. 1930.

*Ainda mais quando ela é  
Esta que se vê, severina;*<sup>2</sup>

O percurso a trilhar divide-se em 3 (três) etapas: a primeira expõe sobre seguridade social, previdência social, RPPSP, pensão, paridade, subsídios necessários à localização e ao desenvolvimento do tema proposto. A segunda etapa tem por objetivo diagnosticar as nervuras no tecido normativo acerca da paridade e seus reflexos nos posicionamentos da Administração Pública e do Judiciário. E, por fim, não obstante a(s) pedra(s) no meio do caminho, apontar uma solução à luz da CF/88, tendo por foco o princípio da igualdade.

## 2. CONCEITOS PRÉVIOS: PREPARANDO PARA A CAMINHADA

### 2.1. SEGURIDADE SOCIAL – PREVIDÊNCIA SOCIAL

A CF/88 trata a seguridade social no Capítulo II, inserido no Título VIII (Da Ordem Social), definindo-a<sup>3</sup> como “*um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*”<sup>4</sup>. Como se observa, a seguridade social, gênero<sup>5</sup>, é um sistema de proteção social (um conjunto de normas<sup>6</sup>) que abrange três programas sociais: a saúde, a previdência e a assistência social, tratadas, sequencial e respectivamente, do art. 196 ao art. 200, nos arts.

---

<sup>2</sup> MELO NETO, João Cabral de. Morte e vida Severina *in* Obra completa. Volume único. Rio de Janeiro: Nova Aguilar. 1994. p. 201.

<sup>3</sup> Art. 194, *caput*.

<sup>4</sup> Esses “elementos” da Seguridade Social são expressamente considerados como direitos sociais pela CF/88, conforme se observa do seu art. 6º.

<sup>5</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 19ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2003. p. 45 e 300.

<sup>6</sup> Seguridade social somente é compreensível em face de um conjunto específico de normas (VENTURI, Augusto. Los fundamentos científicos de la seguridad social. Trad. Gregorio Tutela Cambronero. Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo e Seguridad Social. 1994. p. 274-275).

201 e 202 e nos arts. 203 e 204, sem prejuízo de outros dispositivos constitucionais. Tendo por fundamento a solidariedade<sup>7</sup>, a seguridade social constitui-se num sistema integrado de “ações”, tendo por principal agente o poder público (estado)<sup>8</sup>, que visa garantir ao indivíduo e à sua família<sup>9</sup> segurança<sup>10</sup> e tranquilidade<sup>11</sup> ao longo da vida<sup>12</sup>, atendendo-os nas contingências<sup>13</sup> sociais<sup>14</sup> (invalidez, morte, doença, idade avançada, maternidade, etc.) por meio das prestações (serviços e benefícios<sup>15</sup>) indispensáveis à manutenção das suas necessidades básicas<sup>16</sup>, evitando a diminuição da qualidade de vida.

---

<sup>7</sup> Art. 3º, I, da CF/88.

<sup>8</sup> Não é monopólio estatal, podendo a sociedade oferecer prestações da seguridade social, com fim lucrativo ou não, como se observados os exemplos contidos nos seguintes dispositivos constitucionais: a) saúde (art. 199); b) previdência (art. 202) e c) assistência social (art. 195, §7º).

<sup>9</sup> Nesse sentido: MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. Ob. Cit. p. 43.

<sup>10</sup> A segurança juntamente com a liberdade formam o sustentáculo da felicidade humana. (COIMBRA, José dos Reis Feijó. Direito previdenciário brasileiro. 5ª edição. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas. 1994. p. 50).

<sup>11</sup> QUEIROZ, Marcos de. A pensão por morte no regime geral de previdência social. São Paulo: LTr. 2006. p. 39.

<sup>12</sup> ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Comentários à lei de benefícios da previdência social. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 28.

<sup>13</sup> Os regimes previdenciários são instituídos com a finalidade de garantir aos segurados e dependentes a cobertura de determinadas contingências sociais, também chamadas de riscos sociais (ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Comentários à lei de benefícios da previdência social. Ob. Cit. p. 31). Alguns entendem que a expressão riscos sociais seria incompatível com situações estranhas à idéia de infortúnio (por exemplo: a maternidade), sugerindo o termo necessidade social (ASSIS, Armando de Oliveira. Em busca de uma concepção moderna do risco social. Revista de Direito Social. Nº 14. p. 149-173. 2004). No entanto, a expressão risco pode ser utilizada para acontecimentos venturosos (DURAND, Paul. La política contemporánea de seguridad social. Madrid: Centro Publicaciones MTSS. 1991. p. 55). Portanto, a expressão riscos sociais é empregada para denominar eventos que ocorrem no transcorrer da vida, com certeza ou probabilidade significativa, que provocam desajustes nas condições normais de vida.

<sup>14</sup> MIRANDA, Jedral Galvão. Direito da seguridade social. Rio de Janeiro: Elsevier. 2007. p. 9.

<sup>15</sup> É o que se observa no art. 194, parágrafo único, III, da CF/88.

<sup>16</sup> Necessidades que, não supridas, comprometem a existência digna do indivíduo e

## 2.2. VISUALIZANDO O REGIME PRÓPRIO PREVIDENCIÁRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

A *previdência social*<sup>17</sup>, ao seu turno, comporta divisão em dois grandes regimes<sup>18</sup>: a) *regime complementar*: constituído dos regimes complementares: a.1) *de previdência complementar privada*<sup>19</sup>: regime regrado por lei<sup>20</sup>, gerido por entidades privadas e fiscalizadas pelo poder público<sup>21</sup>, de natureza

---

de sua família. (LEITE, Celso Barroso. Conceito de seguridade social, in Curso de direito previdenciário: homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira. Coord. Wagner Balera. 5ª edição. São Paulo: LTr. 2002. p.18.

<sup>17</sup> Embora o art. 1º, da Lei 8.213/91 (lei de benefícios do Regime Geral da Previdência Social – RGPS) e alguns autores (v.g. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 9ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial. 2008. p. 111) utilizem a expressão *previdência social* como sinônimo de RGPS, não se pode negar a existência de outros regimes públicos de previdência social: regime próprio dos servidores públicos e o regime próprio dos militares. Nesse sentido: IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 12ª edição. Niterói: Editora Impetus. 2008. p. 23. Também, não se pode excluir desse conceito de “*previdência social*” o regime privado de previdência (art. 202), pois está incluso no subsistema constitucional que trata da previdência social, conforme se observa da Seção III (Da previdência social), do Capítulo II (Da seguridade social), que compõem o Título VIII (Da ordem social), da CF/88.

<sup>18</sup> Regime exprime o sentido de conjunto ordenado, coerente e sistematizado de normas que enquadram determinadas situações pessoais, tendo em vista a concretização dos objetivos protetivos (NEVES, Ilídio das. Direito da segurança social: princípios fundamentais numa análise prospectiva. Coimbra: Coimbra Editora. 1996. p. 655).

<sup>19</sup> Principais características do regime privado: a) privado; b) natureza contratual; c) filiação facultativa; d) autônomo e complementar em relação ao regime de previdência pública; e) regime financeiro de capitalização. Nesse sentido é o caput do art. 202, da CF/88, *verbis*: “*art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.*” (sublinhado)

<sup>20</sup> Tratam da previdência privada as Leis Complementares 108/01 (dispõe sobre a relação entre o poder público e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar) e 109/01 (lei básica da previdência complementar).

<sup>21</sup> Assim, a entidade de previdência privada tem a característica elementar de, na qualidade de componente do sistema brasileiro de seguridade social, estar sob a

complementar, facultativa e contratual<sup>22</sup>. A previdência complementar privada pode ser fechada<sup>23</sup> ou aberta<sup>24</sup>; a.2) *de previdência complementar pública*<sup>25</sup>: regime facultativo<sup>26</sup> e fecha-

---

vigilante cura do Poder Público (BALERA, Wagner. Sistema de seguridade social. São Paulo: LTr. 2000. p.61).

<sup>22</sup> Para tanto basta observar o disposto no art. 202, da CF/88.

<sup>23</sup> As Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), mais conhecidas como fundos de pensão, são instituições sem fins lucrativos que mantêm planos de previdência coletivos. São acessíveis exclusivamente a grupos de trabalhadores de determinada empresa ou entidade de classe, que são responsáveis por administrá-los (Art. 31, da Lei Complementar 109/01).

<sup>24</sup> As Entidades Abertas de Previdência Complementar (EAPC) são instituições com fins lucrativos que administram planos individuais e coletivos de previdência, acessíveis a qualquer pessoa física, mesmo que ele não tenha vínculo empregatício ou associativo. Essas entidades são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas (art. 36, da Lei Complementar 109/01).

<sup>25</sup> O art. 40, §15, da CF/88 estabelece que as entidades dessa previdência complementar têm natureza pública, aplicando-se-lhes, no que couber, as normas da previdência complementar privada do art. 202, da CF/88. A natureza pública significa que o regime de previdência complementar é regulado, fiscalizado e gerido pelo próprio poder público, pois vedada a gestão dos fundos pela iniciativa privada; contudo, a natureza jurídica pública do sistema previdenciário complementar do servidor público não significa atribuição de regime de direito público à entidade de previdência complementar (HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito previdenciário. 7ª edição. São Paulo: Quatier Latin. 2008. p. 600). Assim, essas entidades de previdência privada fechada serão organizadas sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos (MARTINS, Sérgio Pinto Direito da seguridade social. Ob. Cit. p. 480). Há quem pontue a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 12.618/12 (que instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo), que criaram, de forma confusa, as fundações, de natureza pública, com personalidades jurídicas de direito privado (art. 4º, §1º), dando interpretação do que entende como “*natureza pública*”, em seu art. 8º, afrontando, segundo o entendimento, o art. 40, §15, da CF/88 (SCHÜLER, Leonardo Costa. Natureza jurídica das entidades gestoras do regime de previdência complementar para os servidores públicos federais. 2012. Disponível em <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/10498>, acessado em 12/08/13). Tem-se notícia da ADI 4.863, em trâmite no STF (Supremo Tribunal Federal), mas pendente, até então, de julgamento (conforme: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4863&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>, acessado em 12/08/13).

<sup>26</sup> Se a Previdência Complementar Pública é facultativa aos que ingressarem no serviço público após a sua criação, não pode, absolutamente, ser imposta aos servidores admitidos antes da publicação da EC 41/03, e nem aos que ingressaram no serviço público após a publicação da EC 41/03 e antes da criação da previdência

do. Tem como objetivo possibilitar complementação aos benefícios previdenciários dos servidores públicos detentores de cargo efetivo, em decorrência da limitação do valor dos benefícios do RPPSP ao teto dos benefícios do RGPS (art. 40, §14 ao §16, da CF/88)<sup>27</sup>; b) *regime básico previdência*: é previdência pública, seguro *sui generis*<sup>28</sup>, que visa cobrir um conjunto amplo de contingências sociais<sup>29</sup>, de filiação compulsória, coletivo, contributivo<sup>30</sup>, é estatal<sup>31</sup>. Divide-se<sup>32</sup> em: b.1) *regime geral*<sup>33</sup> de previdência social (RGPS)<sup>34</sup>: regime ao qual estão vin-

---

complementar, com o fito de, em ambas as hipóteses, limitar-lhes o valor do benefício. Nesse sentido: TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito previdenciário. 10ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2008. p. 384.

<sup>27</sup> As definições de servidor público ocupante de cargo efetivo e de Regime Próprio Previdenciário dos Servidores Públicos (RPPSP), serão tratadas a seguir.

<sup>28</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Ob. Cit. p. 22.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência (Ascensão e queda de um regime de erros e privilégios), in A reforma da previdência social. Temas polêmicos e aspectos controvertidos. TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2004. p. 51-52.

<sup>30</sup> O estado de necessidade decorrente de uma contingência social não é o suficiente para justificar a proteção da previdência social. Requer que o indivíduo, ou quem mantém um *status* de dependência, verta contribuições ao regime previdenciário (solidariedade contributiva) para que tenha direito de exigir uma prestação previdenciária (solidariedade na contingência social). É o que se observa da estrita ligação entre a fonte de custeio e a concessão de prestações, art. 195, §5º, da CF/88. A solidariedade, portanto, justifica-se em razão do princípio da solidariedade. Ver também: DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. Curso de direito previdenciário. São Paulo: Editora Método. 2008. p. 32. IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Ob. Cit. p. 25.

<sup>31</sup> Principais características do regime público: a) criado por lei; b) filiação obrigatória; c) operado pelo poder público; e) regime financeiro de caixa.

<sup>32</sup> CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernandes Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 492.

<sup>33</sup> Como se observa do próprio nome, o RGPS é *geral*. Ou seja, o RGPS é a regra. Excepcionalmente, conforme determinação constitucional, aplicam-se as exceções (regimes próprios). Ao se observar a série de mudanças no RPPSP, implementadas pelas emendas 20/98, 41/03 e 47/05 e pela Lei 12.618/12, a tendência é a unificação da previdência social (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 22ª edição. São Paulo: Atlas. 2009. p. 552), tornando o RGPS regime previdenciário único.

<sup>34</sup> Sua legislação básica são as Leis 8.212/91 (plano de custeio) e 8.213/91 (plano de

culados todos os trabalhadores que exercem a atividade remunerada<sup>35</sup> (exceto aqueles vinculados ao regime próprio), e os respectivos dependentes. Os benefícios são definidos, mas limitados a um mínimo e a um máximo, e o reajuste é feito por critério estabelecido em lei, sem vinculação entre os proventos e os salários dos segurados em atividade<sup>36</sup>. É de competência da União<sup>37</sup> (art. 23, XXIII e art. 194, *caput*, da CF/88) e administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS); b.2) *O regime próprio de previdência*: mantido pelo poder público, cujos beneficiários são os servidores públicos detentores de cargo<sup>38</sup> efetivo<sup>39</sup> e os militares<sup>40</sup>, e os respectivos dependentes.

---

benefícios), com suas respectivas alterações e leis extravagantes.

<sup>35</sup> “No Brasil, qualquer pessoa, nacional ou não, que venha a exercer atividade remunerada em território brasileiro filia-se, automaticamente, ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, sendo obrigada a efetuar recolhimentos ao sistema previdenciário (somente se excluem desta regra as pessoas já vinculadas a regimes próprios de previdência)” (IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Ob. Cit. p. 25).

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência (Ascensão e queda de um regime de erros e privilégios), in A reforma da previdência social. Temas polêmicos e aspectos controvertidos. TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). Ob. Cit. p. 54.

<sup>37</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Ob. Cit. p. 28.

<sup>38</sup> Cargo é a mais simples e indivisível unidade de competência a ser expressa por um agente (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Apontamentos sobre agentes públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1975. p. 17), com número certo, denominação própria, retribuído pelos cofres públicos, criada (salvo o art. 51, IV e art. 52, XIII, da CF/88), extinto por lei (salvo art. 84, VI, b, da CF/88), ocupado por pessoa física (CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo brasileiro. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 472), necessariamente servidor estatutário, portanto, o vínculo é de natureza não contratual. Nesse sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 17ª edição. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 233; MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21ª edição. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 365. Cargo público existe na administração pública direta, órgãos administrativos do executivo, legislativo e judiciário da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios (restritos, esses últimos, ao executivo e ao legislativo) e na administração pública indireta, mas restrito às autarquias e às fundações autárquicas federais, estaduais, distritais e municipais (art. 173, §3º, da CF/88).

Efetivo, no sentido aqui empregado, é sinônimo de permanente (Michaelis moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. 1998. p. 765). É atribu-

to do cargo e não do servidor que o ocupa. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. Ob. Cit. p. 277), embora a expressão *efetivação* possa ser usada como sinônimo de estabilidade, pois, como se verá, é atributo do ocupante do cargo efetivo.

Cargo efetivo é aquele que necessita de concurso público para a sua titularização e pressupõe a necessidade de permanência de seu titular (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros. 1994. p. 363), pois esse tipo de cargo compõe a estrutura permanente da administração pública (CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. Regime próprio de previdência social dos servidores públicos. 2ª edição (2008). 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá Editora. 2011. p. 94). Assim, efetivo por ser predisposto a receber ocupante em caráter definitivo, com fixidez. É a maioria dos cargos públicos providos por concurso público de provas ou de provas e títulos (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. Ob. Cit. 2004. p. 277).

O cargo efetivo é distinto do cargo temporário (art. 37, IX, da CF/88), pois a prestação de serviço nesse é temporária e sua ocupação não exige concurso público, já que a própria urgência na contratação é incompatível com a demora do procedimento (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. Ob. Cit. p. 519), e, naquele, a prestação do serviço público é permanente, previamente prevista dentro do organograma da Administração Pública.

Embora o cargo efetivo e o cargo em comissão estejam previstos permanentemente na estrutura da Administração Pública, há diferença entre ambos, que consiste basicamente na forma de provimento e de exoneração, que, no caso do cargo em comissão, é livre, tendo, por consequência, a precariedade da permanência do servidor que ocupa o dito cargo (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. Ob. Cit. p. 375). O ocupante de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração não é efetivo, não adquire estabilidade (FONSECA, Tito Prates da. Lições de direito administrativo. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1943. p. 147).

Podem-se apontar, entre outras, as seguintes diferenças entre os cargos efetivos e vitalícios:

a) *Forma de ingresso no cargo*: o cargo efetivo é provido, necessariamente, por concurso público. O cargo vitalício é provido por concurso público (magistrado de primeira instância, art. 93, I, membro do Ministério Público, art. 129, §4º, ambos da CF/88) e aquele o é mediante nomeação (v.g. art. 73, §3º, art. 94, art. 101, art. 104, parágrafo único, art. 119, II, todos da CF/88);

b) No cargo efetivo, o seu titular, após o estágio probatório de três anos, adquire estabilidade (art. 41, da CF/88), enquanto que, no cargo vitalício, seu titular, quando for o caso, adquire vitaliciedade, após dois anos de exercício (v.g. art. 95, I, da CF/88);

c) *Forma de perda do cargo*: o detentor de cargo vitalício somente o perde por sentença judicial transitada em julgado, ou, se antes do vitaliciamento, quando for o caso, por decisão administrativa (art. 95, I, da CF/88). O detentor de cargo efetivo pode perder o cargo: a) segundo o art. 41, da CF/88: a.1) em virtude de sentença judicial transitada em julgado (inciso I); a.2) mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa (inciso II); a.3) mediante procedimen-

to de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (inciso III); *b*) segundo o art. 169, §3º, II, da CF/88) ante a necessidade de diminuição de despesas com pessoal para atender aos limites estabelecidos em lei complementar.

Em síntese, vitalício é o cargo no qual o ocupante só dele se desvincula em virtude de sentença judicial transitada em julgado, exoneração a pedido, aposentadoria (por tempo de contribuição, compulsória, invalidez) ou por morte. A vitaliciedade pressupõe a inamovibilidade, o ocupante vitalício tem exercício no local, onde por lei, é situado o seu cargo. (CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo brasileiro. Ob. Cit. p. 491). A vitaliciedade é condição necessária à independência dos seus ocupantes. Nesse sentido: LESSA, Pedro. Do poder judiciário. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1915. p. 29.

O cargo efetivo pode ser ocupado temporariamente por servidor não estável: o caso do servidor que não ultrapassou o período de três anos de estágio probatório (art. 41, da CF/88) ou o período de vitaliciamento – magistrados que ingressam na carreira por concurso público (art. 95, I, da CF/88) e membros do Ministério Público (art. 128, §5º, I, *a*, da CF/88). Nesse sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. Ob. Cit. p. 363. Assim, há diferença entre o atributo “*efetivo*”, que se refere ao cargo (*aspecto objetivo*) e a estabilidade (ou vitaliciedade, quando for caso), atributo do servidor (*aspecto subjetivo* – CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo brasileiro. Ob. Cit. p. 492) ocupante de cargo efetivo (ou vitalício) que ultrapassou o estágio probatório, art. 41, da CF/88 (ou o período de vitaliciamento, *v.g.*, art. 95, I, da CF/88). Efetivo é atributo do cargo e estabilidade é atributo do ocupante do cargo efetivo. Portanto, a efetividade é um pressuposto necessário da estabilidade e, sem efetividade, não pode ser adquirida a estabilidade. Nesse sentido, o STF: “*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ: § 2º DO ART. 35. LEI ESTADUAL Nº 10.219, DE 21 DE DEZEMBRO DE 1992: ART. 70, § 2º. SERVIDORES PÚBLICOS ORIUNDOS DO REGIME CELETISTA: CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO AO ESTADO: EFETIVIDADE E ESTABILIDADE: DISTINÇÃO. (...) 2. Efetividade e estabilidade. Não há que confundir efetividade com estabilidade. Aquela é atributo do cargo, designando o funcionário desde o instante da nomeação; a estabilidade é aderência, é integração no serviço público depois de preenchidas determinadas condições fixadas em lei, que se adquire pelo decurso de tempo. Precedente: RE nº 167.635. 3. O servidor que preencher as condições exigidas pelo art. 19 do ADCT-CF/88 é estável no cargo para o qual fora contratado pela Administração Pública, mas não é efetivo. Por isso não se equipara ao servidor público efetivo no que concerne aos efeitos legais que dependam da efetividade. (...)” (ADIMC 169, DJ 11/11/97). Importante ressaltar que o servidor estável, nos termos do art. 19, ADCT, da CF/88 não é efetivo (Nesse sentido, o STF: RE 187. 955, DJ 05/11/99, p. 27).*

<sup>39</sup> Algumas notas são necessárias para a compreensão do que seja servidor público detentor de cargo efetivo.

