

1ª Vara da Fazenda e Autarquias de Belo Horizonte/MG

Gabinete do Juiz Geraldo Claret de Arantes

PROCESSO N. 0024.12.129.593-5

IMPETRANTE: ROBERTA VIEIRA SARAIVA

IMPETRADOS: DIRETOR DE PREVIDÊNCIA e do PRESIDENTE DO INSTITUTO DE
PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IPSEMG

NATUREZA: MANDADO DE SEGURANÇA

SENTENÇA

Vistos, etc.,

ROBERTA VIEIRA SARAIVA, qualificada e devidamente representada nos autos, impetra mandado de segurança contra ato do DIRETOR DE PREVIDÊNCIA e do PRESIDENTE DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - IPSEMG, no qual aduz que:

a) é beneficiária da pensão por morte do Sr. Querino Saraiva Nobre, falecido em 21/07/2004, quando ocupava o cargo de Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais e Interdições e Tutelas da Comarca de Coração de Jesus - MG;

b) com a morte do ex-servidor, foi requerida junto ao IPSEMG, a devida pensão por morte. Tal benefício previdenciário foi deferido em favor da impetrante, que recebe atualmente o valor de R\$2.575,71 (dois mil quinhentos e setenta e cinco reais e setenta e um centavos);

c) a pensão tem sido paga a menor, quando deveria ser calculada pelas regras constantes do artigo 40, §7º, I da CR/88.

Requeru, em sede de liminar, a determinação para que a autoridade coatora pague a pensão por morte a que faz jus na integralidade, no valor de R\$ 4.827,90 (quatro mil oitocentos e vinte e sete reais e noventa centavos).

À inicial foram acostados os documentos de folhas 10 a 23.

Em decisão de f.35/38 foi indeferida a antecipação de tutela.

Devidamente notificadas, as autoridades apontadas como coatoras prestaram informações às f.43/49 e 50/57, alegando, em síntese, a ausência de direito à paridade para as pensões cujo fato gerador tenha ocorrido a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Às f. 89/97 o Ministério Público emitiu parecer, opinando pela denegação da segurança.

É o relatório. DECIDO.

Ab initio, é cediço que a ação mandamental é um dos remédios constitucionais mais importantes do nosso ordenamento jurídico, que tem por escopo a correção de ato ou omissão, manifestamente ilegal, de autoridade pública que viole direito líquido e certo da pessoa física ou jurídica.

Tal entendimento pode ser extraído do art. 5º, LXIX, de nossa Magna Carta: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

Pleiteia a autora o recebimento da totalidade da pensão por morte a que faz jus, tendo em vista que o valor pago pelo IPSEMG está desatualizado.

Conforme se depreende dos documentos colacionados, o valor que o instituidor da pensão receberia, se vivo estivesse, não corresponde ao importe efetivamente pago à pensionista.

Nesse passo, o valor atualizado dos vencimentos do ex-servidor perfaz o montante de R\$ 4.827,90 (quatro mil oitocentos e vinte e sete reais e noventa centavos).

Breve consideração sobre o regime contratual dos servidores públicos, à luz da Constituição Federal de 1988:

Segundo o artigo 37 da Constituição Federal, os servidores públicos da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são investidos no cargo mediante a aprovação em concurso de provas e títulos, mediante as condições estabelecidas previamente no edital do certame.

O edital é a lei que regula a aprovação para a investidura no cargo, portanto, e a investidura agrega ao servidor direitos e deveres que existem na época do fato, ou seja, da contratação de uma pessoa física com o Estado, para a prestação de serviços certos e determinados, mediante contraprestação previamente estabelecida.

O(a) cidadão(ã), ao escolher os rumos de sua vida profissional, exercendo a liberdade assegurada na Constituição Federal, leva em conta as diversas particularidades dos caminhos que a sociedade livre e democrática se lhe oferece, como a atividade empresarial, o emprego na esfera privada e a carreira pública.

Pesadas as características, as vantagens e desvantagens de cada atividade laborativa, levará em conta a remuneração, os benefícios sociais e trabalhistas, o lucro derivado do capital, iniciativa e risco, as possibilidades de aposentadoria e seguro social, as condições de pensão para os dependentes, através da seguridade social privada, pública ou complementar, e todas as demais implicações que cada área da atividade laborativa humana oferece.

Ao optar por concorrer, segundo as normas do edital de regência do certame para a admissão ao serviço público, o cidadão terá analisado e comparado as vantagens e desvantagens, as condições, encargos, termos, remuneração e regime de aposentadoria e pensão da administração pública, nos termos do artigo 37 da Constituição Pública, e aceita se submeter às regras vigentes na época da investidura no cargo.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, entretanto, parte da doutrina e da jurisprudência pátrias passou a desprezar o artigo 5º, inciso XXXVI da Carta Magna, ao criar uma figura inexistente no texto da norma constitucional, denominando-a de expectativa de direito, para derrogar a norma constitucional que trata do direito adquirido, este protegido expressa e claramente pela citada norma constitucional.

