

PENSÃO INTEGRAL E A EFICÁCIA DA EMENDA

CONSTITUCIONAL N.º 41/03

Danilo Alejandro Mognoni Costalunga*

SUMÁRIO: I - Considerações iniciais; II - Breve análise sobre a problemática da eficácia das normas constitucionais; III - Regime jurídico constitucional do benefício de pensão por morte; IV - Eficácia da Emenda Constitucional n.º 41, de 2003; V - Considerações finais.

I - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em relação ao estudo da eficácia das normas constitucionais, seguindo advertência de INGO WOLFGANG SARLET¹, necessária a tomada de posição na esfera terminológica e conceitual.

Neste sentido, a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA orienta a distinguirmos a vigência (qualidade da norma que a faz existir juridicamente, após regular promulgação e publicação, tornando-se de observância obrigatória) da eficácia (possibilidade de gerar efeitos jurídicos)².

Por sua vez, ainda que presente uma correlação dialética de complementariedade entre vigência e eficácia³, indispensável a análise da concepção clássica de JOSÉ AFONSO DA SILVA a respeito da eficácia social e eficácia jurídica da norma. Para o renomado constitucionalista, a eficácia social da norma, que confunde-se com a efetividade da norma, diz com sua real obediência e aplicação aos fatos, com a realização concreta do direito⁴, ao passo que a eficácia jurídica "designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade,

* Advogado em Porto Alegre - RS, professor de Direito no UniRitter, Membro Efetivo do IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual, Especialista em Direito Processual Civil, Mestrando em Direito pela PUCRS.

¹ Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *Os Direitos Fundamentais sociais na Constituição de 1988*.

² Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2.ª ed., São Paulo: RT, 1982, p. 42.

³ Neste sentido, MARIA HELENA DINIZ, *Constituição de 1988: Legitimidade. Vigência e Eficácia. Supremacia*.

⁴ Cf. LUIZ ROBERTO BARROSO, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 83

exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade e não efetividade.”⁵.

Por outro lado, sobre a relação entre a eficácia jurídica e a aplicabilidade importa registrarmos que, embora fenômenos conexos⁶, apenas a norma vigente será eficaz (no sentido jurídico) por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade.

Assim, bem delimitada nossa posição na esfera terminológica e conceitual, cumpre agora a análise sobre a problemática da eficácia das normas constitucionais.

II - BREVE ANÁLISE SOBRE A PROBLEMÁTICA DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A concepção atual da doutrina a esse respeito em geral é no sentido de que a maior parte das disposições constitucionais constitui direito plena e diretamente aplicável⁷.

Do mesmo modo, pacífico o entendimento doutrinário de que mesmo as normas constitucionais de eficácia imediata, como dizem, auto-aplicáveis, podem depender de regulamentação legislativa, para que possam ter maior executoriedade, ou com o objetivo de serem adaptadas às transformações e às circunstâncias vigentes na esfera social e econômica⁸.

Conforme lição do renomado JOSÉ HORÁCIO MEIRELLES TEIXEIRA, referendado pelo não menos importante INGO WOLFGANG SARLET⁹, as normas constitucionais podem ser classificadas em dois grupos: as normas de eficácia plena e as normas de eficácia limitada ou reduzida¹⁰.

⁵ Cf. J.A. da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, pp. 55-6

⁶ Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *Os Direitos Fundamentais sociais na Constituição de 1988*.

⁷ Neste sentido, vide por todos, JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2.^a ed., São Paulo: RT, 1982, p. 76.

⁸ Neste sentido, INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, 3.^a ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 229.

⁹ Neste sentido, INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, 3.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 231.

¹⁰ Cf. JOSÉ HORÁCIO MEIRELLES TEIXEIRA, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 317.

Segundo JOSÉ HORÁCIO MEIRELLES TEIXEIRA as normas de eficácia plena produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os seus efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto, sendo que as normas de eficácia limitada ou reduzida não produzem, logo ao serem promulgadas, todos os seus efeitos essenciais, porque não se estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso suficiente, deixando total ou parcialmente essa tarefa ao legislador ordinário¹¹.

Ainda o mesmo JOSÉ HORÁCIO MEIRELLES TEIXEIRA classifica as normas de eficácia limitada ou reduzida em dois outros grupos: normas programáticas e normas de legislação, as primeiras versando sobre matéria de natureza eminentemente ética e social, e as segundas dependentes de legislação concretizadora para alcançarem sua eficácia plena, regulando de forma direta a matéria que constitui seu objeto, sendo, contudo, insuscetíveis de aplicação imediata, por reclamarem normas legislativas instrumentais às quais se acham condicionadas¹².

A doutrina mais tradicional vale-se de classificação semelhante, embora com semântica diversa: JOSÉ AFONSO DA SILVA classifica as normas constitucionais em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada¹³. Por sua vez, CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES BRITTO as definem como normas inintegráveis e integráveis, de eficácia parcial ou de eficácia plena¹⁴.