“*Nada mais difícil do que definir o que seja funcionário [servidor] público.*” (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Tratado de direito administrativo. Vol. IV. 3ª

edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1956. p. 51). Embora a doutrina aponte divergências quanto ao conceito de servidor público - funcionário público, etc. (CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo brasileiro. Ob. Cit. p. 453-467), é preciso ater-se à definição constitucional do que seja servidor público. A partir da EC 19/98 “é visível que só estão considerados os integrantes de cargo ou emprego nas pessoas jurídicas de Direito Público” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. Ob. Cit. p. 230).

A expressão *servidor público* pode ser entendida em dois sentidos (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. Ob. Cit. p. 512-513):

a) *amplo*: pessoa física que presta serviços à administração pública direta e indireta, com vínculo laborativo e mediante pagamento dos cofres públicos, também denominados de “*servidores estatais*” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. Ob. Cit. p. 230). Nesse conceito estão inseridos:

a.1) *os servidores estatutários*: investidos em cargo público (CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo brasileiro. Ob. Cit. p. 469), regidos por regime estatutário, criado por lei de uma das unidades da federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – onde estão inseridos seus direitos e obrigações, etc. Portanto, a natureza do vínculo é administrativa. O servidor estatutário pode ser:

a.1.1) *detentor de cargo efetivo* (art. 37, II, da CF/88);

a.1.2) *detentor de cargo comissionado de livre nomeação e exoneração* (art. 37, II, da CF/88);

a.1.3) *detentor de cargo temporário* (art. 37, IX, CF/88);

a.1.4) *servidor estabilizado* (art. 19, da ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, da CF/88);

Em caso de litígio entre o servidor e a Administração Pública a qual está vinculado o cargo público por ele ocupado, não obstante o art. 114, I, da CF/88 atribuir, à primeira vista, a competência à Justiça do Trabalho, são competentes: a Justiça Federal, se servidor federal (art. 109, I, da CF/88), à Justiça Estadual (se servidor estadual ou municipal, art. 125, §1º, em remissão ao art. 25, §1º, ambos da CF/88) ou o Juízo vinculado ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (se servidor do Distrito Federal, art. 21, XIII, art. 92, VII, da CF/88). Isso, conforme entendimentos do STF: ADI 492, DJ 12/03/03, p. 3.557 (art. 114, I, com redação original) e ADI 3.395, DJ 10/11/06, p. 49 (art. 114, I, com redação dada pela EC 45/04).

a.2) *os empregados públicos*: investidos em emprego público, de natureza contratual, art. 37, II, da CF/88, regidos pela mesma legislação trabalhista da iniciativa privada, Decreto-Lei 5.452/43 - Consolidação das Leis Trabalhistas, CLT, e suas leis extravagantes. Compreendem aqueles que trabalham tanto na Administração Pública direta quanto na indireta – autarquias e fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. Se a empresa exerce atividade econômica, necessariamente o regime de trabalho é o da CLT – art. 173, §1º, da CF/88. Para as demais empresas o regime celetista não é obrigatório, mas é o que se adota por ser mais adequado ao regime de direito privado a que se submetem (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. Ob. Cit. p. 515). Em caso de litígio com o seu empregador, a justiça competente é a Justiça do Trabalho (art. 114, da CF/88).

b) *restrito*: compreende os servidores estatutários: b.1) *detentor de cargo efetivo*;

## Subdivide-se nos seguintes regimes próprios:

*b.2.1) regime próprio de previdência<sup>41</sup> dos militares<sup>42</sup> (RPPM): Divide-se em:*

*b.2.1.1) regime próprio dos militares das forças armadas e seus dependentes (art. 142, §3º, X, da CF/88);*

*b.2.1.2) regime próprio dos militares estaduais e distritais e seus dependentes (art. 42, §2º, da CF/88).*

*b.2.2) regime próprio de previdência<sup>43</sup> dos servidores*

---

*b.2) detentor de cargo comissionado de livre nomeação e exoneração; b.3) detentor de cargo temporário e b.4) servidor estabilizado (art. 19, ADCT, da CF/88).*

<sup>40</sup> São as pessoas físicas que integram as forças armadas, marinha, exército e aeronáutica (art. 142, *caput*, §3º, da CF/88) e os policiais militares, compreendendo o corpo de bombeiros militares dos Estados, Distrito Federal e territórios (art. 42, da CF/88). Possuem vínculo estatutário próprio (art. 42, §1º, e art. 142, §3º, X, da CF/88) e são pagos pelos cofres públicos. Até a EC 18/98, eram considerados como espécie de servidores públicos (servidores militares). A partir dessa emenda, foram excluídos dessa categoria, sendo-lhes aplicáveis somente algumas normas referentes aos servidores públicos (v.g., art. 142, §3º, da CF/88, também estendidas aos militares dos estados, Distrito Federal e territórios, conforme art. 42, §§1º e 2º, da CF/88).

<sup>41</sup> Há quem defenda que não se pode falar em regime previdenciário dos militares, pois eles têm a inatividade integral, custeada pelos cofres públicos, sem perder a condição de militar, e “... as especificidades desta categoria dificilmente permitirão a criação de um regime securitário aturialmente viável, pois a aposentação é frequentemente precoce, seja pelas rigorosas exigências físicas ou mesmo por critérios de hierarquia, quando, por exemplo, um oficial general é compulsoriamente aposentado em razão de ter sido preterido na promoção por oficial mais moderno.” (IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Ob. Cit. p. 28).

<sup>42</sup> Diretrizes básicas traçadas pela Lei 6.880/80, e suas alterações. Essa lei federal vem servindo como arrimo jurídico, no que couber, aos militares dos Estados e Distrito Federal (GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 8ª edição. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 230).

<sup>43</sup> Há quem sustente que o RPPSP não seja, rigorosamente, previdenciário, mas, administrativo. (MODESTO, Paulo. A reforma da previdência e as peculiaridades do regime previdenciário dos agentes públicos. Revista Brasileira de Direito Público (RBDP). Ano 1. Nº 1. p. 141-183. 2003. p. 151-152; BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência (Ascensão e queda de um regime de erros e privilégios). Ob. Cit. p. 93). De fato, historicamente as aposentadorias e pensões do servidor público eram consideradas meros desdobramentos do direito administrativo. Entretanto, a partir das Emendas Constitucionais 03/93, 20/98, 41/03, 47/05 e 70/12, o que se observa é a aproximação do RPPSP do RGPS (especialmente, quando se pontua o caráter contributivo do RPPSP e o disposto no art. 40, §§1º, 3º, 4º, 8º, 12, 13, 14, 17 e 18), demonstrando a transição do caráter administrativo para o caráter previdenciário. Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. As inovações constitucionais do regime previdenciário do servidor

*públicos*<sup>44</sup> (RPPSP): Considerando a autonomia dos entes da federação (art. 18, da CF/88), à União, aos Estados (inclusive o Distrito Federal) e aos Municípios, é facultada<sup>45</sup> a criação dos respectivos regimes próprios de previdência<sup>46</sup> para os seus servidores públicos detentores de cargo efetivo<sup>47</sup> (art. 40, *ca-*

---

público. Fórum Administrativo. Vol. 1. Nº 2. p. 163-175. 2001. p. 165 e Voto da Min. Ellen Gracie, do STF, na ADI 3.105 (disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>, acessado em 13/08/13. A dúvida resta afastada em decorrência do §3º, do art. 40, da CF/88 (redação dada pela EC 41/03), que se refere, expressamente, ao RPPSP como regime previdenciário.

<sup>44</sup> Também denominado de “*regime peculiar*” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. Ob. Cit. p. 431).

<sup>45</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.) Comentários à reforma da previdência: EC n. 41/2003. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. p. 3; CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. Regime próprio de previdência social dos servidores públicos. 2ª edição (2008). Ob. Cit. p. 86-89; IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Ob. Cit. p. 31; ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Comentários à lei de benefícios da previdência social. Ob. Cit. p. 45. Há quem entenda que a criação do regime próprio dos servidores detentores de cargo efetivo é obrigatório: CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. Ob. Cit. p. 114-117.

<sup>46</sup> Como se trata de competência concorrente, art. 24, XII, da CF/88, para atender o disposto nos §§ 1º e 2º, do mesmo artigo, foi editada a lei de norma geral, Lei 9.717/98 (que 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). Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. Ob. Cit. p. 554-555; TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de direito da seguridade Social. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 22. A atribuição da União para estabelecer normas gerais do RPPSP *não implica poderes ilimitados que lhe permitam transpor o âmbito das normas gerais, para, assim, invadir, de modo inconstitucional, a esfera de competência normativa dos Estados, Municípios e Distrito Federal* (Nesse sentido, STF: ACO 830, DJe 065, public.: 11/04/08).

<sup>47</sup> Antes da EC 20/98, uma vez criado o RPPSP pela unidade da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), estavam vinculados a esse regime previdenciário todos os servidores públicos estatutários, quais sejam: *a) detentores de cargos efetivos; b) detentores de cargos comissionados de livre nomeação; c) detentores de cargos temporários e d) servidor estabilizado* (art. 19, ADCT, da CF/88). Isso em decorrência de a disposição contida no art. 40, da CF/88 (na sua redação original) não fazer ressalva alguma quanto aos participantes do RPPSP.

Com o advento da EC 20/98 o RPPSP ficou restrito aos *servidores detentores de cargo efetivo e aos detentores de cargos vitalícios*: magistrados (art. 93, VI, da CF/88), membros do Ministério Público (art. 129, §4º, da CF/88) e membros dos

put). Caso não criem o RPPSP, seus servidores estarão necessariamente vinculados ao RGPS<sup>48 49</sup>.

O RPPSP apresenta regimes de custeio e de benefícios (art. 40, da CF/88), com certas diferenças em relação ao RGPS (art. 201), mas, em caso de omissões, aplica-se no que couber, esse último<sup>50 51</sup>.

---

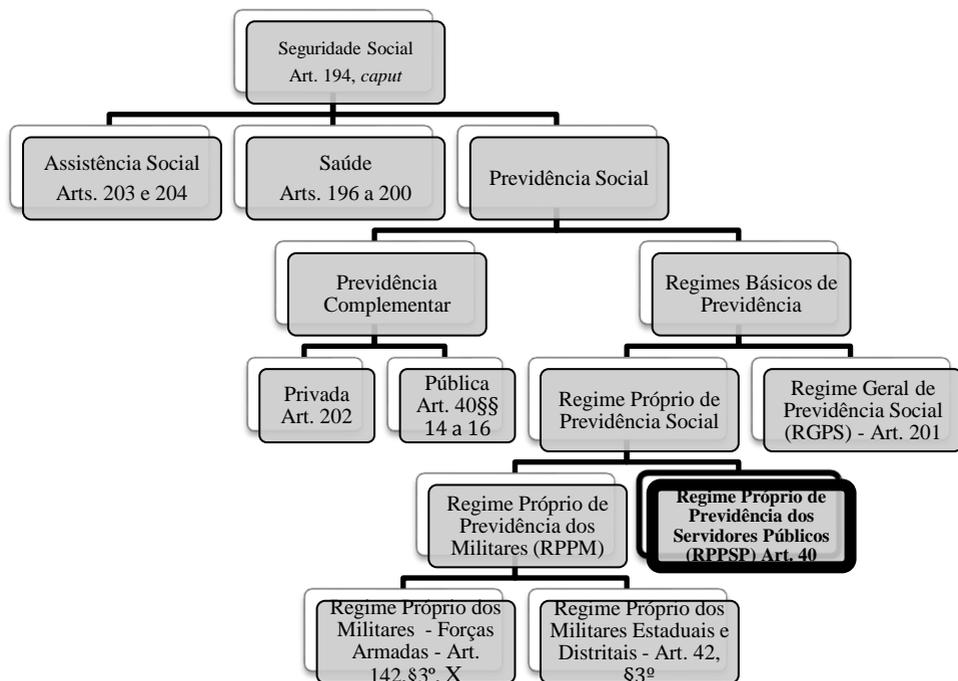
Tribunais de Contas (art. 73, §3º, e art. 75, da CF/88). Por óbvio, continuaram vinculados ao RPPSP os demais servidores já aposentados e pensionistas. Portanto, a partir de então, *não fazem mais parte do RPPSP os servidores estatutários: a) detentores, exclusivamente, de cargos comissionados de livre nomeação e exoneração (art. 40, §12, da CF/88); b) detentores de cargos temporários (art. 37, IX, da CF/88) e c) servidores estabilizados (art. 19, da ADCT, da CF/88)*. Inegável que continuaram vinculados ao RPPSP os servidores já aposentados e pensionistas.

<sup>48</sup> BRAGANÇA, Kerlly Huback. Direito previdenciário. 6ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 3-4; CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. Regime próprio de previdência social dos servidores públicos. 2ª edição (2008). Ob. Cit. p. 70; KERTZMAN, Ivan. Curso prático de direito previdenciário. 5ª edição. Salvador: Editora Podium. 2008. p. 200; IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Ob. Cit. p. 28, 31 e 469; GOES, Hugo Medeiros de. Resumo de direito previdenciário. Rio de Janeiro: Editora Ferreira. 2008. p. 4.

<sup>49</sup> Em decorrência dos §§14 e 15, do art. 40, da CF/88, ficou autorizada a criação de regime de previdência complementar para os servidores titulares de cargo efetivo, com o intuito de impor aos benefícios do regime próprio o teto de benefício do regime geral, valendo isso somente para os servidores que ingressarem no serviço público após a publicação do ato que instituir o correspondente regime de previdência complementar (art. 40, §16, da CF/88). A União, pela Lei 12.618/12, instituiu a previdência complementar para os servidores públicos dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

<sup>50</sup> Art. 40, §12, da CF/88.

<sup>51</sup> V.g, a aposentadoria especial no RPPSP está prevista no art. 40, §4º, II e III, da CF/88. Ainda não foi editada a lei complementar exigida pelo texto constitucional. O STF, através do MI 721 (DJ 30/11/07, p. 29) inaugurou sua jurisprudência, reconhecendo a mora do legislador e determinando a aplicação da regra do RGPS, no que couber, à aposentadoria especial do RPPSP, *verbis*: “**EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A DISCIPLINAR A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. 1. Servidor público. Investigador da polícia civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade. 2. Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial. 3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei n. 8.213/91”.**



*O RPPSP no sistema constitucional*

### 2.3. PENSÃO

É o benefício previdenciário tipicamente familiar<sup>52</sup> destinado a manter os dependentes do servidor, em decorrência de seu falecimento<sup>53</sup>. É considerado um dos benefícios básicos do

<sup>52</sup> RAMALHO, Marcos de Queiroz. A pensão por morte no regime geral de previdência social. São Paulo: LTr, 2006. p. 63.

<sup>53</sup> O evento morte pode ser também presumido. Nesse sentido STJ: 12.624, DJ 24/04/95, p. 10.377.

RPPSP<sup>54</sup>. Se o óbito do servidor (também denominado instituidor da pensão) ocorrer quando esse estiver em atividade, denominar-se-á *pensão originária*; quando já estiver aposentado, denomina-se *pensão derivada*<sup>55</sup>. Essa distinção é importante, pois, entre outras implicações, é útil para determinação do cálculo da renda mensal inicial<sup>56</sup> da pensão.

O fato gerador da pensão é a morte<sup>57</sup> do servidor, e, em regra, a lei aplicável é aquela em vigor quando de sua ocorrência<sup>58</sup>.

## 2.4. PARIDADE: O QUE É ?

Do latim, *paritas*, qualidade de par ou igual<sup>59</sup>, denota relação de igualdade entre duas coisas que se mostram na mesma proporção ou no mesmo valor<sup>60</sup>. É, *a priori*, *relação de igualdade* entre os valores dos benefícios do RPPSP (proventos e

---

<sup>54</sup> Quanto ao RPPSP, a Constituição prevê basicamente as aposentadorias (art. 40, §1º) e a pensão por morte (art. 40, §7º). Nesse sentido, no RGPS: art. 10, §3º, do Decreto 3.048/99. Podem existir outros benefícios no RPPSP, além das aposentadorias e pensões, tendo por parâmetro o RPPS, conforme art. 40, §12, da CF/88. Nesse sentido: art. 5º, da Lei 9.717/98.

<sup>55</sup> Há quem entenda que sempre se trata de um benefício derivado, pois pressupõe a existência de proventos ou remuneração. Nesse sentido: CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. Regime próprio de previdência social dos servidores públicos. 2ª edição (2008). Ob. Cit. p. 215.

<sup>56</sup> Conforme art. 40, §7º, I e II, da CF/88.

<sup>57</sup> STF: *AI 795.612 AgR*, DJe 120, public.: 20/06/12; *RE 228.175*, DJ 24/03/00, p. 68; *RE 207.332 ED*, DJ 10/10/97, p. 50.929. STJ: *REsp 1.105.611*, DJe 19/10/09; *REsp 1.348.823*, DJe 18/02/13.

<sup>58</sup> STF: *"A regência da pensão faz-se considerada a legislação em vigor na data do falecimento do servidor, descabendo emprestar a texto de lei ou da Constituição eficácia retroativa, no que prevista a percepção pela totalidade dos vencimentos."* (RE 273.570, DJ de 05/05/06). *No mesmo sentido*: *AI 765.377-AgR*, DJE 24/09/10; *RE 453.298-AgR*, DJ de 22/06/07. STJ: *"A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado."* (Súmula 340). Nesse sentido *REsp 889.196*, DJe 21/06/10.

<sup>59</sup> Michaelis moderno dicionário da língua portuguesa. Ob. Cit. p. 1.557.

<sup>60</sup> SILVA, De Plácido. Vocabulário jurídico. 27ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 1.006.

pensões<sup>61</sup>) e a remuneração dos servidores em atividade, garantida constitucionalmente contra artifícios governamentais,<sup>62</sup> proporcionando maior segurança e tranquilidade aos servidores públicos aposentados e aos pensionistas.

Paridade compreende dois significados<sup>63</sup>: a) aquela a ser observada *no momento da concessão* do benefício (é instantânea), quando se procura a equiparação entre o valor da renda mensal inicial do benefício do RPPSP e a remuneração do servidor em atividade; b) e aquela a ser observada *em momento posterior à concessão* do benefício do RPPSP, ou seja, no transcorrer do gozo do benefício (é continuada), para que o benefício do RPPSP (provento ou pensão) seja revisto, na mesma data e na mesma proporção, sempre que se modificar a remuneração dos servidores públicos em atividade. O primeiro sentido (a) é denominado *integralidade*<sup>64</sup>, enquanto que o se-

---

<sup>61</sup> Não se pode confundir provento, pensão, vencimento e remuneração. São institutos distintos. *Vencimento* é a retribuição pecuniária pelo efetivo exercício do cargo, art. 40, da Lei 8.112/90. *Remuneração* é o vencimento mais as vantagens pecuniárias atribuídas em lei, art. 14, da Lei 8.112/90 (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. Ob. Cit. p. 586). *Provento* é a retribuição pecuniária a que faz jus o aposentado (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. Ob. Cit. p. 267). *Pensão* é o benefício pago ao dependente do servidor falecido.

<sup>62</sup> MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Atlas. 2002. p. 947.

<sup>63</sup> CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. Regime próprio de previdência social dos servidores públicos. 2ª edição (2008). Ob. Cit. p. 204.

<sup>64</sup> Não se pode confundir *aposentadoria com proventos integrais* com *integralidade* (da base de cálculo dos proventos). O valor inicial da aposentadoria é encontrado aplicando-se um percentual sobre uma base de cálculo. Essa base de cálculo, antes da EC 41/03, correspondia à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se dava a aposentadoria [ou pensão]; hoje, não mais. Quando o percentual incidente sobre a base de cálculo (seja a remuneração integral ou não) for igual a 100%, afirma-se que os proventos da aposentadoria serão integrais. Quando o percentual for inferior a 100%, tem-se a aposentadoria com proventos proporcionais. A *aposentadoria com proventos integrais* é aquela tratada pelo art. 40, da CF/88, em sua redação original, nos incisos I e III “a” e “b”, em oposição à aposentadoria com proventos proporcionais, prevista nos incisos II e III, “c” e “d”, do mesmo artigo. Hoje, em decorrência das alterações promovidas pelas emendas constitucionais, a aposentadoria com proventos integrais é aquela prevista no art. 40, §1º, III, “a”,

gundo sentido (b) é, simplesmente, denominado *paridade*. A paridade era prevista no art. 40, da CF/88, §4º (quanto aos proventos) e §5º (quanto às pensões), ambos parágrafos em suas redações originais. A *integralidade* decorria dessas normas constitucionais, pois, ausente norma específica nesse sentido<sup>65</sup>. Daí a origem da expressão *paridade em sentido impróprio* para designar a *integralidade*<sup>66</sup>. Mas, por serem institutos distintos, com o advento da EC 20/98, foram tratados em dispositivos apartados na nova redação dada ao art. 40: a) *integralidade* nos §§1º e 3º e b) *paridade* no §8º. Em decorrência das mudanças promovidas pela EC 41/03, a paridade deixa de ser norma permanente, inserida no art. 40, tornando-se norma transitória, somente aplicável a casos específicos<sup>67</sup>, enquanto que a integralidade, em relação às pensões, restou garantida, no §7º, do art. 40, embora com um redutor de 30% (trinta por cento).