A construção jurisprudencial e doutrinária, data vênua, vem desconsiderando a segurança jurídica, em nome do medieval fato do príncipe, ou seja, a conveniência de cada administração pública, que se sobrepõe à garantia dos direitos individuais, também garantido pela Constituição Federal.

A expectativa de direito se dá quando alguém se submete a um certame público para investidura no cargo, do qual saíra vencedor ou não, segundo as regras do edital. Trata-se de mera expectativa.

Todavia, uma vez aprovado no concurso público a que se submeteu, e investido no cargo, não há mais a expectativa de direito, e sim direito adquirido, mediante condição e termo, segundo as condições do contrato celebrado agregando-se imediatamente todos os direitos e obrigações vigentes na época da investidura.

Não há como se continuar a admitir que, pelo fato do príncipe, o direito adquirido mediante condição e termo à época da investidura, os direitos do servidor público sejam modificados para pior, confiscando seus direitos garantidos expressamente pela Constituição Federal.

Assim é que à data do certame público, se o regime de aposentadoria e de pensão do servidor prevê que, mediante a condição e o termo (contribuição e idade ou morte, por exemplo) atingidos através do direito adquirido na investidura, prevê as condições para os benefícios, são tais condições que regerão o contrato entre o Estado e o cidadão, não podendo o Estado, a seu livre convencimento e suposta conveniência, alterar e confiscar os direitos do servidor, como vem acontecendo cada vez mais agressivamente no país, especialmente em relação aos direitos à aposentadoria e à pensão, repita-se, adquiridos nos termos e condições da época da investidura.

Não pode haver revisão unilateral - por parte do Estado - para atingir direito individual adquirido mediante certame público, quanto mais para confiscar propriedade privada (o direito à aposentadoria e pensão), o que absurdamente vem acontecendo no país, com a maior naturalidade, como se vivêssemos em um estado feudal.

A Constituição Federal vem sendo violada sistematicamente em detrimento dos direitos individuais, em favor do Estado opressor e confiscante, com o beneplácito e aval dos Poderes Constituídos.

Assim, há que se repelir a construção bizarra da chamada "expectativa de direito", inexistente na norma constitucional, para se garantir o direito adquirido mediante condição e termo, este sim, garantido pela Constituição Federal.

Assim, é de se declarar, como se declara no caso concreto, que a aposentadoria e a pensão de servidores públicos regem-se exclusivamente pelas normas da época da investidura, atingidos as condições e termos da época e das leis de regência da época, vetado, por imperativo constitucional, o confisco estatal dos direitos patrimoniais dos servidores de quaisquer dos Poderes da União.

No presente caso, o direito da autora à percepção do benefício previdenciário deve ser analisado à luz do art. 40, § 7º, inciso I, da Constituição Federal, com a nova redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 41, de 2003, in verbis:

Art. 40. (omissis)

§ 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 (...).

Pela leitura do excerto acima, verifica-se que o benefício da pensão da impetrante não foi devidamente atualizado, porquanto o § 7º do art. 40 tem aplicabilidade imediata, visto que não exige

a elaboração de leis para complementar seu alcance e sentido, uma vez que já se apresenta suficientemente explícito na definição do interesse por ele regulado.

O constitucionalista Alexandre de Moraes, em sua obra, Direito Constitucional, expõe, citando José Afonso da Silva, a seguinte definição de normas constitucionais de eficácia plena:

Aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e indiretamente, quis regular.

Cumpra esclarecer que com a vigência da Emenda Constitucional nº 41, considerável parcela da jurisprudência não aplica mais a paridade para o cálculo do benefício da pensão, levando-se em conta que o novo critério de reajustamento a ser aplicado é o previsto no §8º do artigo 40, ou seja, "é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei".

Lado outro, a despeito do posicionamento majoritário, entendo que a referida emenda não está em consonância com os preceitos da Constituição 1988.

É notório que nos últimos tempos a Constituição Federal vem sendo alvo de sucessivas modificações sob as mais dispares justificativas e ao labor das conveniências conjunturais.

Tal desiderato vem se perpetrando mediante emendas à Constituição, que retratam verdadeira violência aos direitos do cidadão e um desrespeito inominável à vontade do legislador constituinte originário.

A seu turno, a Emenda de número 41 acabou por subtrair direitos adquiridos, inerentes à irredutibilidade dos proventos, vencimentos dos servidores públicos e subsídios dos agentes políticos aposentados ou não, direitos protegidos por cláusulas pétreas das quais o legislador constituinte derivado anda a fazer tábula rasa.