Na dicção de INGO WOLFGANG SARLET as normas de eficácia contida (cf. doutrina JOSÉ AFONSO DA SILVA), ou normas de eficácia limitada ou reduzida (cf. doutrina JOSÉ HORÁCIO MEIRELLES TEIXEIRA), são normas que enunciam uma reserva legal em matéria de restrição dos efeitos¹⁵.

¹¹ Cf. JOSÉ HORÁCIO MEIRELLES TEIXEIRA, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 317.

¹² Cf. JOSÉ HORÁCIO MEIRELLES TEIXEIRA, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 323 e ss.

¹³ Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2.^a ed., São Paulo: RT, 1982, p. 79 e 89.

¹⁴ Cf. CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES BRITTO, *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo: Saraiva, 1982, pp. 117 e ss.

¹⁵ Neste sentido, INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, 3.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 237.

III - REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE

O benefício de pensão por morte encontra disciplina legal no art. 40 da Constituição da República Federativa do Brasil, dispositivo este que ao longo dos anos sofreu inúmeras alterações.

Abaixo, transcrevemos a redação original do art. 40 da CRFB, com as respectivas alterações por força das Emendas Constitucionais n.º 03/93, 20/98 e, mais recentemente, a EC 41/03, que posteriormente será objeto do presente estudo no que diz com a sua eficácia.

CRFB de 1988

"Art. 40.

...

§ 5.º 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."

Emenda Constitucional Nº 3, de 1993

"Art. 40.....

...

§ 6º As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei."

Emenda Constitucional Nº 20, de 1998

"Art. 40.

...

§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º.

§ 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.

§ 14. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este

artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

...

§ 15. Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

§ 16. Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar."

Emenda Constitucional Nº 41, de 2003

"Art. 40.

...

§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual:

I - ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou

II - ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito.

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

...

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos."

IV - EFICÁCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 41, DE 2003

No que diz com a proposta de análise do presente estudo, relativamente à pensão integral, cabe referir que ao dispor o art. 40, § 7.º da CRFB, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, que Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte , não temos dúvidas em afirmar que a

mesma é norma de eficácia limitada ou reduzida e de legislação¹⁶, limitada¹⁷, bem como integrável e de eficácia parcial¹⁸.

Neste sentido, por expressa determinação legal, aos 20-02-2004 foi publicada a Medida Provisória nº 167, de 20 de fevereiro de 2004¹⁹, que dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis nºs. 9.717, de 27 de novembro de 1998, 9.783, de 28 de janeiro de 1999, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências²⁰.

A MP 167/04²¹, ao dispor sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, por exigência da própria EC 41/03, legitimou o fato de que a EC 41/03, insuscetível de aplicação imediata, por reclamar norma legislativa instrumental à qual se acha condicionada, era dependente de legislação concretizadora para alcançar sua eficácia plena, regulando de forma direta a matéria que constitui seu objeto²².

Em decorrência, tem-se que a MP n. 167/04²³, que dispôs sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, implementando uma série de alterações no regime previdenciário, entrando em vigor na data de sua publicação, dia 20-02-2004, é o marco referencial para a solução da questão ora discutida.

¹⁶ Cf. JOSÉ HORÁCIO MEIRELLES TEIXEIRA, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

¹⁷ Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2.ª ed., São Paulo: RT, 1982.

¹⁸ Cf. CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES BRITTO, *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo: Saraiva, 1982.

¹⁹ Como sabido, com a edição da EC n. 32/01, a Medida Provisória perde a eficácia, desde a sua edição, se não for convertida em lei no prazo de 60 dias (a partir da sua publicação), admitindo-se, no entanto, a prorrogação automática do prazo por mais 60 dias, uma única vez, caso os 60 dias originários se esgotem sem a apreciação da Medida Provisória pelas duas casas do Congresso Nacional.

²⁰ A MP 167/2004 foi convertida em lei aos 21-06-2004, data na qual foi publicada a Lei n.º 10.887, de 18 de junho de 2004, dispondo sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, alterando dispositivos das Leis nºs. 9.717, de 27 de novembro de 1998, 9.783, de 28 de janeiro de 1999, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dando outras providências.

²¹ Convertida na Lei n.º 10.887, de 18-06-2004.

²² Cf. JOSÉ HORÁCIO MEIRELLES TEIXEIRA, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 323 e ss.

²³ Convertida na Lei n.º 10.887, de 18-06-2004.

Da análise que se faça da mencionada MP, a segunda alteração introduzida pela MP nº 167/04²⁴ está contida em seu art. 2º que estipula a forma de cálculo das pensões por morte concedidas após a publicação da MP, vale dizer, concedidas após o dia 20-02-2004, tudo nos moldes do § 7º do art. 40 da Constituição Federal – CRFB/88, com a redação dada pela EC nº 41/03.