A paridade, por sua vez, não é regra absoluta, pois não implica a permanente e total igualdade entre os benefícios do RPPSP (proventos e pensões) e a remuneração dos servidores em atividade. É o caso de certas vantagens pecuniárias concedidas ao servidor em atividade<sup>68</sup>, mas relacionadas, necessari-

---

cujos requisitos são: 60 anos de idade e 35 de contribuição para os homens e 55 anos de idade e 30 de contribuição para as mulheres. Caso o servidor não alcance os 35 anos de contribuição, quando homem, ou os 30 anos de contribuição, quando mulher, poderá aposentar-se com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, desde que atinja as idades de 65 ou 60 anos, respectivamente, conforme art. 40, §1º, III, “b”, da CF/88 (redação dada pela EC 20/98).

<sup>65</sup> Quanto à integralidade no RPPSP federal, o legislador tratou a integralidade apartada da paridade, como se observa dos arts. 41, 189 e 204, da Lei 8.112/90.

<sup>66</sup> Equivalência entre a remuneração e os proventos, ou pensão, no momento da concessão desses benefícios previdenciários (CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. Regime próprio de previdência social dos servidores públicos. 2ª edição (2008). Ob. Cit. p. 204).

<sup>67</sup> V.g. art. 3º e art. 7º, da EC 41/03. A evolução da paridade, a partir da CF/88, será analisada com mais detalhes no *item 3* a seguir.

<sup>68</sup> STF: ADI 575, DJ: 25/06/99, p. 2: “EMENTA: (...) II. Proventos de aposentadoria: a regra de extensão aos inativos das melhorias da remuneração dos correspondentes servidores em atividade (CF, art. 40, §8º, cf. EC 20/98) não implica a permanente e absoluta paridade entre proventos e vencimentos, dado que nos últimos

amente, ao *efetivo exercício* do cargo ou ao *desempenho de atividades* em circunstâncias especiais<sup>69</sup>. Portanto, a paridade só é reconhecida se os benefícios e as vantagens são de caráter geral, não importando o nome adotado pela lei<sup>70</sup> ao acréscimo pecuniário, se gratificação, abono, vantagem, etc.<sup>71</sup>. Se não condicionado ao efetivo exercício do cargo ou outras circunstâncias especiais ligadas à atividade<sup>72</sup>, entende-se aplicável a

---

*se podem incluir vantagens pecuniárias que, por sua natureza, só podem ser atribuídas ao serviço ativo (...).*”

<sup>69</sup> Como se observa da seguinte ementa: “ESTADO DE SÃO PAULO. LEI COMPLEMENTAR Nº 744/93. SUPERVISORES DE ENSINO. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. PRETENDIDA EXTENSÃO AOS INATIVOS. Vantagem funcional substanciadora de incentivo aos integrantes da categoria dos Supervisores de Ensino, enquanto no exercício de sua atividade específica. Tanto é assim, que não apenas é ela calculada com base em índices variáveis segundo a natureza das unidades escolares vinculadas ao respectivo setor de trabalho, mas também, principalmente, por não ser devida em períodos de afastamento do servidor, nem incorporável aos vencimentos (arts. 2º, 5º e 6º do diploma legal em referência). Recurso não conhecido.” (STF: RE 223.881, DJ 13/08/99, p. 20). Nesse sentido os seguintes julgados do STF: RE-AgR 469.256, DJ 05/05/06; RE 213.806, DJ 23/04/99.

<sup>70</sup> STF, RE 590.260, DJe 200, public.: 23/10/09.

<sup>71</sup> Registra-se, inclusive, que o STF entendeu que determinado *rateio de reserva relativo a prêmio de produtividade*, embora ostentasse esse nome, não era condicionado à produtividade do servidor público, dele fazendo jus os servidores em efetivo exercício do cargo e aqueles afastados em circunstâncias especificadas na lei. Assim, reconheceu que a vantagem tinha natureza geral e devia ser estendida aos proventos e pensões. (AR 1.536, DJ 06/09/07, p. 37).

<sup>72</sup> É o caso da gratificação de desempenho de atividade de seguridade social e do trabalho (GDASST), instituída pela Lei 10.483/02: embora, *a priori*, de natureza *pro labore faciendo*, não houve regulamentação das avaliações de desempenho necessárias para a concessão da referida gratificação. Assim, o STF entendeu que tal omissão transmutou a GDASST em uma gratificação de natureza genérica, extensível aos servidores inativos e pensionistas (RE 572.052, DJe 071, public.: 17/04/09).

Nesse sentido caminhou a jurisprudência do STF, inclusive, quanto à análise da gratificação de desempenho de atividade técnico-administrativa – GDATA (instituída pela Lei 10.404/02), que, a primeira vista parecia *pro labore faciendo*, mas concedia pontuação mínima a todos os servidores ativos, acrescida de pontuação, conforme desempenho. Quanto à pontuação mínima, o STF entendeu tratar de gratificação genérica, devendo ser estendida aos proventos e pensões, ensejando a edição da Súmula Vinculante nº 20. Essa súmula, embora referente à GDATA, está servindo de paradigma para análise de outras gratificações, v.g. RE 635.184 AgR, DJe 199, public.: 10/10/12; AI 716.896 AgR, DJe 187, public.: 29/09/11.

regra da paridade.

Como critério de revisão periódica, a paridade não se restringe à revisão de que trata o art. 40, §8º, da CF/88<sup>73</sup> (redação dada pela EC 41/03). Para além dessa norma, em decorrência da paridade (uma vez reconhecida), são estendidos aos proventos e pensões do RPPSP: a) o disposto no art. 37, X (revisão anual) e b) quaisquer benefícios ou vantagens concedidos aos servidores ativos, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou do qual decorreu a pensão<sup>74</sup>.

Cumprе registrar que não se aplicam à paridade os limites previstos nos incisos I e II do §7º, do art. 40, pois é regra aplicada à integralidade, no momento da concessão da pensão, distintamente da regra da paridade, aplicada ao longo do período de gozo do benefício, pressupondo o benefício já concedido. No entanto, aplica-se às revisões decorrentes da regra da paridade o limite ao teto salarial dos servidores públicos previsto no art. 37, XI, da CF/88 (redação dada pela EC 19/98, depois modificada pela EC 41/03)<sup>75</sup>.

### 3. PROCURANDO AGULHA NO MEIO DAS PALHAS OU REMOVENDO PEDRAS NO CAMINHO

É preciso se debruçar sobre a evolução normativa do art.

---

<sup>73</sup> Não se pode olvidar que aposentadorias e pensões do RPPSP têm natureza previdenciária, como afirmado, dado que o art. 40, §8º (inserido pela EC 41/03) replica, totalmente, o disposto no art. 201, §4º, da CF/88.

<sup>74</sup> A paridade somente faz sentido se referir-se ao mesmo cargo. Nesse sentido STF: RE 219.075, DJ: 29/10/99 e RMS 25.841, DJe 94, public.: 20/05/13.

<sup>75</sup> Nesse sentido: “*EMENTA: Agravo Regimental em Suspensão de Segurança. 2. Observância do limite remuneratório estabelecido pelo art. 37, XI, da Constituição de República, com redação dada pela Emenda Constitucional 41/2003, sobre os proventos de servidor aposentado. 3. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento segundo o qual a percepção de proventos ou remuneração por integrantes de Tribunal acima do limite estabelecido no art. 37, XI, da Constituição da República, enseja grave lesão à ordem pública. (...) 5. Agravo Regimental conhecido e improvido.*” (STF: SS 3.763 AgR, DJe-191, public.: 09/10/09).

40, da CF/88, em que originariamente era tratada a paridade. Esse artigo foi modificado por cinco Emendas Constitucionais (ECs): nº 03/93 (17/03/93) nº 20/98 (16/12/98), nº 41/03 (19/12/03), nº 47/05 (05/07/05) e nº 70/12 (29/03/12), cada uma com suas respectivas regras de transição, não poucas, que, embora não inseridas no corpo do art. 40, da CF/88, fazem remissão entre si, revogam dispositivos umas das outras, sobrepoem-se, etc. Embora não seja de boa técnica a transcrição de textos legais, isso faz-se necessário, para diagnosticar a patologia normativa e, conseqüentemente, indicar uma solução possível.

A paridade dos *proventos* e da *pensão* com a *remuneração* dos servidores em atividade era assegurada pelo art. 40 §§4º e 5º, em sua redação original, *verbis*:

*“Art. 40. O servidor será aposentado: (...)*

*§4º. Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.*

*§ 5º. O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.”* (sublinhado).

Com a promulgação da EC 20/98 mudou-se a redação do §4º, do art. 40, da CF/88, mas a paridade, tanto das aposentadorias quanto das pensões, foi garantida pelo §8º, do mesmo artigo:

*“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...)*

*§8º. Observado o disposto no art. 37, XI, 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, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, *inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.*” (sublinhado).

A EC 41/03 deu nova redação ao §8º, do art. 40, suprimindo a paridade do corpo do art. 40, da CF/88:

*“Art. 40. (...)*

*§8º. É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.”*

Desde então, a paridade deixou de ser norma permanente, reconhecida a todas as aposentadorias e pensões e tornou-se norma transitória, garantida a determinadas aposentadorias e pensões (art. 3º e art. 7º): *a)* àquelas já em gozo na data da publicação da EC 41/03<sup>76</sup> e *b)* àquelas cujos requisitos para a concessão foram implementados até a data da publicação da EC 41/03. Vide:

*“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.*

*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, sempre que se mo-*

---

<sup>76</sup> A EC 41/03 foi publicada em 31/12/03, conforme Diário Oficial da União, Ano CXL, n° 254, seção 1, p. 1-3.

dificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, *inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.*” (sublinhado).

Digno de nota é o histórico da PEC 40/03, que deu origem à EC 41/03. Essa PEC tramitou no Congresso Nacional em “*tempo recorde*”<sup>77</sup>. Enviada ao Congresso Nacional quatro meses após a posse do novo governo<sup>78</sup>, a PEC foi aprovada em dois turnos pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal<sup>79</sup> e promulgada em 19/12/03<sup>80</sup>. Não obstante as justificati-

---

<sup>77</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. Ob. Cit. p. 74.

<sup>78</sup> Diário do Senado Federal, de 29/08/03, p. 25.267.

<sup>79</sup> Art. 60, §§2º e 3º, da CF/88.

<sup>80</sup> Na Ação Penal nº 470 (vulgo mensalão), em trâmite no STF, foram apontados fatos referentes à compra de votos de parlamentares para a aprovação de “*projetos de interesse do governo*”. Entre esses projetos encontra-se a PEC 40/03, que deu origem à EC 41/03. Tal fato mereceu do Ministro Celso de Melo, do STF, as seguintes considerações, em seu voto de 01/10/12: “(...) *Este processo criminal revela a face sombria daqueles que, no controle do aparelho de Estado, transformaram a cultura da transgressão em prática ordinária e desonesta de poder, como se o exercício das instituições da República pudesse ser degradado a uma função de mera satisfação instrumental de interesses governamentais ou desígnios pessoais. (...) O conceito de República aponta para o consenso jurídico do governo das leis e não do governo dos homens, ou seja, aponta para o valor do Estado de Direito. O governo das leis obstaculiza o efeito corruptor do abuso de poder, das preferências pessoais dos governantes por meio da função equalizadora das normas gerais, que assegura a previsibilidade das ações pessoais e, por tabela, o exercício da liberdade. (...) E numa República as boas leis devem ser conjugadas com os bons costumes dos governantes e dos governados que a elas dão vigência e eficácia. A ausência de bons costumes por parte dos governantes leva à corrupção, que significa destruição (...). O espírito público da postura republicana é o antídoto do efeito deletério da corrupção. (...) É importante destacar as gravíssimas consequências que resultam do ato indigno e criminoso do parlamentar que comprovadamente vende o seu voto, comercializa a sua atuação legislativa em troca de dinheiro ou outras vantagens. Só vale destacar, de passagem, senhor presidente, a gravidade das consequências do ato do parlamentar que se deixa corromper. Consequências de natureza penal, constitucional e também institucional. Mas vale pensar sobre a validade ou não do ato legislativo decorrente de corrupção parlamentar (...). Essa é uma situação que*

vas do governo<sup>81</sup>, essa rápida tramitação se deu mesmo envolvendo: *a)* mudanças profundas e de grandes extensões no RPPSP; *b)* direitos sociais consistentes em normas protetivas ao indivíduo em face das contingências sociais; *c)* relações jurídicas previdenciárias de longuíssimo prazo; *d)* relações jurídicas marcadas por conflitos intertemporais de normas; *e)* relações jurídicas compreendendo todos os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); *f)* relações jurídicas que alcançavam, *diretamente*, cerca de 8.000.000 (oito milhões) de pessoas<sup>82</sup>. O resultado dessa tramitação açodada

---

*se aplica, claramente, às sentenças quando proferidas por juízes corruptos. O eminente ministro Fux aí está para confirmar este aspecto que é muito delicado. Alguns autores sustentam que haveria inconstitucionalidade no ato legislativo decorrente de corrupção parlamentar. Esses vergonhosos atos de corrupção parlamentar profundamente levianos quanto à dignidade e à respeitabilidade do Congresso Nacional, atos de corrupção alimentados por transações obscuras, devem ser condenados e punidos com o peso e o rigor das leis dessa república porque esses vergonhosos atos que afetam o cidadão comum, privando-o de serviços essenciais, colocando-os à margem da vida, esses atos significam tentativa imoral e ilícita de manipular criminosamente à margem do sistema funcional do processo democrático e comprometendo-o.”* disponível em:

(<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP470mCM.pdf>) acessado em 05/10/12.

<sup>81</sup> Nesse sentido, a Mensagem 156/03 do Presidente da República, ao encaminhar a PEC 40/03 ao Congresso Nacional (Diário da Câmara dos Deputados, 07/06/03, p. 26.025/26.026) acompanhada da E.M.I. 29 – MPS/CCIVIL-PR, de 29/04/03. Disponível em:

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=129815&filename=Tramitacao-PEC+40/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=129815&filename=Tramitacao-PEC+40/2003), acessado em 20/05/13.

<sup>82</sup> Hoje, eis a estatística do RPPSP:

União		Estados, DF e Municípios	Totais
<i>Servidores ativos</i>	737.175	4.826.354	5.563.529
<i>Servidores aposentados</i>	395.462	1.859.610	2.255.072
<i>Pensionistas</i>	266.276	665.730	932.006
<b>Totais</b>	<b>1.398.913</b>	<b>7.351.694</b>	<b>8.750.607</b>

Dados da União em 12/12. Disponível em:

<http://www12.senado.gov.br/orcamento/documentos/ldo/2014/elaboracao/projeto-de-lei/2014/anexo-iv.6-2013-avaliacao-atuarial-do-regime-proprio-de-previdencia-social-dos-servidores-civis> acessado em 12/08/13.

Dados dos Estados, Distrito Federal e Municípios em 2012. Disponível em <http://www.mpas.gov.br/conteudoDinamico.php?id=1084> acessado em 12/08/13.

não podia ser diferente. Ainda em trâmite a PEC 40/03, já nos debates no Senado Federal, percebeu-se que a reforma previdenciária pretendida pela PEC 40/03 tinha pontos falhos e necessitava de ajustes<sup>83</sup>. Emendas dos senadores à PEC eram certas e necessárias. Isso significava o retorno da PEC à Câmara dos Deputados para aprovação das mudanças efetuadas no Senado. Era o que menos queria o governo, pois a meta era a promulgação da emenda até o final de 2003<sup>84</sup>. Para evitar esse retorno, por intermédio de parlamentares de sua base, o governo propôs a *PEC paralela*<sup>85</sup>, que continha as ditas mudanças acertadas com os partidos a serem feitas na *PEC principal* (PEC 40/03). Na prática, ainda em trâmite a PEC 40/03, iniciou-se "*uma reforma da reforma*", que, entre as diversas questões, tratou da paridade<sup>86</sup>, amenizando algumas consequências da transição do anterior regime para o regime almejado pelo governo<sup>87</sup>. A conclusão é que a EC 41/03 já nasceu, *reconhecida*, com defeitos congênitos, necessitando de ajustes. Em decorrência da *mea culpa* do governo, é promulgada EC 47/05 e, posteriormente, a EC 70/12. Esse, em síntese, foi o contexto

---

<sup>83</sup> Parecer nº 1.032, de 2005, do RELATOR: Senador Rodolpho Tourinho na chamada *PEC Paralela*. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/6285.pdf> acessado em 08/05/13.

<sup>84</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Ob. Cit. p. 614.

<sup>85</sup> "*A PEC 227/04, cognominada "PEC paralela", teve sua origem no Senado Federal, no curso da discussão sobre a reforma previdenciária que então se travava naquela Casa. Todo seu conteúdo é correlacionado com as alterações produzidas pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003.*" (Parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados à *PEC paralela*, relator, Deputado José Pimentel. Disponível em

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=205416&filename=PRL+1+PEC22704+%3D%3E+PEC+227/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=205416&filename=PRL+1+PEC22704+%3D%3E+PEC+227/2004) acessado 10/05/13).

<sup>86</sup> Conforme <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u55782.shtml> acessado em 08/08/13.

<sup>87</sup> Parecer do Relator, Deputado Maurício Rands, de 04 de fevereiro de 2004, à *PEC paralela*. Disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=196851&filename=PRL+1+CCJR+%3D%3E+PEC+227/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=196851&filename=PRL+1+CCJR+%3D%3E+PEC+227/2004) acessado em 10/05/13.

no qual surgiram as ECs 47/05<sup>88</sup> e 70/12.

A EC 47/05 tratou da paridade em dois dispositivos:

a) art. 2º, que estendeu a paridade prevista no art. 7º, da EC 41/03, à hipótese de aposentadoria do art. 6º, da EC 41/03, e, também, à pensão dela derivada:

*“Art. 2º. Aplica-se aos proventos de aposentadorias dos servidores públicos que se aposentarem na forma do caput do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o disposto no art. 7º da mesma Emenda.” Art. 2º EC 47/05. (sublinhado).*

*“Art. 6º. Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda<sup>89</sup> poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no §5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições: I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher; II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.” (art. 6º, da EC 41/03).*

b) art. 3º, que estendeu a paridade ao servidor ingressado no serviço público até a data de publicação da EC 20/98, 16/12/98<sup>90</sup>, estendida, também, a paridade à pensão derivada dessa aposentadoria:

---

<sup>88</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. Ob. Cit. p. 75.

<sup>89</sup> A EC 41/03 foi publicada em 31/12/03, conforme Diário Oficial da União, Ano CXL, nº 254, seção 1, p. 1-3.

<sup>90</sup> A EC 20/98 foi publicada em 16/12/98, conforme Diário Oficial da União, Ano CXXXVI, nº 241-E, seção 1, p. 1-2.

*“Art. 3º. Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria; III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, §1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.*

*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.” (sublinhado).

A EC 70/12, originada da PEC 270/08, por medida de justiça, teve, também, como intuito aprimorar as reformas da EC 41/03<sup>91</sup>. Deferiu a paridade à aposentadoria por invalidez, desde que o servidor tenha ingressado no serviço público até a data de publicação da EC 41/03 (31/12/03), estendendo a paridade à pensão decorrente dessa aposentadoria, conforme art. 6º-A, acrescentado à EC 41/03, pelo art. 1º, da EC 70/12:

*“Art. 1º. A Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 6º-A:*

*Art. 6º-A.. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e*

---

<sup>91</sup> Justificativa apresentada pela autora da PEC, Deputada Andreia Zito. Disponível em

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=582378&filename=Tramitacao-PEC+270/2008](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=582378&filename=Tramitacao-PEC+270/2008), acessado em 15/05/13.

*fundações*, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional<sup>92</sup> e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, *com fundamento no inciso I do §1º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal.*

*Parágrafo único.* Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no caput o disposto no art. 7º desta Emenda Constitucional, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores." (sublinhado).

Embora as ECs 41/03, 47/05 e 70/12 assegurem regras de transição, garantida, desde que observados determinados requisitos, paridade às pensões, essas emendas ignoram as seguintes hipóteses de pensões decorrentes de:

- a) *falecimento* do servidor *após* a publicação da EC 41/03 (31/12/03), cuja pensão deriva de *aposentadoria concedida antes* da publicação dessa emenda;
- b) *falecimento* do servidor *após* a publicação da EC 41/03 (31/12/03), cuja pensão deriva de *aposentadoria concedida após* a publicação dessa emenda, mas, *cujos requisitos são preenchidos antes* da publicação da EC 41/03.

Percebe-se a omissão dos dispositivos da CF/88 e das Emendas Constitucionais 41/03, 47/05 e 70/12, quanto ao reconhecimento da paridade às pensões mencionadas nas hipóteses “a” e “b”, supramencionadas.

### 3.1. MAIS E MAIS PALHAS (OU PEDRAS)

---

<sup>92</sup> A expressão “até a data de publicação desta Emenda Constitucional”, refere-se à EC 41/03, pois o art. 1º, da EC 70/12, acrescentou o art. 6º-A à EC 41/03. Tanto que o parágrafo único do art. 6º-A menciona o art. 7º da EC 41/03, utilizando a expressão “art. 7º desta Emenda”. E o art. 2º, da EC 70/12, determina que diferenças serão devidas a partir de 01/01/04, data posterior à publicação da EC 41/03 (31/12/03).

### 3.1.1. LEI ORDINÁRIA

Em observância ao §7º, *caput*, do art. 40, da CF/88 e demais dispositivos constitucionais (com as alterações promovidas pela EC 41/03), foi editada a Medida Provisória (MP) 167, de 19/02/04<sup>93</sup>, convertida posteriormente na Lei 10.887, de 18/06/04. Trata-se de norma geral<sup>94</sup>, como se observa de seus dispositivos (*v.g.* art. 1º), aplicável, por isso, aos RPPSPs da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Lei 10.887/04 tratou da paridade em seu art. 15, fazendo remissão aos seus arts. 1º e 2º. Em síntese, segundo o dispositivo legal, a toda e qualquer pensão concedida a partir de 20/02/04<sup>95</sup> a revisão seria, necessariamente, pelo *índice aplicado ao RGPS*, nos termos do seu art. 15 (em sua redação original)<sup>96</sup>. Esse artigo levou em consideração a extinção da paridade como norma permanente (§8º, do art. 40), garantida como norma transitória aplicada às situações previstas nos arts. 3º e 7º, da EC 41/03<sup>97</sup>.

Para se adequar às alterações promovidas pela EC 47/05 (que garantiu a paridade a outras situações)<sup>98</sup>, o art. 15, da Lei 10.887/04 passou por duas redações<sup>99 100</sup>, prevendo, desde en-

---

<sup>93</sup> Publicada no DOU de 20/02/04, data em que entrou em vigor, conforme seu art. 9º.

<sup>94</sup> Art. 24, XII e §1º, da CF/88.

<sup>95</sup> Mudança importante refere-se ao termo inicial para aplicação da regras da EC 41/03 (e das ECs que fazem remissão a ela: ECs 47/05 e 70/12), para essa MP, deixa de ser a data da publicação da EC 41/03 (31/12/03) e passa a ser a data da publicação da MP 167/04 (20/02/04), como se depreende dos seus arts. 1º e 2º. Mas, para evitar mais dificuldades e confusões ao tema, será adotada a data da publicação da EC 41/03 (31/12/03).

<sup>96</sup> “Art. 15. 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.”

<sup>97</sup> Aos que já estavam em gozo de benefício até a data da publicação da EC 41/03 e aos que já tinham preenchido os requisitos para a concessão da pensão até essa data.

<sup>98</sup> Art. 6º, da EC 41/03 (conforme art. 2º, da EC 47/05) e art. 3º, da EC 47/05.

<sup>99</sup> a) Redação dada pela MP 431/08 (publicada no DOU de 14/05/08 e que entrou

tão, exceção à regra de *revisão pelo índice aplicado ao RGPS*, ou seja, a aplicação da paridade aos benefícios com essa garantia (atualmente: art. 3º, art. 6º, art. 7º, da EC 41/03, art. 3º, da EC 47/05 e art. 6º-A, da EC 41/03, acrescentado pela EC 70/12).

### 3.1.2. ENTENDIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nos termos da Orientação Normativa MPS/SPS 02, de 31/03/09<sup>101</sup>, que dispõe sobre as aplicações das normas gerais aos RPPSPs da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a Administração Pública somente reconhece a paridade às seguintes pensões:

- em gozo na data da publicação da MP 167/04 (art. 7º, da EC 41/03)<sup>102</sup>;
- cujos requisitos foram implementados *antes* da data da publicação da MP 167/04 (arts. 3º e 7º, da EC 41/03)<sup>103</sup>;

---

em vigor na data de sua publicação, conforme seu art. 175): “*art. 15. 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.”

b) Redação dada pela Lei 11.784/08 (publicada no DOU 23/09/04 e que entrou em vigor na data de sua publicação, conforme seu art. 177): “*Art. 15. 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.*” (sublinhado)

<sup>100</sup> O STF concedeu medida cautelar na ADI 4.582, restringindo a aplicabilidade do preceito contido no art. 15, da Lei 10.887/04, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei 11.784/08, aos servidores ativos e inativos bem como aos pensionistas da União, conforme DJE 028, public.: 09/02/12.

<sup>101</sup> Disponível em <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/56/MPS-SPS/2009/2.htm>, acessado em 13/08/13.

<sup>102</sup> Art. 84, da ON MPS/SPS 02, de 31/03/09.

<sup>103</sup> Art. 84, da ON MPS/SPS 02, de 31/03/09.

- derivada da aposentadoria prevista no art. 3º, da EC 41/03 (art. 7º, da EC 41/03)<sup>104</sup>;

É também reconhecida pela Administração Pública a paridade à pensão derivada de aposentadoria por invalidez (art. 6º-A, da EC 41/03, com redação dada pela EC 70/12), conforme itens 29 e 30, da Nota técnica 02/2012/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, de 07/05/12<sup>105</sup>.

A Administração Pública desconsidera a paridade às pensões, cujo falecimento do servidor tenha ocorrido após a publicação da EC 41/03 (31/12/03), mas derivada de: *a*) aposentadoria concedida *antes* dessa data; *b*) aposentadoria concedida *após* essa data, cujos requisitos foram implementados em data *anterior* à publicação da EC 41/03.

Além disso, a Administração restringe ainda mais a paridade, pois entende<sup>106</sup> que não se aplica a paridade à pensão derivada da aposentadoria prevista no art. 6º, da EC 41/03<sup>107</sup>, desconsiderando o art. 7º da EC 41/03 aplicado à espécie, por determinação do art. 2º, da EC 47/05<sup>108</sup>, além de contrariar a Lei 11.784/08<sup>109</sup>, que em *diversos dispositivos reconhece a paridade à pensão derivada da aposentadoria prevista no art. 6º, da EC 41/03*<sup>110</sup>.

---

<sup>104</sup> Art. 83, da ON MPS/SPS 02, de 31/03/09, ao fazer remissão ao seu art. 69.

<sup>105</sup> Disponível em [http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3\\_120507-174747-049.pdf](http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_120507-174747-049.pdf), acessado em 13/08/13.

<sup>106</sup> Nesse sentido: Nota Explicativa 02/2008 CGNAL/DRPSP/SPS/MPS dirigida a todos os RPPSPs.. Disponível em [http://www.mps.gov.br/arquivos/office/4\\_081211-150639-832.pdf](http://www.mps.gov.br/arquivos/office/4_081211-150639-832.pdf), acessado em 14/08/13.

<sup>107</sup> Há quem se filie a esse entendimento: CALAZANS, Fernando Ferreira. A extinção da paridade remuneratória para as pensões pós-emenda nº 41 – Uma questão ainda controversa no Judiciário Mineiro. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte (RPGMBH). Ano 5. Nº 9. p. 92-107. 2012. p. 102-103.

<sup>108</sup> Em entendimento contrário ao posicionamento dessa nota da Administração Pública: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. Ob. Cit. p. 571.

<sup>109</sup> Essa lei foi a que alterou o art. 15, da Lei 10.887/04, para adequá-lo às alterações promovidas pela EC 47/05.

<sup>110</sup> v.g, a) art. 2º, que acrescentou à Lei 11.357/06 os seguintes dispositivos: a) art. 7º, §10, II, *a* e art. 7º-A, §4º, II, *a*; b) art. 8º, que acrescentou os seguintes dispositivos à Lei 11.233/05: art. 2º, §4º, II, *a*; art. 2º-E, §4º, II, *a*, e c) art. 26, que acrescen-

### 3.1.3. ENTENDIMENTOS DO JUDICIÁRIO

O já confuso tecido normativo é agravado pela confusão que se faz entre *paridade* e *integralidade*. Acrescenta-se a isso a existência de decisões divergentes (inclusive num mesmo tribunal) que analisam as questões: *a)* sob a ótica do direito adquirido, na linha das Súmulas 349/STF<sup>111</sup> e 340/STJ<sup>112</sup>; *b)* como se a pensão fosse uma decorrência lógica da aposentadoria, v.g, alguns acórdãos:

*“EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - SERVIDOR FALECIDO APÓS A EDIÇÃO DA EC N. 41/2003 - CÁLCULO DO VALOR DO BENEFÍCIO - APLICAÇÃO DO ART. 40, §§ 7º, I, e 8º - "TEMPUS REGIT ACTUM" - FIM DA PARIDADE - INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO - SEGURANÇA DENEGADA 1. Falecendo, o servidor, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 41/2003, que pôs fim à integralidade e à paridade do benefício da pensão por morte, o cálculo e o reajustamento de seu valor devem se dar na forma da legislação em vigor, porquanto, em se tratando de benefícios previdenciários, a lei aplicável é aquela vigente à data do fato gerador. 2. A pensionista não faz jus à percepção do benefício no valor que o servidor receberia seus proventos, se vivo estivesse, mas apenas ao reajustamento segundo índices oficiais, consoante prevê a redação do §8º do art. 40 dada pela EC n. 41/03. 3. Ausência de demonstração de que a pensão tem sido paga a menor, ou de inobservância aos §§7º, I e 8º do art. 40 da CR/88. (...).” (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0024.10.243217-6/001, DJ 03/05/13).*

*EMENTA: PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003 - SITUA-*

---

tou à Lei nº 10.682/03: art. 4º-C, §5º, II, *a*.

<sup>111</sup> *"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."*

<sup>112</sup> *"A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado."*

*ÇÃO TRANSITÓRIA - ATUALIZAÇÃO DO VALOR DO BENEFÍCIO - PARIDADE. 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 a forma de revisão destes ficam a "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)". (TJMG - Ap. Cível/Reex Necessário 1.0024.11.066725-0/002, DJ 14/12/12).*

*"APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. ÓBITO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DA EC 41/2003 E APÓS A PUBLICAÇÃO DA LEI 10.887/04. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À PARIDADE E INTEGRALIDADE DA PENSÃO. INTELIGÊNCIA DO § 7º DO ART. 40 DA CF. ART. 7º C/C ART. 11 DA EC 41/2003. ART. 2º DA LEI 10.887/04. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE NA DATA DO ÓBITO DO SEGURADO. PRECEDENTES DO STF, STJ E TJ/RJ. Com a nova redação dada pela EC 41/2003, ao art. 40 da CF, o legislador constitucional revogou a regra da paridade então existente entre ativos e inativos, para efeitos de revisão dos proventos de aposentadoria e pensões, ainda que se preocupasse com a preservação do valor real dos benefícios, os quais passaram a ser balizados por critérios estabelecidos em lei. (...) Sendo a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte, aquela vigente na data do óbito do segurado, ao teor do Enunciado nº 340 da Súmula do STJ, e havendo falecido o segurado em 02.04.2007, aplica-se à pensão pleiteada, a ordem jurídica inaugurada pela EC 41/2003. Conhecimento e provimento do recurso." (TJRJ: APELACAO / REEXAME NECESSÁRIO 0402695-68.2011.8.19.0001, julgamento em 16/07/13)<sup>113</sup>.*

*"APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO. (...) Com o advento da emenda Constitucional nº 41/03, não mais subsis-*

*te o direito à integralidade e à paridade das pensões instituídas por mortes ocorridas após sua vigência, exceto nos casos daquelas decorrentes de morte de instituidor já aposentado e que teve direito a tais benéfcias, ou daquele que, embora não aposentado, comprovadamente, possuía direito adquirido à aposentadoria integral antes de seu falecimento. (...).” (TJRJ: APELACAO / REEXAME NECESSÁRIO 0241339-69.2008.8.19.0001, Julgamento 26/06/13)<sup>114</sup>.*

*“DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - APELAÇÃO CÍVEL - PENSÃO POR MORTE - VIÚVA DE SERVIDOR PÚBLICO JÁ APOSENTADO COM PROVENTOS INTEGRAIS NA DATA DA PUBLICAÇÃO DA EMENDA 41/03 - INTERPRETAÇÃO À LUZ DA EMENDA 47/03. De acordo com o art. 7º, da EC n. 41/03, com os esclarecimentos da EC n. 47/05, a pensão mensal devida à viúva do servidor público que já estava aposentado na data da publicação daquela guarda paridade com a remuneração que o instituidor teria na atividade, de modo que os reajustes dados aos vencimentos dos servidores em atividade, da mesma categoria, devem estender-se às pensionistas. REMESSA OBRIGATÓRIA E RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDOS E DESPROVIDOS.” (TJGO, DUPLO GRAU DE JURISDICAÇÃO 281985-76.2010.8.09.0051, DJe 1248, de 21/02/13).*

*“APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO CONTRA FAZENDA PÚBLICA. INTEGRALIDADE DE PENSÃO. INSTITUIDOR DO BENEFÍCIO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL DA REDE FERROVIÁRIA FEDERAL SOCIEDADE ANÔNIMA - RFFSA. PENSIONISTA VIÚVA. INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – IPERGS. (...) Pensionista Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima – RFFSA - Para as pensões cujo instituidor faleceu antes da vigência da Emenda Constitucional nº 41/03, ou seja, antes de 31/12/2003, é garantida a integralidade e a paridade conferidas pela Emenda Constitucional nº 20/98. A integralidade da pensão dos dependentes dos servidores ferroviários deve corresponder ao valor da parcela que era alcançada pelo Tesouro do Estado ao instituidor, sobre a qual o servidor falecido contribuiu para o Instituto de Previ-*

*dência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS. (...) NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO DO ENTE PÚBLICO. UNÂNIME.” (TJRS: 70054412846, Julgado em 06/08/13)<sup>115</sup>.*

*“APELAÇÃO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE. DIREITO À PARIDADE E INTEGRALIDADE. APOSENTADORIA ANTERIOR AO ADVENTO DA EC 41/2003. FALECIMENTO APÓS A SUA PROMULGAÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. TEMPUS REGIT ACTUM. DESPROVIMENTO. 1. A vexata quaestio cinge-se à existência de direito adquirido aos critérios da paridade e integralidade no pagamento de pensão por morte de servidor, aposentado antes do advento da Emenda Constitucional 41/2003, mas falecido durante sua vigência. É a hipótese retratada no RE 603.580, pendente de julgamento pelo c. STF, em que foi reconhecida a existência de repercussão geral, sem a aplicação do regime previsto no art. 543-B, § 1º, do CPC. 2. Pacífico o entendimento na corte constitucional, no sentido de que a concessão de pensão por morte é regida pela lei em vigor na data do falecimento do instituidor do benefício, constituindo-se o eventus mortis seu fato gerador (tempus regit actum). 3. Com a edição da EC 41/2003, regulamentada pela Lei 10.887/2004, houve uma mudança na regra constitucional até então vigente: o valor da pensão por morte, que era igual à integralidade do valor da remuneração ou dos proventos que o servidor recebia ao tempo do óbito ou a que teria direito, caso vivo fosse, após a regulamentação da referida emenda, passou a corresponder ao valor dos proventos do servidor falecido ou da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS, acrescido de 70% (setenta por cento) da parcela excedente a este limite. 4. De acordo com os documentos dos autos, trata-se de pensão ins-*

---

<sup>115</sup> Disponível em:

[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=pens%E3o+paridade+Emenda+41&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=pens%E3o+paridade+Emenda+41&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=) ,  
acessado 19/08/13.

*tituída já sob a égide da EC 41/2003 e Lei 10.887/2004, não havendo que se falar em equivalência com o montante recebido pelo servidor em vida. 5. Enquanto vivo o servidor, seus dependentes têm mera expectativa à futura concessão de pensão. Assim, encontrando-se vigente a Lei 10.887/2004 no momento em que falecido o instituidor, aplica-se automaticamente sua disciplina, sem que possa a autora alegar violação a direito subjetivo. 6. É entendimento pacífico no eg. STF de que inexistente direito adquirido a regime jurídico instituído por lei (STF Segunda Turma. RE-AgR 550650/PR. Rel. Ministro Eros Grau. DJ 27.06.2009, p. 1358<sup>116</sup>). 7. Apelação a que se nega provimento.” (TRF da 2ª Região, AC 201151010148287, E-DJF2R de 01/07/13).*

*“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DATA DO ÓBITO DO INSTITUIDOR. PARIDADE. EC 41/2003. (...) 3. A concessão do benefício de pensão por morte rege-se pela legislação vigente quando da sua causa legal, em homenagem ao princípio tempus regit actum. Com efeito, o evento morte do instituidor ditará a legislação de regência do amparo, não sendo, pois, o caso de aplicação da legislação vigente na data em que preenchidos os requisitos para sua aposentadoria ou mesmo de sua concessão. 4. Uma vez que se está diante de óbito posterior à vigência da EC 41/2003, impõe-se a aplicação de seus ditames, que, dentre outras providências, determinou o fim da paridade na pensão em função da regra da aposentadoria. (TRF 4ª Região: APELREEX 5007809-31.2011.404.7110, DE 25/07/13).*

*“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DA CARREIRA DA PREVIDÊNCIA, DA SAÚDE E DO TRABALHO. GDPST. EXTENSÃO PARITÁRIA A INATIVOS E PENSIONISTAS. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO. PORTARIA 3.627/2010. EC 41/03. PARIDADE. FIXAÇÃO DOS PARÂMETROS. GRATIFICAÇÃO. PAGAMENTO PROPORCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. (...) 4. Resta assegurado o direito à paridade em relação aos servidores que já recebiam o benefício na data de*

---

<sup>116</sup> O precedente do STF referido foi utilizado para afirmar o posicionamento histórico dessa Corte acerca da inexistência de um regime jurídico ao servidor ou militar, mas não é relevante, especificamente, em relação ao caso em discussão.

*publicação da EC 41/2003 (31/12/2003) ou pensionistas cujo instituidor da pensão tenha passado à inatividade anteriormente à data de publicação da emenda, nos termos do art. 7º da Emenda 41/03. (...).” (TRF 4ª Região: AC 5011976-96.2012.404.7000, DE 09/08/13).*

*“Administrativo. Pensionista. Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa. Ausência de Direito à paridade com os proventos de aposentadoria, ante o fato de que o advento do benefício ocorreu na égide da Emenda Constitucional 41/03. 1. A pensão por morte é regida pela lei vigorante na data do óbito do instituidor do benefício, em 12 de março de 2005, e não pela data da sua aposentação, ocorrida em 31 de janeiro de 1997. Submissão do benefício às normas contidas na Emenda Constitucional 41/03, o que afasta o direito à paridade. Precedentes: APELREE 516339, des. Guilherme Couto DJE de 06 de fevereiro de 2012, p. 265/266, RJ e EDAC 447959/02, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, DJE de 08 de outubro de 2009, p. 206, PE. 2. Apelação improvida.” (TRF da 5ª Região: AC 00129806420114058100, DJE 21/05/13, p. 210).*

*“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. INSTITUIDOR FALECIDO NA INATIVIDADE E INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ 16.12.1998. DIREITO À PARIDADE TOTAL DE REAJUSTE DAS PENSÕES COM A REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES ATIVOS, CONSOANTE A REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART.3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 47/2005. GRATIFICAÇÕES DE DESEMPENHO. GDPGTAS E GDPGPE. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. CARÁTER GENÉRICO. PARIDADE ENTRE ATIVOS E INATIVOS. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DO PARTICULAR, PROVIDA. APELAÇÃO DO INSS, PREJUDICADA. (...) 2. A questão posta a desate está em saber, inicialmente, se a pensão percebida pela autora poderá ser reajustada pelo mesmo critério dos servidores da ativa e, reconhecido o direito à paridade, se faz jus à percepção das GDPGTAS e GDPGPE e em que percentuais. 3. No que concerne à paridade, deve-se observar que, em observância ao princípio *tempus regit actum*, a lei disciplinadora da concessão do benefício é aquela vigente à época do fato gerador do benefício. 4. In casu, o instituidor da pensão faleceu em 24.3.2007, quando já aposentado, de forma que o cálculo do*

*valor da pensão deve observar o art. 40, parágrafo 7º da Constituição Federal, c/c o art. 2º da Lei nº 10.887/2004, que regulamentou a EC nº 41/2003, inexistindo, portanto, integralidade em relação ao cálculo dos proventos. Contudo, resta garantida a paridade total entre os reajustes das pensões com os da remuneração dos servidores ativos, em face do art. 3º, parágrafo único, da Emenda Constitucional nº 47/2005 c/c o artigo 7º da Emenda nº 41/2003. Precedente desta Corte: AC 549672, Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, TRF5 - Segunda Turma, DJE 06/12/2012 - Página::322. (...).” (TRF da 5ª Região: AC553774, DJE 04/07/13, p. 130).*

Por se tratar de matéria constitucional, em decorrência da abrangência do tema (compreendendo todo o RPPSP, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios) e da necessidade de tratamento uniforme, encontra-se no STF o RE 603.580, ao qual se reconheceu a existência de repercussão geral<sup>117</sup>, mas ainda pendente de julgamento.

#### 4. PARA ALÉM DAS PEDRAS: A PROCURA DE UMA SOLUÇÃO CONSTITUCIONALMENTE JUSTA

Quanto mais se avança, percebem-se as nuances e os detalhes do tema. Mas, apesar das pedras, é preciso seguir adiante. Pois...

*“A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar<sup>118</sup>.”*

---

<sup>117</sup> “EMENTA: Constitucional. Administrativo. Servidor público. Pensão por morte. Direito a paridade e integralidade. Aposentadoria anterior ao advento da EC 41/2003 e falecimento após a sua promulgação. Existência de repercussão geral”, DJe 122, public.: 28/06/11.