Segundo noticia a MP 167/04²⁵, as pensões corresponderão ao valor da remuneração ou dos proventos percebidos pelo servidor ativo ou inativo, limitados ao teto do RGPS. Os dependentes dos servidores ativos ou aposentados que percebiam remuneração superior ao teto do RGPS farão jus a uma pensão correspondente ao limite máximo do RGPS acrescido de 70% (setenta por cento) da parcela da remuneração ou proventos que ultrapassar o referido limite, verbis:

**“I) à totalidade dos proventos percebidos pelo aposentado na data anterior à do óbito, até o limite máximo dos benefícios do RGPS, acrescido de 70% da parcela excedente a este limite; ou
II) à totalidade da remuneração de contribuição percebida pelo servidor no cargo efetivo na data anterior ao óbito, até o limite máximo dos benefícios do RGPS, acrescido de 70% da parcela excedente a este limite.”**

Assim, estando contida no art. 2º a forma de cálculo das pensões por morte, **aplicável às pensões concedidas após a publicação da MP**, ou seja, após o dia 20-02-2004, tem-se que o direito ao pensionamento integral, correspondente a 100% do montante que o segurado falecido perceberia se vivo fosse, é inerente a todos os beneficiários da pensão por morte decorrente de passamento verificado até o dia 19-02-2004, benefício este disciplinado pelo regime jurídico anterior, constante da EC 20/98. Isto pela orientação pacífica de que o direito à pensão rege-se pela lei vigente à data do falecimento do segurado – tempus regit actum.

A negativa por parte da Administração em conceder o benefício de pensão por morte em valor integral ao que percebia o beneficiário instituidor se vivo fosse, uma vez verificado o decesso deste beneficiário em data anterior a 19-02-2004, representa grave ofensa à lei.

²⁴ Convertida na Lei n.º 10.887, de 18-06-2004.

²⁵ Convertida na Lei n.º 10.887, de 18-06-2004.

Vale lembrar que, na forma do artigo 40, § 7º, da CRFB, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 20/98, a concessão do benefício da pensão por morte "... será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 3º". Ao interpretar o então art. 40, § 5º - substituído pelo aludido dispositivo - o STF firmou entendimento de que "a pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, sendo que este quantum deverá corresponder ao valor da respectiva remuneração ou proventos, observado o teto inscrito no art. 37, XI, da CF"²⁶.

V - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já afirmamos em outra oportunidade que a história nos demonstra que a vida em sociedade e seus sistemas jurídicos sofreram uma série de importantes e profundas transformações, aparentemente lentas e progressivas, na formulação de direitos que conduziram a uma verdadeira revolução na nossa concepção jurídica, política, econômica e social²⁷.

Estas transformações dos sistemas jurídicos possibilitaram a passagem de um sistema irracional para um sistema racional de direito: o arbítrio deu lugar à justiça e a legalidade, a anarquia do regime feudal foi substituída pelo reforço do poder de certos reis e senhores, a economia fechada cedeu para a economia de troca, o costume foi suplantado pela lei²⁸.

Assim, ante a questão noticiada no presente ensaio, representada pela negativa de pagamento do benefício de pensão por morte em valor integral ao que percebia o beneficiário instituidor se vivo fosse, desde que o mesmo tenha falecido em data anterior a 19-02-2004, a nós parece que muitos daqueles sistemas jurídicos, sem prejuízo de sua simultânea abertura material e estabilidade²⁹, estão tomando forma novamente: estamos na contramão da história e da própria lógica na evolução da vida em sociedade, passando de um sistema racional para um sistema irracional de direito³⁰.

²⁶ Cf. RE 199.461-4-SP-2ª Turma, in RT 737/145.

²⁷ Cf. DANILO ALEJANDRO MOGNONI COSTALUNGA, *Taxação dos Inativos: do racional ao irracional*.

²⁸ Cf. JOHN GILISSEN, *Introdução Histórica ao Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

²⁹ Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

³⁰ Cf. JOHN GILISSEN, *Introdução Histórica ao Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

Resta sabermos, então, fiéis ao princípio da legalidade e, é claro, não descurando do fato de que o direito deva ser justo, razoável, solidário e igualitário, qual a razão da negativa da Administração em adimplir o benefício de pensão por morte em valor integral ao que percebia o beneficiário instituidor se vivo fosse, uma vez verificado o decesso deste beneficiário em data anterior a 19-02-2004?

Estaríamos, como já assinalado³¹, retornando ao sistema irracional de direito, em que a arbitrariedade prevalece sobre a lei, em que o acatamento da administração ao direito e à lei deixou de ser regra de observância permanente e obrigatória, desvirtuando-se a gestão dos negócios públicos e os fundamentos da ação administrativa?

³¹ Cf. DANILO ALEJANDRO MOGNONI COSTALUNGA, *Taxação dos Inativos: do racional ao irracional*.