<sup>118</sup> GALEANO, Eduardo. *O livro dos abraços*. 7ª edição. Trad. Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM. 2000. p. 102.

#### 4.1. DIREITO ADQUIRIDO<sup>119</sup>: O OVO DE COLOMBO. SERÁ?

É assente a ideia de que as leis (em sentido amplo) devem dispor para o futuro<sup>120</sup>, ou seja, devem ser proativas, pois o efeito retroativo traz instabilidade à ordem jurídica. Portanto, a irretroatividade das normas é fundada na noção de Estado de Direito, que exige a proteção da confiança e da segurança jurídica de seus cidadãos<sup>121</sup>. A atual CF/88 não garante, como regra, a irretroatividade da lei, a não ser em matéria penal, art. 5º, XL (ressalvada a retroatividade benéfica) e em matéria tributária, art. 150, III, *a*. Seguindo uma tradição que remonta à Constituição de 1937<sup>122</sup>, preferiu o constituinte tutelar *o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito*<sup>123</sup> (art. 5º, XXXVI). Portanto, embora a *lei* seja, em regra, proativa (voltada para o futuro), no Brasil não há vedação constitucional à retroatividade<sup>124 125</sup>, desde que respeite o direito adquirido<sup>126</sup>

---

<sup>119</sup> A pretensão aqui não é aprofundar sobre o que seja direito adquirido, em razão de sua complexidade e diminuto espaço - afirmado por Leon Duguit que ensinava direito há mais de meio século e que ainda não sabia o que era direito adquirido (Leçons de droit public général. Paris: Boccard. 1926. p. 308), mas verificar seus contornos ante a alardeada aplicação, conforme pretendem alguns, no caso sob discussão.

<sup>120</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Direito intertemporal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1946. p. 10.

<sup>121</sup> LARENZ, Karl. Derecho justo: Fundamentos da etica juridica. Trad. Luiz Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas. 1985. 163. Ver também: CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina. 1992. p. 377.

<sup>122</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens. A irretroatividade das leis e o direito adquirido. 4ª edição. São Paulo: RT. 1994. p. 101-192.

<sup>123</sup> Em rigor, tudo se resume ao *direito adquirido*, que engloba as outras duas categorias (ato jurídico perfeito e a coisa julgada), pois essas categorias decorrem do direito adquirido. Mas, como nessas categorias apresentam-se aspectos particulares e distintos do direito adquirido, foram destacadas para se ter delas uma justa noção (BEVILAQUA, Clovis. Teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1980. p. 26-27). Ver também: ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. Fórum Administrativo. Fórum. Vol. 2. Nº 15. p. 579-587. 2002. 582-583.

<sup>124</sup> A doutrina aponta três tipos de retroatividade: *a) retroatividade máxima* (também chamada restitutória, porque, em geral, restitui as partes ao *status quo ante*), quando

a lei nova ataca os fatos já consumados; *b) retroatividade mínima* (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor; *c) retroatividade moderada ou média* quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de atos jurídicos verificados antes dela, como por exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e não se aplicasse aos vencidos e não pagos.

<sup>125</sup> Há polêmica se o termo “*lei*” (art. 5º, XXXVI, da CF/88) compreende também as emendas constitucionais (art. 60, §4º, IV), ou limita tão-somente o legislador infra-constitucional. Embora a doutrina brasileira seja unânime no sentido de que tal limitação também compreende as emendas constitucionais (v.g, SILVA, José Afonso da. Reforma constitucional e direito adquirido, *in* Poder constituinte e poder popular. São Paulo Malheiros. 2000. p. 221-333; VELLOSO, Carlos Mário. Temas de direito público. Belo Horizonte: Del Rey. 1997. p. 457-474; BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 55; HORTA, Raul Machado. Constituição e direito adquirido. Revista de Informação Legislativa. Nº 112. p. 69-86. 1991. p. 86), mas há outros que defendem que o vocábulo “*lei*” não compreende as emendas constitucionais, a exemplo de Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à constituição do Brasil. 2º Volume. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 191) Daniel Sarmento (Direito adquirido, emenda constitucional e justiça social *in* SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Iures. 2006. p. 3-31), Paulo Eduardo Garrido Modesto (A reforma administrativa e o direito adquirido ao regime da função pública. Revista de Informação Legislativa. Nº 128. p. 191-196. 1995. p. 195-196); TOLOMEI, Carlos Young. A proteção ao direito adquirido sob o prisma civil e constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 249-263.

Até a presente data o STF ainda não se manifestou acerca do tema, embora, sob a vigência da CF/69, tenha afirmado que “*Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do poder constituinte originário, ou do poder constituinte derivado. Precedentes do STF.*” (RE 94.414, DJ 19/04/85, p. 5.456). (Mas na CF/69 os direitos e garantias fundamentais – e aí incluso o direito adquirido (art. 153, §3º) não figuravam como cláusula pétrea (art. 47, §1º), como na atual CF/88, art. 60, IV, §4º). “*Concurso para provimento de cargo público. Prazo de validade. Emenda Constitucional n. 8. Sua aplicação imediata, de vez que as garantias do direito adquirido e da coisa julgada se dirigem à lei ordinária e não a Constituição.*” (RE 95.175, DJ 14/05/82, p. 4.569). Há quem entenda que o STF já se manifestou sobre tal, posicionando-se no sentido de que o direito adquirido é oponível ao poder constituinte reformador (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 6ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 149).

<sup>126</sup> Entendido em sentido amplo, compreendendo, também, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

<sup>127</sup> Não há óbice no caso de retroatividade benéfica ao indivíduo, mesmo que prejudicial ao poder público: STF: RE 391033 AgR, DJ 19/08/05, p. 36.

Embora sejam inúmeras as polêmicas acerca das possíveis soluções dos conflitos intertemporais das normas<sup>128</sup>, sem intenção de discorrer detalhadamente sobre o direito constitucional intertemporal<sup>129</sup>, em síntese, existem duas principais correntes: a objetiva, de Paul Roubier, e a subjetiva, de Gabba<sup>130</sup>. O ordenamento jurídico brasileiro, há muito<sup>131</sup>, filiou-se à teoria subjetiva de Gabba<sup>132</sup>, segundo o qual “*é adquirido todo o direito que: (a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei no tempo no qual o fato foi consumado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo direito; e que (b) nos termos da lei sob cujo império se firmou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do*

---

<sup>128</sup> Síntese sobre tais posicionamentos: TOLOMEI, Carlos Young. A proteção ao direito adquirido sob o prisma civil e constitucional. Ob. Cit. p. 67-86.

<sup>129</sup> Para aprofundamento: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. 1ª Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2013. p. 549-574; BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. Ob. Cit. p. 51-102.

<sup>130</sup> “*Na solução do problema [do conflito intertemporal de leis], duas escolas se defrontam. Uma, ‘subjetivista’, representada precipuamente por Gabba, afirma que a lei nova não pode violar direitos precedentemente adquiridos, que ele define como consequências de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora o seu exercício venha se apresentar sob o império da lei nova (Gabba, ‘Teoria della retroattività delle leggi’, vol. I, p. 182 e segs.). O que predomina é a distinção entre o ‘direito adquirido’ e a ‘expectativa de direito’. Outra, ‘objetivista’, que eu considero representada por Paul Roubier, para o qual a solução dos problemas está na distinção entre ‘efeito imediato’ e ‘efeito retroativo’. Se a lei nova pretende aplicar-se a fatos já ocorridos (facta praeterita) é retroativa; se se refere aos fatos futuros (facta futura) não o é. A teoria se diz objetiva, porque abandona a idéia de direito adquirido, para ter em vista as situações jurídicas, proclamando que a lei que governa os efeitos de uma situação jurídica não pode, sem retroatividade, atingir os efeitos já produzidos sob a lei anterior (Paul Roubier, ob. cit., vol. I, n. 41 e segs.)” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito constitucional intertemporal. Revista Forense. Vol 84. Nº 304. p. 29-36. 1988. p. 31).*

<sup>131</sup> Conforme os §§1º a 3º, do art. 6º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42).

<sup>132</sup> Confirmada a adesão à teoria de Gabba, pelo STF: ADI 493, DJ 04/09/92, p. 14.089.

*patrimônio de quem o adquiriu.*<sup>133</sup>". Assim, são características do direito adquirido: *a)* ser originário de um fato idôneo para sua produção; *b)* ter se incorporado ao patrimônio jurídico do seu titular.

Direito adquirido é distinto de duas categorias que lhe são próximas: a expectativa de direito e o direito consumado. *Expectativa de direito* ocorre quando o fato aquisitivo do direito ainda não se consumou, sobrevindo uma nova norma que altera o tratamento dado à espécie. Nesse diapasão, é aplicado o posicionamento do STF de que não há direito adquirido a um regime jurídico<sup>134</sup>. Embora não albergada pela doutrina do direito adquirido, pode ser amparada por outros princípios, tais como: o da boa-fé e o da confiança. *Direito consumado* é aquele em que não só o fato, como também seus efeitos já se consumaram<sup>135</sup>.

A relação jurídica previdenciária não é instantânea. Ao contrário, é continuada e por um longo período. Pode-se afirmar que se trata de uma *relação jurídica de longuíssimo prazo*, levando-se em consideração os períodos de custeio e de gozo de benefício pelo segurado. Essa relação tende a se estender por mais tempo se levado em consideração o período de gozo de pensão por morte, seja ela derivada ou originária. No decorrer desse alongado período, não são raras as modificações de *normas constitucionais* (Constituições que se sucedem<sup>136</sup>, emendas constitucionais<sup>137</sup>) e *infraconstitucionais* (leis ordiná-

---

<sup>133</sup> *Apud* LIMONGI FRANÇA, Rubens. A irretroatividade das leis e o direito adquirido. Ob. Cit. p. 73.

<sup>134</sup> Há muito, essa é a posição do STF: RE 75.950, DJ 19/11/73, p. 8.717; RE 76.522, DJ 10/12/82, p. 12.789. Na vigência da atual CF/88: ARE 741.299 AgR, DJE 157, public.: 13/08/13.

<sup>135</sup> Essas categorias: direito adquirido, expectativa de direito e direito consumado correspondem às retroatividades mínima, máxima e moderada.

<sup>136</sup> Entre 1934 e 1988 o Brasil teve seis constituições (1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988).

<sup>137</sup> A previdência social, sob a égide da CF/88, sofreu nada menos que cinco alterações (EC 03/93, EC 20/98, EC 41/03, EC 47/05 e EC 70/12).

rias, leis complementares, etc.). Ante tal panorama, não só há alta probabilidade, mas certeza de conflitos intertemporais. Não é por acaso que, em matéria previdenciária, foram editadas as súmulas 349/STF<sup>138</sup> e 340/STJ<sup>139</sup>, apontando soluções para os possíveis conflitos normativos intertemporais. Ambas as súmulas estão fundadas na teoria do “*direito adquirido*”, no sentido de se declarar a existência ou não de determinada pretensão.

Colocados esses parâmetros, quando se observa a EC 41/03 *isoladamente*, a princípio, *para além das polêmicas se o termo “lei”* (art. 5º, XXXVI, da CF/88) abrange ou não emenda constitucional, depreende-se que aquela emenda: *a)* respeitou a paridade das pensões *já em gozo* na data de sua publicação (art. 7º); *b)* respeitou a paridade das pensões cujo fato gerador (morte do servidor) tenha ocorrido antes de sua publicação (art. 3º e art. 7º); *c)* seguiu a histórica posição do STF de que não há direito adquirido a regime jurídico, isso em relação às hipóteses em que o fato gerador da pensão tenha ocorrido após a publicação da mencionada emenda. Pronto! Simples e matemática a solução! Nessa linha de raciocínio, não haveria tensão jurídica complexa a ser solucionada, portanto, repita-se, *até aqui*, acertadas as decisões que negaram paridade às pensões cujo falecimento do servidor tenha ocorrido após a publicação da EC 41/03, pois pacífico o entendimento do STF<sup>140</sup>, no

---

<sup>138</sup> “*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.*”

<sup>139</sup> “*A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.*”

<sup>140</sup> “*Se é a pensão por morte o benefício pretendido, a lei que o regulará será aquela vigente na data do óbito do segurado, momento em que nasce o direito do beneficiário. No presente caso, ainda que o segurado, pai da Agravante, tenha alcançado o direito ao recebimento integral de sua aposentadoria em momento anterior, seu óbito ocorreu após a edição da Emenda Constitucional n. 41/2003. Logo, o direito da Agravante nasceu sob a égide das condições estabelecidas por essa emenda.*” (AI 622.815 ED, DJe 200, public.: 23/10/09).

*“A regência da pensão faz-se considerada a legislação em vigor na data do faleci-*

sentido de que a concessão de pensão por morte é regida pela lei em vigor na data do falecimento do instituidor do benefício, constituindo a morte do servidor o seu fato gerador<sup>141</sup>, aplicado em sua inteireza o brocado latino *tempus regit actum*, explicitado pela súmula 340/STJ.

A intenção da EC 41/03 foi de acabar com a paridade para toda pensão, cujo fato gerador (morte do servidor) ocorresse após a sua publicação<sup>142</sup>; entretanto, tal intenção foi abrandada pelas regras contidas nas ECs 47/05 e 70/12, a partir das quais a questão toma novos contornos. Torna-se, *agora*, simplista a tese de que não há direito à paridade nas hipóteses de pensões postas em discussão<sup>143</sup>, escorada, *somente*, na análise *isolada* da regra contida na EC 41/03, desconsiderando-se a largueza das alterações promovidas pelas ECs 47/05 e 70/12. Faz-se necessário contrapor a EC 41/03 às regras contidas nessas sucessivas emendas.

---

*mento do servidor, descabendo emprestar a texto de lei ou da Constituição eficácia retroativa, no que prevista a percepção pela totalidade dos vencimentos.*" (RE 273.570, DJ de 05/05/06).

*"Agravamento regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Pensão por morte. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que o valor da pensão por morte deve observar o padrão previsto ao tempo do evento que enseja o benefício. Tempus regit actum. 3. Evento instituidor do benefício anterior à vigência da Emenda Constitucional 20/1998. Descabe emprestar eficácia retroativa à diretriz constitucional. 4. Agravo regimental a que se nega provimento."* (ARE 717077 AgR, DJe 243, public.: 12/12/12).

*No mesmo sentido:* RE 453.298-AgR, DJ de 22/06/07.

<sup>141</sup> *"Importa salientar, nessa matéria, que o direito à pensão nasce ao momento em que são cumpridos todos os requisitos estabelecidos na respectiva legislação, sobretudo o fato gerador básico: o falecimento do servidor; antes dele, há apenas expectativa de direito. Vigora aqui o princípio do tempus regit actum"* (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 666).

<sup>142</sup> Na vontade da MP 167/04, publicada em 20/02/04, por força do art. 40, §7º, da CF/88, redação dada pela EC 41/03.

<sup>143</sup> Fato gerador (morte do servidor) ocorrido após 20/02/04:

a) pensão derivada de *aposentadoria concedida antes* dessa data; b) pensão derivada de *aposentadoria concedida após* essa data, mas, cujos requisitos da *aposentadoria foram preenchidos antes* dessa mesma data.

#### 4.2. E AGORA JOSÉ? VOCÊ MARCHA, JOSÉ! JOSÉ, PARA ONDE?<sup>144</sup>

*Politicamente* foram detectadas “falhas” na EC 41/03, o que resultou na promulgação da EC 47/05. A partir de então, a situação se complica, pois vieram à baila regras de transição estabelecidas nos art. 2º e art. 3º, desta emenda, estendendo a regra de paridade do art. 7º, da EC 41/03, às pensões cujo fato gerador (morte do instituidor da pensão) venha a ocorrer a qualquer tempo (por óbvio, *após a publicação da EC 41/03*), desde que, necessariamente, essas pensões sejam derivadas das aposentadorias previstas no art. 6º, da EC 41/03, e art. 3º, da EC 47/05. Mas as reformas constitucionais do RPPSP não finalizaram por aí. Novo ajuste às “falhas” da EC 41/03 foi promovido pela EC 70/12, estendendo a paridade às pensões derivadas de aposentadorias por invalidez, bastando, para tanto, que o servidor, instituidor da pensão, tenha ingressado no serviço público antes da publicação da EC 41/03 (conforme art. 6º-A, da EC 41/03, acrescido pela EC 70/12), *pouco importando a data do seu óbito*<sup>145</sup>.

Com a inserção dessas novas regras de transição e a partir de uma visão de conjunto, o que, outrora, era considerado “falha” política da EC 41/03, torna-se, a partir de então, “falha” jurídica, mormente em relação às pensões, cujo fato gerador - morte do servidor - tenha ocorrido após publicação da EC 41/03, mas derivadas de aposentadorias, cujos requisitos foram preenchidos antes da publicação dessa mesma emenda.

---

<sup>144</sup> ANDRADE, Carlos Drummond de. José *in*. *Antologia poética*. 40ª edição. Rio de Janeiro: Record. 1998. p. 20-22.

<sup>145</sup> O art. 7º, da EC 41/03 torna-se, a partir da EC 47/05, *suporte geral* para garantir a paridade às pensões derivadas das aposentadorias de que tratam o art. 6º da EC 41/03 (por determinação do art. 2º, da EC 47/05), o art. 3º, da EC 47/05, e art. 6º-A, da EC 41/01 (acrescentado pela EC 70/12), pois todos esses artigos *fazem remissão* ao dito art. 7º, da EC 41/03.

Esses casos estão a *meio caminho* da EC 41/03 e das ECs 47/05 e 70/12, pois:

- a) a referência da EC 41/03 (art. 3º e art. 7º) para garantir a paridade à pensão é que *o fato gerador (óbito do servidor instituidor) tenha ocorrido antes da sua publicação*;
- b) o referencial para as ECs 47/05 e 70/12 é outro: o que importa é que *o servidor, instituidor da pensão, tenha ingressado no serviço público antes da publicação da EC 41/03, mas se aposente nos termos do art. 6º, da EC 41/03 ou art. 3º, da EC 47/05.*

Não parece nada adequado à *justiça* e à *justeza*<sup>146</sup>: admitir paridade para a pensão derivada de aposentadoria concedida após a publicação da EC 41/03<sup>147</sup> (ainda que essa aposentadoria esteja condicionada ao preenchimento de alguns requisitos, conforme, v.g, art. 3º, da EC 47/05) e negar a paridade à pensão derivada de aposentadoria, nos termos da legislação anterior à publicação da EC 41/03<sup>148</sup>, só pelo fato de o *óbito do instituidor da pensão* ter ocorrido *após à publicação dessa mesma emenda*.

Ora, a *data do óbito do instituidor da pensão* adotada como marco diferenciador para *garantir ou não a paridade* à pensão pela EC 41/03 (art. 3º e 7º) deixou de ser relevante para a EC 47/05 e a EC 70/12, que adotaram como referência a *data de ingresso do instituidor da pensão ao serviço público*<sup>149</sup>

---

<sup>146</sup> Referência feita pelo Frei Caneca, na obra de ficção *Auto do Frade* in MELO NETO, João Cabral de. *Obra completa*. Volume único. Rio de Janeiro: Nova Aguilar. 1994. p. 482.

<sup>147</sup> Em v.g, 2015, 2020, 2031, etc.

<sup>148</sup> a) aposentadoria concedida *antes* de 31/12/03, ou até mesmo antes de 16/12/98, ou b) aposentadoria cujos requisitos foram preenchidos antes da publicação da EC 41/03 (31/12/03), mas concedida após essa data.

<sup>149</sup> a) até 16/12/98 (data da publicação da EC 20/98), para a pensão decorrente da aposentadoria prevista no art. 3º, da EC 47/05; b) até 31/12/03 (data da publicação da EC 41/03), para a pensão decorrente das aposentadorias previstas no art. 6º, da EC 41/03 (conforme art. 2º, da EC 47/05), e art. 6º-A, da EC 41/03 (acrescentado pela EC 70/12).

(nessas hipóteses, não importa a data do óbito do servidor, se 2013, 2020, 2050 ou 2060, pois resta garantida a paridade à pensão, desde que, necessariamente, derive das aposentadorias ali informadas).

#### 4.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO TRUNFOS CONTRA A MAIORIA: CAMINHO A SER TRILHADO?

Uma vez constitucionalizado o RPPSP, mormente os benefícios (aposentadoria e pensão), com seus respectivos requisitos e formas de cálculo da renda inicial e dos reajustes subsequentes (aqui se localiza a paridade), não há como negar a esse conjunto normativo, inserto nos art. 40, da CF/88 (e nos artigos das ECs 20/98, 41/03, 47/05 e 70/12), o enquadramento como direitos fundamentais, pois assumem posições importantes, onde as decisões de lhes garantir ou não lhes garantir são retiradas da maioria parlamentar simples<sup>150 151</sup>. Perceptível, assim, a tensão existente entre o direito constitucionalmente protegido e o princípio democrático<sup>152</sup>. Mas essa tensão conduz à solução contrária aos ditos “*trunfos contra a maioria*”<sup>153 154</sup>, pois não

---

<sup>150</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 446-447.

<sup>151</sup> Não há dúvida de que o espaço de conformação do legislador infraconstitucional resta reduzido, mas, não eliminado.

<sup>152</sup> O ideário democrático fundado na concepção de Rousseau (que propõe o fortalecimento do poder, desde que exercido pelo povo) e o ideário constitucionalista fundado na concepção de Locke (que busca a contenção jurídica do poder, em prol da liberdade dos governados). O primeiro confiante na vontade da maioria, o segundo desconfia dela, pois teme o despotismo da multidão (BRITO, Miguel Nogueira de. A constituição constituinte: Ensaio sobre o poder de revisão da constituição. Coimbra: Editora Coimbra. 2000. p. 129-136). Ver também: NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora. 2006. p. 28-48.

<sup>153</sup> Expressão tributada à Ronald Dworkin, aprofundada por Reis Novais. Ver: NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria. Ob. Cit. p. 17-57.

<sup>154</sup> “... ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado, o que, em regime político baseado

há falar verdadeiramente em estado de direito ou em direitos fundamentais, sem que seja garantida a tutela jurisdicional a quem dela necessitar<sup>155</sup>. Como se observa, esses trunfos são oponíveis ao *legislador infraconstitucional* e não ao *poder constituinte reformador*, que modificou, *in casu*, as regras de paridade das pensões. Assim, a reflexão dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria não parece ser o melhor caminho para solucionar o problema.

#### 4.4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE: UMA LUZ NO FIM DO TÚNEL?

A igualdade, em decorrência de sua longevidade nos textos constitucionais<sup>156</sup>, passou por uma longa evolução<sup>157</sup>: da *igualdade perante a lei*<sup>158</sup> [consistente na proibição de discriminações negativas] do estado liberal, à *igualdade material*<sup>159</sup>

---

*na regra da maioria, deve significar, afinal, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos. A imagem dos direitos fundamentais como trunfos remete, nesse sentido, para a hipótese de uma tensão ou, até, uma oposição – dir-se-ia insuperável – entre os direitos fundamentais e o poder democrático, entre o Estado de Direito e democracia.”* NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria. Ob. Cit. p. 17.

<sup>155</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria. Ob. Cit. p. 11.

<sup>156</sup> A intenção não é traçar um histórico dos mais de duzentos anos do princípio da igualdade, o que pode ser verificado, *v.g.*, em: COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 49-50, 96-99, 132-133, 284-287; VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 281-469; ISRAEL, Jean-Jacques. Direito das liberdades fundamentais. Trad. Carlos Souza. Barueri: Manole. 2005. 453-475; BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do estado. Revista Internacional de Direito e Cidadania. Nº 3. p. 217-229. 2009.

<sup>157</sup> Nesse sentido: NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora. 2004. p. 101-102.

<sup>158</sup> Para o estado liberal, sendo a lei vontade geral, a igualdade decorria necessariamente da lei, havendo um amálgama entre igualdade e legalidade.

<sup>159</sup> “(...) em nome da justiça distributiva e da igualdade material, o legislador do Estado social pode, ou até, deve, compensar as situações de desigualdades fácticas

[admissibilidade de discriminações positivas] do estado social<sup>160</sup>. Poder-se-ia discorrer sobre as dimensões da igualdade<sup>161</sup>, que não se anulam, numa ordem sucessiva, mas se enriquecem na busca do seu conteúdo e da efetiva aplicação.

A relação entre o estado brasileiro e os cidadãos tem [ou deve ter] por base a dignidade da pessoa humana<sup>162</sup> (art. 1º, III, da CF/88) e o estado democrático<sup>163</sup> de direito<sup>164</sup> (art. 1º, *caput*,

---

*e repor ou criar condições de uma verdadeira igualdade. E pode fazê-lo mesmo que para tanto, seja necessário introduzir fatores dinâmicos de compensação ou equalização que, no imediato, se traduzem em tratamentos privilegiados – e não apenas diferenciados – em favor dos que, por força de discriminação sistematicamente sofridas ao longo dos tempos e dos preconceitos e inércias sociais são vítimas à partida, de desvantagens fácticas tão profundamente enraizadas que não lhes permitem a obtenção de resultados iguais apenas através da garantia de igualdade de oportunidades”* (NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Ob. Cit. p. 104-105). “(...) nas Constituições contemporâneas, próprias das democracias ocidentais, a igualdade material é reconhecida na medida em quem prevêem normas programáticas que tendem a desfazer o desnivelamento, por exemplo, entre capital e trabalho, bem como propiciar o acesso à saúde à educação à moradia e à seguridade social, etc.” (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Direito constitucional. São Paulo: RT. 2011. p. 574). “Passa-se a reconhecer que os homens não só têm direito a serem tratados igualmente, mas também o de se tornarem mais iguais.” (ROSA; André Vicente Pires. Igualdade, in: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar. 2006. p. 459).

<sup>160</sup> O legislador do estado social não só se sente autorizado, *mas obrigado a atender* às diferenças reais da sociedade (NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Ob. Cit. p. 104). Há aqueles que entendem que o princípio da igualdade, antes de ser um *direito das pessoas*, é, primeiramente, um *dever do estado* (ALEXANDRINO, José Melo. Direitos fundamentais: introdução geral. 2ª edição. Cascais: Princípiá. 2011. p. 81-82).

<sup>161</sup> A igualdade perante a lei não perdeu a razão de ser, e deve ser entendida como um mínimo que se impõe à observância de qualquer estado de direito, pois decorre da igual dignidade de todos (NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Ob. Cit. p. 102-103).

<sup>162</sup> A ideia nuclear da dignidade humana “... é precisada como “igualdade fundamental de todos na humanidade comum”, constitui o cerne material aglutinador da normatividade de direitos fundamentais.” (COUTINHO, Luís Pedro Pereira. A autoridade moral da constituição: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. p. 58).

<sup>163</sup> “A igualdade figura entre os conceitos básicos da democracia. O princípio democrático sem a igualdade não teria consistência.” (BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do estado. Ob. Cit. p. 224).

da CF/88). Nessa relação, faz-se necessário um tratamento justo das pessoas que é, ao mesmo tempo, *meta a ser atingida e ritmo da/na caminhada* para o alcance dessas metas almeçadas<sup>165</sup>. E, na concepção contemporânea, um estado [democrático<sup>166</sup>] de direito é também um estado de justiça<sup>167</sup>. E, por sua vez, a ideia de justiça está associada à ideia de igualdade, ou tratamento igual das pessoas<sup>168</sup>. Disso deflui que: a igualdade é elemento e conteúdo da *democracia* e confunde-se com a própria *dignidade da pessoa humana*<sup>169</sup>. Portanto, o princípio da igualdade é princípio estruturante do ordenamento constitucional<sup>170</sup> (mais que direito fundamental, é o principal eixo estruturante dos sistemas de direitos fundamentais<sup>171</sup>), fim do estado e princípio fundamental e padrão de relacionamento do estado

---

<sup>164</sup> Não há como conceber um estado de direito, a partir dos meados do séc. XX, se não forem simultâneos esse estado de direito um estado democrático e um estado social (NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Ob. Cit. p. 10).

<sup>165</sup> Parafrazeando Riobaldo, personagem de João Guimarães Rosa, o romancista do sertão das gerais: “...o real não está [somente] na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia.” in Grande sertão: veredas. Edição. Comemorativa. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira. 2006. p. 57.

<sup>166</sup> A igualdade é um princípio fundador da democracia (La construction du principe d'égalité. Relatório publico 1996 do Conselho de Estado, EDCE nº 48, p.21, *apud* ISRAEL, Jean-Jacques. Direito das liberdades fundamentais. Ob. Cit. 453).

<sup>167</sup> Pois, “Estado de direito” é aquele que visa assegurar a dignidade humana, a liberdade, a justiça [e a segurança] tem-se obviamente em linha de conta um conceito constitucional de justiça.” (AMARAL, Maria Lúcia. A forma da república. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. p. 169)

<sup>168</sup> AMARAL, Maria Lúcia. A forma da república. Ob. Cit. p. 169 e 171. Como bem observado pela autora, Aristóteles entendia que “todo justo é um algo igual”.

<sup>169</sup> Para além do art. 5º, *caput*, I, da CF/88, essa não só consagra o princípio da igualdade, como o entrelaça à dignidade humana, como se observa no art. 3º, IV.

<sup>170</sup> É o princípio da igualdade “princípio estruturante do estado de direito democrático e do sistema constitucional global” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da república portuguesa anotada. Vol I. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 1993. p. 125). Ou, noutro sentido, do estado de direito (NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Ob. Cit. p. 101).

<sup>171</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7ª edição. 2ª Reimpressão. Coimbra: Almedina. 2003. p. 426; ALEXANDRINO, José Melo. Direitos fundamentais: introdução geral. Ob. Cit. p. 75.

com o indivíduo.

Embora latente a tensão entre direito e democracia na concepção do estado democrático de direito, a *dignidade da pessoa humana* [aqui compreendido, também, a igualdade], juntamente com a *autonomia individual*, são limites originários e valores indisponíveis da ordem comunitária<sup>172</sup>, não podendo a vontade popular servir de justificativa para aniquilá-las. Quando ocorre intervenção estatal, mormente quando se reforma a Constituição, embora tendo por fonte a decisão democrática (no caso, maioria qualificada), o princípio do estado de direito não perde espaço em face do estado democrático, pois a atuação do poder de reforma pode ser violadora das garantias individuais, e, como tal, será considerada ilegítima à luz da ideia do estado de direito<sup>173</sup>.

Mas o que é a igualdade? Seria um ideal político popular, mas misterioso<sup>174</sup>? Afirmar que pressupõe pluralidade de pessoas, de coisas ou de situações e um juízo comparativo entre elas, numa *relação* tripolar<sup>175</sup>, é realmente insuficiente, pois *a ideia de igualdade não é a mesma que a ideia de identidade*<sup>176</sup>. Observa-se que igualdade pressupõe uma *relação*, a qual se exige que seja justa<sup>177</sup>. Portanto, reafirmando e reforçando o que foi dito, justiça e igualdade, de certa forma, possuem con-

---

<sup>172</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Ob. Cit. p. 38.

<sup>173</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Ob. Cit. p. 37.

<sup>174</sup> DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 2012. p. 3.

<sup>175</sup> A igualdade indica uma relação entre diversas pessoas e coisas, reconduzindo a uma igualdade relacional (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Ob. Cit. p. 428).

<sup>176</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2012. p. 280.

<sup>177</sup> “*enquanto a justiça é um ideal, a igualdade [ou desigualdade] é um fato*” (BOBBIO, Norberto. Igualdad y libertad. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica e Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona. 1993. p. 58-59).

teúdos relacionados<sup>178</sup>, pois referem-se a algo que o indivíduo vivencia, de forma intersubjetiva, na sua relação com outros indivíduos e na forma como ele próprio e os demais são tratados e considerados<sup>179</sup>.

Aristóteles afirmava que igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais<sup>180</sup>. Objetados, inversamente, tratamento desigual às situações iguais e tratamento igual às situações desiguais (dimensão material da igualdade). Mas, afinal, quem são os iguais e quem são os desiguais<sup>181</sup>? Eis a questão<sup>182</sup>. Isso remete à procura da igualdade justa<sup>183</sup>. O que é determinante para se afirmar que uma lei trata os indivíduos de forma igualmente justa? Qual o critério para valorar essa relação de igualdade?<sup>184</sup>

Em decorrência da estrita ligação entre a igualdade e a dignidade, todos os indivíduos têm igual dignidade e devem ser tratados como iguais, restando, *a priori*, objetados os critérios de diferenciação assentados, *exclusivamente*, em atributos sobre os quais as pessoas não têm controle ou em opções pessoais de planos de vida<sup>185</sup>, sob pena de se atentar contra a igual dig-

---

<sup>178</sup> Igualdade deve estar associada a uma intenção de justiça ou de racionalidade (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV. 5ª edição. Ob. Cit. p. 280).

<sup>179</sup> MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de direito constitucional. São Paulo: RT. 2012. p. 523.

<sup>180</sup> “*Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas de queixas (como quando iguais têm recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais).*” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret. 2001. p. 139).

<sup>181</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 12ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 11.

<sup>182</sup> Mas não há significado no que seja igualdade se não se está em condições de responder estas duas perguntas: *igualdade entre quem? igualdade no que?* (BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Ob. Cit. p. 54).

<sup>183</sup> Como se observa a igualdade encontra-se imbricada, entrelaçada à ideia de justiça.

<sup>184</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Ob. Cit. p. 428.

<sup>185</sup> Aqui se enquadram as chamadas categorias suspeitas, citadas, *numerus apertus*, no art. 3º, IV, da CF/88 (origem, raça, sexo, cor, etc.).

nidade das pessoas<sup>186</sup>. Não se pode olvidar que, do ponto de vista da *igualdade material*, é admissível a discriminação positiva, o que, inclusive, já foi objeto de decisão do STF<sup>187</sup>. Mas padecem de vícios de inconstitucionalidade as discriminações não autorizadas pela CF/88<sup>188</sup>.

A característica *funcional* das leis é discriminar situações<sup>189</sup>, elegendo determinado elemento ou característica, atribuindo-lhe relevo para diferenciar situações ou pessoas e submetê-las a regimes jurídicos distintos<sup>190</sup>. De outro tanto, tal característica não reduz o princípio da igualdade à vertente formal *da igualdade perante a lei*, mas implica, necessariamente, aplicação igual de direito igual<sup>191</sup>, donde se depreende que a cláusula geral de isonomia<sup>192</sup> compreende, também, para além da igualdade na aplicação do direito, a *igualdade na criação do*

---

<sup>186</sup> Nesse sentido: NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Ob. Cit. p. 110.

<sup>187</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, que tratou das cotas raciais na Universidade de Brasília (UnB), ainda pendente de publicação de acórdão. Ver notícia: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042>, acessado em 10/06/13.

<sup>188</sup> “*Não cabe invocar o princípio da isonomia onde a Constituição, implícita ou explicitamente, admitiu desigualdade*” (voto do Min. Cunha Peixoto, do STF, conforme Revista de Direito Administrativo (RDA) 128/220, citado em SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 35ª edição. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 227/228). Contudo, cogitado o controle de emenda constitucional, enquanto essa é objeto do controle, tal argumento não pode a ela ser aplicado.

<sup>189</sup> “*A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres.*” (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1997. p. 158).

<sup>190</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. Ob. Cit. p. 11-13.

<sup>191</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora. 1994. p. 381.

<sup>192</sup> Na CF/88 prevista no art. 3º, IV e art. 5º, *caput*.

*direito*<sup>193</sup>. Assim, a dimensão material da igualdade vincula, de pronto, o legislador (igualdade aqui considerada como limite objetivo da discricionariedade legislativa), mas não o impede de definir circunstâncias (fatores ou caracteres) consideradas como relevantes e justificadoras da adoção de um regime jurídico diferenciado (desigual) para uma categoria de situações ou pessoas<sup>194</sup>, pois compreende a liberdade de conformação que lhe é inerente. Donde se observa, de certa forma, e nesse diapasão, que o princípio da igualdade não pode ser compreendido de forma absoluta<sup>195</sup>, a impedir a discricionariedade do legislador em estabelecer diferentes disciplinas, quando diversas forem as disposições normativas que vise regular. A igualdade proíbe o legislador de adotar medidas discriminatórias infundadas, sem justificação objetiva ou racional<sup>196</sup>. Violação do

---

<sup>193</sup> “Igualdade perante a lei não é igualdade exterior à lei. É, antes de tudo, igualdade na lei. Tem por destinatários, desde logo, os próprios órgãos de criação do Direito.” (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV. 5ª edição. Ob. Cit. p. 284). Mas, no que consistiria isso? “É fácil dizer o que não pode significar. Esse dever não pode significar nem que o legislador tenha de inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que ele tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e se encontrem nas mesmas condições fáticas. (...) o enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por outro lado, para ter algum conteúdo, ele não pode permitir toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção. É necessário questionar se e como é possível encontrar um meio-termo entre esses dois extremos. Um ponto de partida é a fórmula clássica: “o igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente.”” (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Ob. Cit. p. 396-397). Igualdade perante a lei não significa apenas igualdade na aplicação da lei, pois “... ela própria, deve tratar igual todos os cidadãos.” Pressupõe, também, a criação de um direito igual para todos. (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Ob. Cit. p. 426).

<sup>194</sup> É não só reconhecida a possibilidade, mas, também, a necessidade de o legislador adotar distinções em nome da própria igualdade.

<sup>195</sup> Nesse sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Ob. Cit. p. 385-388.

<sup>196</sup> Consistente não na adoção de um critério qualquer, mas de um critério admissível (justo) de diferenciação (ou igualação). Ou seja, desde que “fornecida uma justificação racional e objectiva, não arbitrária, da limitação do regime legal àquelas situações” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil. 3ª edição.

princípio da igualdade é notada quando a norma restringe *injustificadamente* o âmbito de sua incidência a dada situação, seja esta restrição intencional ou não.

Por legislador deve-se compreender tanto o legislador infraconstitucional quanto o poder constituinte reformador, pois o princípio da igualdade, além de direito fundamental, é, também, princípio estruturante<sup>197</sup> da CF/88<sup>198 199</sup>, protegido pela cláusula constitucional que estabelece os limites materiais<sup>200</sup> à sua reforma (art. 60, §4º, IV)<sup>201</sup>. Mormente o poder constituinte

---

Coimbra: Coimbra Editora. 1999. p. 80).

<sup>197</sup> Eis o magistério de Jorge Miranda acerca do princípio da igualdade na Constituição Portuguesa, onde ali, diferentemente da CF/88, o princípio da igualdade não é expressamente previsto como limite material do poder de revisão constitucional: *“Esta lei pode ser lei de revisão constitucional. Ainda que o princípio da igualdade não conste (pelo menos diretamente) no nosso art. 228º, tem de reputar-se bem mais definidor e estruturante do sistema jurídico constitucional do que alguns princípios aí mencionados: ele é um limite material implícito da revisão constitucional e a sua preterição acarretaria uma derrogação ou quebra inadmissível.”* (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV. 5ª edição. Ob. Cit. 2012. p. 284-285).

<sup>198</sup> Negar-lhe essa carga estruturante é negar a continuidade e a identidade da CF/88, o que, de certa forma, configura uma ruptura da ordem constitucional, significando alteração de um elemento fundamental respaldado não somente na CF/88, mas em todo o constitucionalismo ocidental. Não se pode olvidar a estreita relação entre a igualdade e a democracia, a liberdade e, principalmente, a dignidade humana, traduzida, nesse aspecto, com a igual dignidade de que todos os indivíduos são portadores.

<sup>199</sup> *“O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo. De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social.”* (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 11ª edição. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 340-341).

<sup>200</sup> Incompatibilidade material expressa uma inconstitucionalidade de conteúdo entre a emenda, a lei ou o ato normativo e a Constituição (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 28).

<sup>201</sup> As constituições não aspiram à perenidade (BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 182). As cláusulas pétreas, ligadas à ideia de rigidez constitucional (TEMER, Michel.

reformador de uma Constituição, como a brasileira, deverá acautelar-se ante o seu peculiar detalhismo<sup>202</sup>, a ponto de prever alíquota de determinado imposto (art. 153, §5º), e, até mesmo, as regras de aposentadorias e pensões, como se observava<sup>203</sup>. Mas, assim optou o legislador constitucional brasileiro<sup>204</sup>. Paciência!

---

Elementos de direito constitucional. 12ª edição. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 41) constituem limites materiais ao poder de revisão, sendo possível a declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional (Nesse sentido, STF, v.g, ADI 829 e ADI 2.024). E esse controle pode ser feito tanto difusamente por qualquer magistrado brasileiro ou, concretamente, pelo STF (MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. Ob. Cit. p. 143).

<sup>202</sup> Que se perde no “*varejo das miudezas*” (BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da constituição de 1988, *in* Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 13). A CF/88 foi fruto de uma ampla participação inédita de forças políticas, as quais desconfiando do legislador futuro, optaram por garantir, desde logo, os seus interesses, inserindo-os no texto da Constituição, o que resultou num texto prolixo e inflacionado, elevando temas ao *status* de norma constitucional que não tinham fôlego para perdurar no tempo. Nesse sentido: SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e reforma da previdência, *in* A reforma da previdência social. Temas polêmicos e aspectos controvertidos. TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. p. 14-15.

<sup>203</sup> O detalhismo da CF/88 a transforma, para além de norma fundamental, em uma “*Constituição-Código*”, ou um “*Código-Constitucionalizado*”, pois tenta “congelar”, como prescrições constitucionais, as situações e os compromissos conjunturais e efêmeros, firmados numa realidade circunscrita a um momento histórico. Verifica-se que não são os planos de governo que são elaborados e executados conforme a Constituição, mas, ao contrário, é a Constituição que é adaptada (modificada) conforme o plano de cada governo. Daí advêm as tensões e sucessivas reformas à CF/88, que, desde sua promulgação em 05/10/88 até agosto de 2013, possui 74 (setenta e quatro) emendas constitucionais, que, somadas às 6 (seis) emendas constitucionais de revisão, totalizam 80 (oitenta). Isso, para além de uma ideia de estabilidade e firmeza aos direitos ali estabelecidos, relativiza à Constituição.

Digno de nota é que um dos argumentos para justificar a “constituinte/88”, eram justamente as constantes afirmações de que a Constituição de 1967/1969 tornou-se uma “*colcha de retalhos*”, em decorrência das suas 28 (vinte e oito) emendas. Assim, ao invés de garantir estabilidade, o detalhismo da CF/88 converte-se em instrumento de instabilidade do sistema constitucional.

<sup>204</sup> As chamadas “reservas de Constituição”, temas escolhidos pelo poder constituinte, aos quais deu se singular importância, correspondem aos “*núcleos de matérias que, de acordo com o espírito do tempo e a consciência jurídica geral da comunidade, devem estar normativamente contemplados na lei proeminente desta comunidade*” (CANOTILHO. J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição.

A doutrina aponta a *proibição do arbítrio*<sup>205</sup> como critério racional para por à prova a discriminação adotada pelo legislador. Mas esse controle restringe-se às diferenciações arbitrárias, ou seja, aquelas em que o legislador: *a)* não apresenta nenhuma justificativa capaz de sustentar o regime diferenciado; *b)* apresenta justificativa incompatível com os critérios constitucionais; *c)* apresenta justificativa que não possui correlação entre os objetivos propostos e os resultados possíveis ou efetivamente verificados. Esse controle, às vezes, reduz a igualdade à sua mínima expressão, bastando, para tanto, existir argumentos mínimos para a defesa da diferenciação. Há ajustes possíveis, tornando mais efetivo o controle do princípio da igualdade, tais como: *1)* se o critério de diferenciação apoia-se nas categorias suspeitas (art. 3º, IV, da CF/88), há presunção de inconstitucionalidade, salvo se a diferenciação for fundada em razões de compensação ou promoção da igualdade<sup>206</sup> (nesse sentido a decisão do STF, na ADPF 186), de modo que há necessidade da devida associação da análise dessas categorias suspeitas ao princípio da dignidade, o qual fundamenta a exigência de um tratamento igual; *2)* se as diferenciações lidam com restrições à liberdade, remetendo o julgador à ponderação de interesses em confronto com o caso concreto<sup>207</sup>, deve-se

---

Ob. Cit. p. 1.140.

A reserva de Constituição não é, necessariamente, uma fórmula universal e invariável, mas auferível de cada sistema constitucional concreto (SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. Ob. Cit. p. 533).

<sup>205</sup> Gerhard Leibholz é designado como “inventor” da *proibição do arbítrio* (conforme F. Alves Correia. O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade. Coimbra. 1989. p. 419 e segs., citado no Acórdão 467/04 do Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040467.html>, acessado em 25/08/13).

<sup>206</sup> As leis serão meios para o aperfeiçoamento da igualdade, através da eliminação das desigualdades fáticas (CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Ob. Cit. p. 383).

<sup>207</sup> Segue-se, de perto, o posicionamento expressado em NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Ob. Cit. p. 111-115.

perquirir se: a) há razão [justificativa] para o tratamento jurídico diferenciado<sup>208</sup>; b) esta razão é compatível com os critérios constitucionais<sup>209</sup>; c) há compatibilidade entre os objetivos propostos e os resultados almejados<sup>210</sup>; d) o critério diferenciador apóia-se em categorias suspeitas<sup>211</sup>; caso positivo, se há outras razões justificadas ou por necessidade de compensação ou promoção<sup>212</sup>; e) os regimes jurídicos diferenciados lidam com restrições à liberdade; nesse caso, urge maior controle, pois necessária a ponderação de interesses em confronto com o caso concreto. Em síntese, sujeita-se o princípio da igualdade a diversos níveis, conforme o interesse em jogo<sup>213</sup>. Mas não se trata de uma enumeração fechada, posto que o princípio da igualdade não pode “*ser visto como algo perfeitamente estabelecido e indiscutido*”<sup>214</sup>. Esse itinerário não precisa ser totalmente percorrido se, por exemplo, ao primeiro teste detecta-se

---

<sup>208</sup> “... um determinado tratamento jurídico de situações, o critério que irá presidir à qualificação de tais situações como iguais ou desiguais é determinado directamente pela ratio do tratamento jurídico que se lhes pretende dar, isto é, é funcionalizado pelo fim a atingir com o referido tratamento jurídico. A ratio do tratamento jurídico é, pois, o ponto de referência último da valoração e da escolha do critério.” (PINTO, Maria da Glória Ferreira. Princípio da igualdade: Fórmula vazia ou fórmula ‘carregada’ de sentido? Separata do Boletim do Ministério da Justiça. N° 358. Lisboa. 1987. p. 27, citada no Acórdão 178/07 do Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em <http://www.dre.pt/pdf2sdip/2007/05/084000000/1135711363.pdf>, acessado em 25/08/13).

<sup>209</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. Ob. Cit. p. 47-48. Ver também: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Direito constitucional. Ob. Cit. p. 577.

<sup>210</sup> Nesse sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. Ob. Cit. p. 47, itens III e IV. O que, no fundo, exige-se é uma conexão entre o critério adotado e a *ratio* do tratamento jurídico.

<sup>211</sup> Aquelas sobre as quais o indivíduo não tem controle (cor, raça), ou trata-se de planos de vida (religião, opção sexual)

<sup>212</sup> Aqui estão presentes as discriminações positivas.

<sup>213</sup> “... a existência de categorias suspeitas, a gravidade da diferenciação ou o grau e intensidade de afectação de direitos fundamentais.” (NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Ob. Cit. p. 115).

<sup>214</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Ob. Cit. p. 102.

barreira intransponível, resultando na insubsistência da adoção de regime diferenciado.

O princípio da igualdade pressupõe controle<sup>215</sup> das diferenciações pretendidas pelo legislador, só podendo prevalecer uma determinada diferenciação se presente um fundamento objetivo<sup>216</sup>, lógico e constitucionalmente justificado, pois expurgadas as discriminações infundadas, gratuitas, e ilegítimas<sup>217</sup>.

#### 4.4.1. EM BUSCA DO ELEMENTO JUSTIFICADOR UNIFORME UTILIZADO PELO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR, PARA GARANTIR A PARIDADE ÀS PENSÕES NAS EC 41/03, EC 47/05 E EC 70/12

*Afinal: qual foi o elemento diferencial eleito pelo constituinte reformador para reconhecer ou não a paridade à pensão derivada de aposentadoria?*

A resposta deve decorrer, necessariamente, da análise sistêmica<sup>218</sup> das normas constitucionais transitórias contidas nas

---

<sup>215</sup> “O controle da igualdade é instituto central da garantia da constitucionalidade em Estado de Direito ...” (NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição. 2ª edição. Coimbra. Coimbra Editora. 2010. p. 799).

<sup>216</sup> “Faltando ao legislador, quando regula matéria fática, uma base de evidência objetiva, lógica, derivada da natureza das coisas, para legitimar a distinção normativa que se pretenda estabelecer, aí estará configurado o arbítrio. Faz-se mister, pois, como ressalta a jurisprudência do Tribunal Federal da Suíça, lembrada por Leibholz, que a norma não seja arbitrária. Sê-lo-á se a base discriminativa não encontrar justificação “na natureza mesma e nas exigências das relações que a lei é chamada a regular”. (BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do estado. Ob. Cit. p. 228).

<sup>217</sup> O que importa é que não se discrimine para discriminar (VIEIRA DE ANDRADE, J. C. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina. 1987. p. 299).

<sup>218</sup> Em ciência alguma um princípio é tido como isolado, mas, acha-se, cada um, em conexão íntima com outros. Desde o direito romano não se admitia a análise isolada de uma norma: “Não é correto julgar ou interpretar uma pequena parte da lei antes de se inteirar do teor da lei.” (Digesto, Livro I, Título III, frag. 24, in Corpus iuris civilis. Digesto. Livro I. Texto bilíngüe: latim e português. Equipe responsável:

ECs 41/03, 47/05 e 70/12, e da norma permanente contida no art. 40, da CF/88, sob pena de se por à prova a unidade<sup>219</sup> da Constituição.

A *data do óbito do instituidor da pensão* antes da publicação da EC 41/03 resta objetada, pois, embora relevante para as regras previstas nos arts. 3º e 7º, da EC 41/03, tal perspectiva é incompatível com os preceitos das ECs 47/05 e 70/12, uma vez que, nessas, o óbito do instituidor da pensão deve ocorrer, necessariamente, após a publicação da EC 41/03.

O *ingresso do servidor (instituidor da pensão) ao serviço público*<sup>220</sup>, embora essencial para se reconhecer a paridade às

---

coordenação Edilson Alkmim Cunha [et al.]. Brasília: TRF1, Esmaf. 2010. p. 53). O direito objetivo não é um amontoado aleatório ou caótico de normas, “... constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora cada uma no seu lugar próprio. (...) Cada preceito, portanto, é membro de um todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante para cada caso em apreço. (...) verifica-se o nexó entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular e deste modo se obtêm esclarecimentos preciosos. O preceito, assim, submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 105). “*não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços (...) a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado.*” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 88).

<sup>219</sup> A interpretação sistêmica é fruto da idéia de *unidade do ordenamento* jurídico (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. Ob. Cit. p. 136-137 e 372).

Significa que a Constituição deve ser vista como um todo (as normas constitucionais não podem ser consideradas isoladas e dispersas, mas como preceitos integrados num sistema interno e unitário), obrigando o intérprete a evitar contradições (antinomias, antagonismos) harmonizando os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Ob. Cit. p. 1.223-1.224), levando o aplicador a supor um ordenamento constitucional ideal que não entra em contradição com ele próprio (MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Ob. Cit. p. 107-108). Não se pode olvidar que é função da Constituição promover a integração política e social, não podendo conter em seu seio normas díspares a ensejar a sua própria ruína. Afinal, nenhum “*reino*” se mantém de pé dividido.

<sup>220</sup> Em alguns casos, até a data da EC 20/98, v.g, as aposentadorias do art. 2º, da EC

pensões decorrentes das aposentadorias previstas no art. 6º, da EC 41/03 (art. 2º, da EC 47/05), art. 6º-A, da EC 41/03 (EC 70/12), art. 3º, da EC 47/05, e, inclusive, da paridade tratada pelos arts. 3º e 7º, da EC 41/03, em nada aproveita à pensão derivada da aposentadoria prevista no art. 40, da CF/88 ou no art. 2º, da EC 41/03, pois, nesses casos, nem mesmo à aposentadoria é garantida a paridade.

*As aposentadorias, em si, com seus singulares requisitos (idade, tempo de contribuição, tempo no serviço público, tempo na carreira, tempo no cargo, invalidez) não se prestam como elemento imediato para, legitimamente, deferir ou não a paridade às pensões delas derivadas, pois: a) cada uma delas, v.g, art. 40, da CF/88, arts. 2º e 6º, da EC 41/03, art. 3º, da EC 47/05, apresentam, entre si, mais requisitos disformes (tendentes à dispersão) que unívocos; b) esses requisitos foram desconsiderados pela EC 41/03 e pela EC 47/05, no sentido de se estender a paridade às pensões decorrentes de aposentadorias concedidas nos moldes da legislação anterior à publicação da EC 41/03, mesmo que, faticamente, idênticos aos requisitos das aposentadorias, v.g, do art. 6º, da EC 41/03, e art. 3º, da EC 47/05<sup>221</sup>, cujo óbito do instituidor tenha ocorrido após essa data.*

Mas existe um elemento comum capaz de harmonizar as regras constitucionais de reconhecimento da paridade à pensão derivada de aposentadoria. Ao se analisarem, detidamente, as normas constitucionais, observa-se o seguinte traço comum: *se deferida paridade à aposentadoria, resta estendida a paridade à pensão dela derivada*. Isso se observa nos seguintes disposi-

---

41/03 e do art. 3º, da EC 47/05. O que, de certa forma, não deixa de ser, necessariamente, anterior à publicação da EC 41/03, ou até a publicação da EC 41/03, 31/12/03, v.g, art. 6º e art. 6º-A, ambas da EC 41/03.

<sup>221</sup> Exemplo: servidor aposentado conforme legislação anterior à publicação da EC 41/03, que se aposentou com 35 anos de tempo de contribuição, no serviço público e na mesma carreira, e com mais de 10 anos no cargo (veja que tais requisitos se encaixam naqueles previstos na aposentadoria do art. 3º, da EC 47/05), se faleceu após a EC 41/03, não foi reconhecida a paridade à pensão dela derivada.

tivos: a) arts. 3º e 7º, da EC 41/03<sup>222</sup>; b) art. 6º, da EC 41/03<sup>223</sup>; c) art. 3º, da EC 47/05, e d) art. 6º-A, da EC 41/03, acrescentado pela EC 70/12. Portanto, essa é a razão (o motivo determinante), ou critério racional determinante, adotado pelo poder constituinte reformador para garantir ou não a paridade à pensão derivada de aposentadoria.

#### 4.4.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE: APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO

Uma vez identificado o *elemento racional e objetivo* utilizado pelo legislador constitucional para garantir a paridade a certas pensões e, considerando que tal elemento está presente nas aposentadorias concedidas antes da publicação da EC 41/03 (31/12/03)<sup>224</sup>, deve ser, *em tese*, a paridade estendida às pensões delas derivadas, mesmo que o óbito do instituidor da pensão tenha ocorrido após a data da publicação da referida emenda. Mas, qual a razão para que fossem preteridas essas pensões?

Em decorrência da natureza do direito posto em discussão, observa-se, de pronto, que não se trata de hipótese a justificar a adoção das chamadas medidas de discriminações positivas (a necessidade de se adotar distinções em nome da própria igualdade). O equilíbrio financeiro e atuarial do RPPSP (*caput* do art. 40, da CF/88) aplica-se, indistintamente, a todas as pensões concedidas antes ou após a publicação da EC 41/03 e não, especificamente, àquelas decorrentes das aposentadorias concedidas com base na legislação anterior a essa data. Ademais, a

---

<sup>222</sup> A paridade era garantida a todas as aposentadorias, conforme art. 40 da CF/88, §4º (redação original) ou §8º (redação dada pela EC 20/98, posteriormente alterado pela EC 41/03).

<sup>223</sup> Conforme art. 2º, da EC 47/05.

<sup>224</sup> Conforme art. 40 da CF/88, §4º (redação original) ou §8º (redação dada pela EC 20/98, posteriormente alterado pela EC 41/03), e ratificação do arts. 3º e 7º, da EC 41/03.

todas as pensões do RPPSP, concedidas após a publicação da EC 41/03, é aplicado, sem nenhuma distinção, o redutor de 30% (trinta por cento) do valor, conforme se observa do art. 40, §8º, da CF/88. De igual sorte, sobre toda e qualquer pensão e aposentadoria do RPPSP incide contribuição previdenciária, conforme art. 40, *caput*, da CF/88, alterado pela EC 41/03<sup>225</sup>.

Não foi possível encontrar fundamento razoável ou razão

---

<sup>225</sup> Contribuição essa considerada constitucional pelo STF: “*EMENTAS: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e §6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. (...).” (ADI 3.105, DJ 18/02/05, p. 4). No mesmo sentido: STF: ADI 3.128, DJ 18/02/05, p. 4.*

objetivamente evidente que justifique a diferenciação, no sentido de negar a paridade a essas pensões. Se não há uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é algo que se impõe. A omissão da qual resultou a diferenciação, *se foi desejada ou não*<sup>226</sup> pelo poder reformador constitucional, é arbitrária, e, por isso, proibida pelo ordenamento constitucional<sup>227</sup>. Como se observa, a diferenciação em questão sequer ultrapassa o primeiro item do critério de controle das discriminações por parte do legislador.

Estando a Administração Pública sujeita ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF/88), da ausência de norma a regular expressamente a aplicação da paridade às pensões derivadas das aposentadorias concedidas antes da publicação da EC 41/03 (31/12/03)<sup>228</sup>, cujo âmbito do instituidor da pensão tenha ocorrido após essa data, leva a crer que seja esse o fundamento para aplicação da *regra geral* da EC 41/03 que nega a paridade a todas as pensões cujo fato gerador tenha ocorrido após a sua publicação.

Em termos genéricos, existe uma omissão normativa<sup>229</sup>,

---

<sup>226</sup> Se desejada estar-se-ia diante do chamado silêncio eloqüente, que não se constitui em caminho seguro para se furta do seu controle de constitucionalidade, se esse for inoportuno ao ferir o princípio da igualdade.

<sup>227</sup> “O arbítrio, a desrazoabilidade da solução legislativa, a sua inadequação ou desproporção revelam, de forma mais flagrante, a preterição.” (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV. 5ª edição. Ob. Cit. p. 286). E omitir-se é uma das formas utilizadas pelo legislador de preterir, como se observa o caso posto em discussão. Afinal, “Até o silêncio se interpreta; até ele traduz alguma coisa, constitui um índice do Direito, um modo de dar a entender o que constitui, ou não, o conteúdo de uma norma.” (MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Ob. Cit. p. 170).

<sup>228</sup> Conforme art. 40 da CF/88, §4º (redação original) ou §8º (redação dada pela EC 20/98, posteriormente alterado pela EC 41/03), e ratificação do arts. 3º e 7º, da EC 41/03.

<sup>229</sup> Por se tratar de tema elevado à categoria de norma constitucional, *mutatis mutandis*, poder-se-ia afirmar que há uma omissão do poder constituinte reformador em corrigir as normas referentes à paridade defasadas ante as circunstâncias supervenientes, não por falta ou ausência total ou parcial de norma, mas por falta de adaptação ou aperfeiçoamento, em decorrência das modificações promovidas pelas ECs 47/05 e 70/12.

ou seja, o tecido normativo não prevê os casos sob análise, repita-se, levando-se em consideração a sucessão de normas de transição das ECs 47/05 e 70/12. Por se tratar de tema guindado à categoria de norma constitucional, *mutatis mutantis*, poder-se-ia afirmar que há uma *omissão do poder constituinte reformador em corrigir as normas referentes à paridade defasadas ante as circunstâncias supervenientes*<sup>230</sup>, não por falta ou ausência total ou parcial de norma, mas por falta de adaptação ou aperfeiçoamento, em decorrência das modificações promovidas pelas ECs 47/05 e 70/12. Mas, como afirmar a inconstitucionalidade por omissão do poder constituinte reformador? Impossível. A inconstitucionalidade por omissão tem por pressuposto a mora do *legislador infraconstitucional* em conformar uma norma da Constituição, frustrando a sua eficácia<sup>231</sup>. Embora trate-se de uma omissão, imprestável, nesse sentido, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da CF/88), de igual sorte o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF/88). O que resta é o controle de constitucionalidade por ação das ECs 41/03, 47/05 e 70/12: *a) difuso*, em que se argui incidentalmente a inconstitucionalidade, proposta junto a qualquer magistrado brasileiro, desde que competente para julgar a demanda, chegando, via recurso extraordinário, ao STF; *b) concentrado*, com arguição direta da inconstitucionalidade, cuja competência é do STF.

O objeto (causa) da inconstitucionalidade serão *as Emendas 47/05 e 70/12* em si, por excluírem uma categoria de pensionistas, decretando-se a anulação desses atos legislativos, ou será antes *a omissão dessas emendas*<sup>232</sup>, que, sem por em causa

---

<sup>230</sup> Sobre a omissão por falta de atualização ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Ob. Cit. p. 1.035.

<sup>231</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo II. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2000. p. 274.

<sup>232</sup> Digno de censura não as emendas, em si, mas o esquecimento de outras situações iguais às previstas na regulamentação dessas emendas, frisa-se, de uma análise sistêmica, privilegiando a unidade da Constituição.

a razoabilidade das suas regulamentações, pretende-se apenas a extensão a outras pensões em situação jurídica constitucional igual<sup>233</sup>? O normal seria o reconhecimento de inconstitucionalidade das ECs 47/05 e 70/12, por não incluírem em suas normatizações a paridade às pensões decorrentes de aposentadorias, concedidas nos moldes da legislação anterior à publicação da EC 41/03, mas cujo fato gerador (morte do instituidor) tenha ocorrido após essa data, pois o tratamento discriminatório é maculado, já que desobediente ao princípio da igualdade.

O *plus* [paridade deferida pelas ECs 47/05 e 70/12], em si, é uma discricionariedade do legislador (*in casu*, constituinte reformador). O erro não está no *plus*, mas no parâmetro (critério) por ele utilizado para ora conceder e ora não conceder esse *plus*. Aí, especificamente, reside o problema do tratamento desigual objetado pelo ordenamento constitucional, que deve ser expurgado, não com nulidade das normas que concederam o *plus*, mas com a nulidade do critério arbitrário de não incluir determinada categoria de pensionistas. Uma vez excluído o critério arbitrário, abarca-se a categoria de indivíduos ou situações que injustamente foram excluídos pelo legislador. A essa crise no sistema normativo denomina-se *exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade*<sup>234</sup>, em que a norma afronta o princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios<sup>235</sup> a alguns segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas<sup>236</sup>, pouco importando se essa exclusão seja concludente ou explícita<sup>237</sup>.

---

<sup>233</sup> Essas perguntas foram adaptadas a partir das indagações de Canotilho *in* Constituição dirigente e vinculação do legislador. Ob. Cit. p. 388.

<sup>234</sup> Utilizada, há muito, pelo Tribunal Constitucional Alemão (MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5ª edição. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 270).

<sup>235</sup> V.g. isenções tributárias, vantagem pecuniária, benefícios previdenciários.

<sup>236</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 10.

<sup>237</sup> “Ela é concludente se a lei concede benefícios a apenas um grupo; a exclusão de benefícios é explícita se a lei geral que outorga determinados benefícios a certo

A *priori*, o princípio da isonomia pode ser visto tanto na perspectiva da exigência de tratamento igualitário quanto sob a perspectiva da proibição de tratamento discriminatório<sup>238</sup>, presumindo, necessariamente, a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa *relação de comparação*<sup>239</sup>. Dois indivíduos (ou situações) nunca são ou serão iguais em todos os aspectos. A igualdade (e a desigualdade) será sempre em relação a determinadas características. A isso se denomina igualdade (ou desigualdade) fática parcial<sup>240</sup>. Essa *relatividade* do postulado da isonomia conduz a uma *inconstitucionalidade relativa*<sup>241</sup>, “*não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma "A" ou "B", mas a disciplina diferenciada das situações.*”<sup>242</sup>. No entanto, a ordem natural para superação da ofensa à Constituição [*mormente ao princípio da igualdade*] é a declaração da inconstitucionalidade da norma que concedeu o “benefício” [*in casu: a paridade*]. O ato é inconstitucional, por óbvio, em relação à categoria “x” que foi preterida, mas o ato é constitucional e legítimo, ao deferir o benefício à categoria “y”. A cassação do ato normativo acabaria por suprimir o fundamento em que se assenta a pretensão de se fazer valer o princípio da

---

*grupo exclui a sua aplicação a outros segmentos.”* (MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional. Ob. Cit. p. 10).

<sup>238</sup> Canotilho *in* Constituição dirigente e vinculação do legislador. Ob. Cit. p. 387.

<sup>239</sup> MAURER, Hartmut. Zur verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, *in*: Festschrift für Werner Weber. Berlin: Albrecht. 1974. p. 345 (349) *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional. Ob. Cit. p. 10

<sup>240</sup> Em si, isso em nada contribui para resolver a questão da isonomia de tratamento. É necessário que a igualdade (ou desigualdade) seja em relação a um aspecto, não um aspecto qualquer, mas aquele determinante a se deferir ou indeferir o tratamento igualitário ou diferenciado.

<sup>241</sup> O tribunal declara a inconstitucionalidade da norma sem pronunciar a sua nulidade (MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. Ob. Cit. p. 271).

<sup>242</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional. Ob. Cit. p. 10-11.

igualdade<sup>243</sup>. “A declaração de nulidade de todo o complexo normativo revelaria, como assentado por Ipsen, “uma esquisita compreensão do princípio de justiça, que daria ao postulante pedra ao invés de pão”<sup>244</sup> <sup>245</sup>. Isso é agravado, quando ocorre na seara da seguridade social, onde, em decorrência da natureza do direito, os indivíduos encontram-se sob contingências sociais, os quais esperam e confiam não só numa maior cautela protetiva, mas na efetiva promoção da dignidade humana por parte do estado. Assim, “Declará-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais.”<sup>246</sup>”. Nessa hipótese, deve-se estender o “benefício” [*in casu*: a paridade] aos discriminados que o solicitam perante o Judiciário<sup>247</sup>, pelas chamadas *sentenças aditivas*<sup>248</sup>. Embora a Súmula do STF 339

---

<sup>243</sup> Ou seja, a declaração ortodoxa da inconstitucionalidade, com a consequente cassação da norma maculada, põe em risco valor outro tutelado pela Constituição: o princípio da igualdade *in concreto*, de interesse social. Nesse aspecto: MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica Editora. 1999. p. 716.

<sup>244</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. Ob. Cit. p. 272.

<sup>245</sup> Nesse sentido: “Evidentemente, a cassação da norma inconstitucional (declaração de nulidade) não se mostra apta, as mais das vezes, para solver os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente na chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. É que ela haveria de suprimir o benefício concedido, em princípio licitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados.” (MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no direito brasileiro *in* As vertentes do direito constitucional contemporâneo. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2002. p. 434-435).

<sup>246</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 35ª edição. Ob. Cit. p. 228.

<sup>247</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 35ª edição. Ob. Cit. p. 228

<sup>248</sup> “... em que a inconstitucionalidade não reside tanto naquilo que a norma preceitua quanto naquilo que ela não preceitua, acha-se na norma (mais favorável) na medida em que não contém tudo quanto deveria conter para responder aos imperativos da Constituição; e em que o órgão de fiscalização acrescenta esse elemento que falta.” (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV. 5ª edi-

disponha que “*Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia*”, tal súmula, aprovada por aquela Corte em 13/12/63, não mais tem sustentação, pois incompatível com o princípio constitucional da igualdade<sup>249</sup>, de acordo com a teoria da “*exclusão do benefício incompatível com o princípio da isonomia*” que induz, conforme o caso, a declaração de inconstitucionalidade relativa. Quando muito, essa súmula de regra passa à exceção a ser aplicada em casos excepcionais [a exemplo do Tribunal Constitucional Alemão<sup>250</sup>].

Logo, não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas das ECs 47/05 e 70/12 maculadas pela inconstitucionalidade (carecedoras de fundamento de validade), suprimindo a paridade ali garantida às pensões, pois eliminá-las significaria, necessariamente, retirar dessas normas jurídicas a sua eficácia jurídica<sup>251</sup>. O estado, aqui compreendido, principalmente, como o aplicador do direito (Judiciário) está obrigado a atuar no sentido de dar satisfação ao direito [paridade], obrigando-se a não atentar contra a realização desse direito (proibição de isonomia inversa, igualar de forma negativa), devendo, necessariamente, estender a paridade aos casos análogos, quais sejam, as pensões derivadas das aposentadorias concedidas nos moldes da legis-

---

ção. Ob. Cit. p. 286-287).

<sup>249</sup> “... se uma lei concede vantagens a grupos discriminando pessoas na mesma situação, não se trata de conceder isonomia por decisão judicial, mas corrigir a inconstitucionalidade da discriminação. Isso é função jurisdicional, uma vez que a função legislativa não o fez nos termos da Constituição.” (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 35ª edição. Ob. Cit. p. 228, nota 40).

<sup>250</sup> “O Tribunal [alemão] não está autorizado, salvo em situações excepcionais, a proferir a declaração de inconstitucionalidade [total] de eventual cláusula de exclusão em virtude das repercussões orçamentárias que resultariam, inevitavelmente, da concessão do benefício.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. Ob. Cit. p. 272).

<sup>251</sup> Assim, “além de traduzir possível injustiça com os beneficiados, pode levar a uma situação de ausência de normas, a um vácuo de direito (*Rechtshvacuum*), ou, até mesmo, ao chamado caos jurídico (*Rechtsschaos*).” (MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade, aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva. 1990. p. 70).

lação anterior à publicação da EC 41/03 (31/12/03), cujo fato gerador (morte do instituidor da pensão) tenha ocorrido após a publicação dessa emenda<sup>252</sup>. Oxalá o STF reconheça tal direito no RE 603.580, submetido à repercussão geral, evitando, assim, demora às demandas que urgem uma rápida prestação jurisdicional, seja em decorrência de tratar-se de matéria previdenciária (previsto o risco social), seja em relação à idade dos beneficiários das pensões (frisa-se, pensões derivadas de aposentadorias há mais de 10 anos, as quais, em tese, pressupõem, idade avançada).

## 5. CONCLUSÃO

A seguridade social, em especial a previdência social, tem por característica relações jurídicas que se prolongam no tempo e que, aliadas à intensa atividade do legislador, possuem uma complexa estrutura normativa, tornando difícil a sua compreensão e aplicação, aumentando a probabilidade de conflitos normativos, não obstante tratar-se de tema que requer atenção redobrada do aplicador do direito, pois ligado às situações em que a pessoa humana encontra-se sujeita às contingências sociais, urgindo maior proteção estatal.

Tendo por referência o brocado latino *tempus regit actum*, intuitivamente esses conflitos normativos tendem a ser solucionados sob a perspectiva do direito adquirido<sup>253</sup> (com mera verificação *geométrica linear de sucessão de normas*, na qual se observa, prontamente, qual a norma previdenciária vi-

---

<sup>252</sup> Embora o ponto de chegada seja parecido ao da tese que defende a pensão como, *necessariamente*, uma *consequência lógica da aposentadoria*, no entanto, são distintos os fundamentos. Ademais, não se sustenta essa tese, pois aposentadoria e pensão são benefícios distintos: *a*) decorrem de relações jurídicas distintas: a pensão, de uma relação de dependência econômica (vínculo familiar), a aposentadoria, de uma relação de trabalho (vínculo funcional); *b*) a pensão não decorre, *necessariamente*, de uma aposentadoria, mas de um óbito (o falecimento do servidor, instituidor da pensão, pode tanto ocorrer quando esse se encontre aposentado ou na atividade).

<sup>253</sup> Como se observa da Súmula 349, do STF e da Súmula 340, do STJ.

gente em determinado espaço temporal). É preciso ir além, para verificar qual a norma *constitucionalmente válida* a ser aplicada, pressupondo confronto da norma (seja lei<sup>254</sup> ou emenda constitucional<sup>255</sup>) com outras normas contidas na CF/88, v.g, os princípios da dignidade humana, igualdade, proporcionalidade, segurança jurídica, entre outros<sup>256</sup>.

Especificamente, quando o legislador (compreendendo, também, o poder constituinte reformador) afronta o princípio da igualdade, seja em decorrência de uma conduta omissiva ou comissiva, *concedendo* “vantagens” ou “benefícios” a alguns segmentos *sem contemplar* outros em condições idênticas, estar-se-á diante da denominada *exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade*. Embora a superação da ofensa à Constituição se dê com a *declaração de inconstitucionalidade total da norma*, expurgando-a do ordenamento jurídico, nesses casos, *declaração de inconstitucionalidade será relativa*, não por ser, necessariamente, uma inconstitucionalidade menos grave que aquela, mas para estender o benefício” à categoria que foi arbitrariamente preterida, mediante as chamadas “*sentenças aditivas*”. Isso porque: *a*) a inconstitucionalidade não é do “benefício” concedido, mas do “critério adotado para sua concessão”; *b*) a cassação do ato normativo acabaria por

---

<sup>254</sup> Ainda mais quando se verifica que a CF/88 optou por tratar detalhadamente as questões previdenciárias, a exemplo do RPPSP. Além de prever os requisitos das aposentadorias e das pensões, a CF/88 achou por bem tratar das fórmulas de cálculo e de reajustes desses benefícios, ou seja, com a constitucionalização desses direitos eles passam a ter *status de direito fundamental*, onde a decisão de garantir-lhes ou não lhes garantir é subtraída da discricionariedade do legislador infraconstitucional.

<sup>255</sup> Em decorrência dos limites estabelecidos pela Constituição ao poder constituinte reformador, v.g, art. 60, da CF/88.

<sup>256</sup> Como se observa no caso estudado, que teve por referência a paridade das pensões do RPPS, regulada por sucessivas emendas à Constituição (ECs 41/03, 47/05 e 70/12), analisadas sistemicamente e confrontadas com o princípio da igualdade, concluiu-se que essas emendas deixaram injustificadamente de deferir a paridade às pensões derivadas de aposentadorias concedidas sob a égide das normas constitucionais anteriores à publicação da EC 41/03 (31/12/03), cujo fato da morte do instituidor da pensão tenha ocorrido após essa data, afronta o princípio da igualdade.

suprimir o fundamento em que se assenta a pretensão de se fazer valer o princípio da igualdade; c) é vedado ao Judiciário retirar da ordem jurídica direito legítimo conferido pelo legislador democrático<sup>257</sup>. Não pode a súmula 339<sup>258</sup>, do STF (editada em 13/12/63), ser óbice à efetivação do princípio da igualdade, pois, outrora adotada como regra, passa a ser aplicada a casos excepcionais, se constitucionalmente justificados. E ...

*“O senhor... Mire veja: o mais importante bonito do mundo é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas - mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam.”*<sup>259</sup>



## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRINO, José Melo. Direitos fundamentais: introdução geral. 2ª edição. Cascais: Princípia. 2011.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2012.
- ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. Fórum Administrativo. Fórum. Vol. 2. Nº 15. p. 579-587. 2002.
- AMARAL, Maria Lúcia. A forma da república. Coimbra: Coimbra Editora. 2005.
- ANDRADE, Carlos Drummond de. No meio do caminho *in* Alguma Poesia. Belo Horizonte: Edições Pindorama.

<sup>257</sup> Salvo raras exceções em que a declaração se faz presente ante as contingências orçamentárias.

<sup>258</sup> “Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.”

<sup>259</sup> ROSA, Guimarães. Grande sertão: veredas. Edição Comemorativa. Ob. Cit. p. 19.

- 1930.
- \_\_\_\_\_. José *in* Antologia poética. 40ª edição. Rio de Janeiro: Record. 1998.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret. 2001.
- ASSIS, Armando de Oliveira. Em busca de uma concepção moderna do risco social. *Revista de Direito Social*. Nº 14. p. 149-173. 2004.
- BALERA, Wagner. Sistema de seguridade social. São Paulo: LTr. 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Apontamentos sobre agentes públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1975.
- \_\_\_\_\_. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 12ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2004.
- \_\_\_\_\_. Curso de direito administrativo. 17ª edição. São Paulo: Malheiros. 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. Doze anos da constituição de 1988, *in* Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.
- \_\_\_\_\_. Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência (Ascensão e queda de um regime de erros e privilégios), *in* A reforma da previdência social. Temas polêmicos e aspectos controvertidos. TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.
- \_\_\_\_\_. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2004.
- \_\_\_\_\_. Interpretação e aplicação da constituição. 6ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva. 2006.
- \_\_\_\_\_. Curso de direito constitucional contemporâneo. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à constituição do Brasil. Vol. 2. São Paulo: Saraiva. 1989.

- BEVILAQUA, Clovis. Teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1980.
- BOBBIO, Norberto. Igualdad y libertad. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica e Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona. 1993.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 11ª edição. São Paulo: Malheiros. 2001.
- \_\_\_\_\_. O princípio da igualdade como limitação à atuação do estado. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*. Nº 3. p. 217-229. 2009.
- BRAGANÇA, Kerlly Huback. Direito previdenciário. 6ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.
- BRITO, Miguel Nogueira de. A constituição constituinte: Ensaio sobre o poder de revisão da constituição. Coimbra: Editora Coimbra. 2000.
- CALAZANS, Fernando Ferreira. A extinção da paridade remuneratória para as pensões pós-emenda nº 41 – Uma questão ainda controvertida no Judiciário Mineiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte (RPGMBH)*. Ano 5. Nº 9. p. 92-107. 2012.
- CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. Regime próprio de previdência social dos servidores públicos. 2ª edição. (2008). 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá Editora. 2011.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina. 1992.
- \_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. Constituição da república portuguesa anotada. Vol I. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 1993.
- \_\_\_\_\_. Constituição dirigente e vinculação do legislador. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora. 1994.
- \_\_\_\_\_. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7ª edição. 2ª Reimpressão. Coimbra: Almedina. 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito ad-

- ministrativo. 24ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 9ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial. 2008.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Tratado de direito administrativo. Vol. IV. 3ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1956.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernandes Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva. 2004.
- COIMBRA, José dos Reis Feijó. Direito previdenciário brasileiro. 5ª edição. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas. 1994.
- COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva. 2004.
- COUTINHO, Luís Pedro Pereira. A autoridade moral da constituição: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo brasileiro. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As inovações constitucionais do regime previdenciário do servidor público. Fórum Administrativo. Vol. 1. Nº 2. p. 163-175. 2001.
- \_\_\_\_\_. Direito administrativo. São Paulo: Atlas. 2006.
- \_\_\_\_\_. Direito administrativo. 22ª edição. São Paulo: Atlas. 2009.
- DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. Curso de direito previdenciário. São Paulo: Editora Método. 2008.
- DIGESTO, Livro I, Título III, frag. 24, *in* Corpus juris civilis. Digesto. Livro I. Texto bilíngüe: latim e português. Equipe responsável: coordenação Edilson Alkmim Cunha [et

- al.]. Brasília: TRF1, Esmaf. 2010.
- DUGUIT, Leon. *Leçons de droit public général*. Paris: Boccard. 1926.
- DURAND, Paul. *La política contemporánea de seguridad social*. Madrid: Centro Publicaciones MTSS. 1991.
- DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 2012.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito constitucional*. São Paulo: RT. 2011.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros. 1994.
- FONSECA, Tito Prates da. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1943.
- GALEANO, Eduardo. *O livro dos abraços*. 7ª edição. Trad. Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM. 2000.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva. 2003.
- GOES, Hugo Medeiros de. *Resumo de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Editora Ferreira. 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros. 2003.
- HORTA, Raul Machado. *Constituição e direito adquirido*. *Revista de Informação Legislativa*. Nº 112. p. 69-86. 1991.
- HOVARTH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 7ª edição. São Paulo: Quatier Latin. 2008.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 12ª edição. Niterói: Editora Impetus. 2008.
- ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das liberdades fundamentais*. Trad. Carlos Souza. Barueri: Manole. 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1997.
- KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de direito previdenciário*. 5ª edição. Salvador: Editora Podium. 2008.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo: Fundamentos da etica juridica*.

- Trad. Luiz Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas. 1985.
- LEITE, Celso Barroso. Conceito de seguridade social, in Curso de direito previdenciário: homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira. Coord. Wagner Balera. 5ª edição. São Paulo: LTr. 2002.
- LESSA, Pedro. Do poder judiciário. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1915.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. A irretroatividade das leis e o direito adquirido. 4ª edição. São Paulo: RT. 1994.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade Social. 19ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. Direito intertemporal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1946.
- \_\_\_\_\_. Hermenêutica e aplicação do direito. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21ª edição. São Paulo: Malheiros. 1996.
- MELO NETO, João Cabral de. Auto do Frade *in* Obra completa. Volume único. Rio de Janeiro: Nova Aguilar. 1994
- \_\_\_\_\_. Morte e vida Severina *in* Obra completa. Volume único. Rio de Janeiro: Nova Aguilar. 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade, aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva. 1990.
- \_\_\_\_\_. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no direito brasileiro *in* As vertentes do direito constitucional contemporâneo. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2002.
- \_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2004.
- \_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5ª edição. 4ª tiragem.

- São Paulo: Saraiva. 2009.
- \_\_\_\_\_ ; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 6ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.
- MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica Editora. 1999.
- Michaelis moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. 1998.
- MIRANDA, Jedral Galvão. Direito da seguridade social. Rio de Janeiro: Elsevier. 2007.
- MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo II. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2000.
- \_\_\_\_\_. Manual de direito constitucional. Tomo IV. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2012.
- \_\_\_\_\_. Manual de direito constitucional. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora. 2001.
- MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de direito constitucional. São Paulo: RT. 2012.
- MODESTO, Paulo. A reforma da previdência e as peculiaridades do regime previdenciário dos agentes públicos. Revista Brasileira de Direito Público (RBDP). Ano 1. Nº 1. p. 141-183. 2003.
- MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. A reforma administrativa e o direito adquirido ao regime da função pública. Revista de Informação Legislativa. Nº 128. p. 191-196. 1995.
- MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Atlas. 2002.
- NEVES, Ilídio das. Direito da segurança social: princípios fundamentais numa análise prospectiva. Coimbra: Coimbra Editora. 1996.
- NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.
- \_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria.

- Coimbra: Coimbra Editora. 2006.
- \_\_\_\_\_. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição. 2ª edição. Coimbra. Coimbra Editora. 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito constitucional intertemporal. Revista Forense. Vol 84. Nº 304. p. 29-36. 1988.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 1999.
- QUEIROZ, Marcos de. A pensão por morte no regime geral de previdência social. São Paulo: LTr. 2006.
- RAMALHO, Marcos de Queiroz. A pensão por morte no regime geral de previdência social. São Paulo: LTr. 2006.
- ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Comentários à lei de benefícios da previdência social. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.
- ROSA, André Vicente Pires. Igualdade, *in*: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar. 2006.
- ROSA, João Guimarães. Grande sertão: veredas. Edição comemorativa. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira. 2006.
- SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.
- \_\_\_\_\_. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e reforma da previdência, *in* A reforma da previdência social. Temas polêmicos e aspectos controvertidos. TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.
- SCHÜLER, Leonardo Costa. Natureza jurídica das entidades gestoras do regime de previdência complementar para os servidores públicos federais, 2012. Disponível em

- <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/10498> acesso em 12/08/13).
- SILVA, De Plácido. Vocabulário jurídico. 27ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2006.
- SILVA, José Afonso da. Reforma constitucional e direito adquirido, *in* Poder constituinte e poder popular. São Paulo Malheiros. 2000.
- \_\_\_\_\_. Curso de direito constitucional positivo. 35ª edição. São Paulo: Malheiros. 2012.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. 1ª Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2013.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito previdenciário. 10ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.
- \_\_\_\_\_. (Coord.) Comentários à reforma da previdência: EC n. 41/2003. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2004.
- TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 12ª edição. São Paulo: Malheiros. 1996.
- TOLOMEI, Carlos Young. A proteção ao direito adquirido sob o prisma civil e constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.
- TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de direito da seguridade Social. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2008.
- VELLOSO, Carlos Mário. Temas de direito público. Belo Horizonte: Del Rey. 1997.
- VENTURI, Augusto. Los fundamentos científicos de la seguridad social. Trad. Gregorio Tutela Cambroner. Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo e Seguridad Social. 1994.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros. 2006.
- VIEIRA DE ANDRADE, J. C. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina. 1987.