Nesse ínterim, a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais está expressamente vedada pelo art. 60 da CF, in verbis:

Art. 60.-

(...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.(grifei)

No caso em apreço constata-se que referida emenda acabou por atentar contra o núcleo intangível dos direitos fundamentais, consignados no art. 40, §8º da Constituição.

Tal dispositivo conferia a garantia ao servidor de que os proventos de aposentadoria e pensões seriam revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificasse a remuneração dos servidores em atividade.

Como já asseverado acima, é assente que todo cidadão, ao fazer suas escolhas profissionais avaliam as condições daquele momento, planejando minimamente como e com o que serão

amparados na velhice, bem como as condições em que serão deixados seus filhos, cônjuge e demais parentes em caso de eventual morte.

Não se pode olvidar que ao ingressar nos quadros da Administração Pública, os servidores pautam-se nos vencimentos assegurados segundo os ditames constitucionais, bem como na certeza do quantum receberão quando da aposentadoria ou do que será deixado aos dependentes.

É inaceitável qualquer mudança passível a reverter o status quo ante do indivíduo, pegando-o desprevenido ao descobrir que de um dia para outro perdeu o direito que acreditava ter.

Trata-se não somente de uma violação ao princípio da segurança jurídica, mas em flagrante desrespeito à dignidade da pessoa humana.

As alterações ao alvedrio dos caprichos do príncipe deixaram de ser aceitas desde o fim da Idade Média, estando em total descompasso com o atual Estado Democrático de Direito, o qual traz consigo a necessidade de um mínimo de segurança jurídica, com sua manutenção abrangida pelo princípio da confiança, não só contra medidas retroativas, mas também com as de cunho de retrocesso.

Ora, perpetrando-se este comportamento não existirá mais segurança em relação a absolutamente nada, tendo em vista que a qualquer momento serão alteradas as regras do jogo e, por conseguinte, as pessoas participantes serão lançadas a própria sorte.

Com efeito, devem ser resguardadas as garantias existentes no momento da referida escolha, afigurando desarrazoado qualquer “fato do príncipe” que desconstitua um direito adquirido.

Manifestando-se a esse respeito, assim deliberou o Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2.075 MC/RJ (D. J. de 27.6.2003, Seção 1, pág. 28):

“A garantia constitucional da irredutibilidade do estípcndio funcional traduz conquista jurídico-social outorgada, pela Constituição da República, a todos os servidores públicos (CF, art. 37, XV), em ordem a dispensar-lhes especial proteção de caráter financeiro contra eventuais ações arbitrárias do Estado. Essa qualificada tutela de ordem jurídica impede que o Poder Público adote medidas que importem, especialmente quando implementadas no plano infraconstitucional, em diminuição do valor nominal concernente ao estípcndio devido aos agentes públicos.

Segundo a abalizada cátedra de JOSÉ AFONSO DA SILVA, a garantia atinente à irredutibilidade de vencimentos “significa que nem o padrão, nem os adicionais ou outras vantagens fixas poderão ser reduzidos”.

Noutro norte, mesmo que não se admita a tese da afronta às garantias fundamentais, verifica-se que ainda sim afigura-se líquido e certo o direito da impetrante.

É que, no caso concreto dos autos, há que ser exercido o controle difuso da constitucionalidade da EC 41/2003.

Ensina Alexandre de Moraes:

“O respeito ao devido processo legislativo na elaboração das espécies normativas é um dogma corolário à observância do princípio da legalidade, consagrado constitucionalmente, uma vez que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada pelo Poder competente, segundo as normas de processo legislativo constitucional. O desrespeito às normas de processo legislativo constitucionalmente previstas acarretará a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado”

Isso porque, com o julgamento da Ação Penal 470, conhecida como o “caso mensalão”, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, suscitou-se a problemática da compra de votos no Congresso Nacional.

Em meio ao contexto, também foi lançado ao espectro dos holofotes o questionamento acerca da validade da votação da Emenda Constitucional 41 de 2003, que ensejou a malfadada “Reforma da Previdência”.

O Ministro relator da referida Ação Penal 470, Joaquim Barbosa, em voto histórico, sustentou com veemência que houve compra de apoio político e de votos no Congresso Nacional entre 2003 e 2004, num esquema organizado pelo PT para ampliar a base de apoio ao governo da época, no parlamento nacional.

Nesse diapasão, consignou o eminente ministro que a votação da Emenda 41 de 2003 foi fruto da aprovação dos parlamentares que se venderam, culminando na redução de direitos previdenciários de servidores e a privatização de parte do sistema público de seguridade.

A tese do eminente Ministro Joaquim Barbosa foi seguida pela maioria dos demais Ministros do E. STF, ou seja, de que a EC 41/2003 foi fruto não da vontade popular representada pelos parlamentares, mas da compra de tais votos, mediante paga em dinheiro para a aprovação no parlamento da referida emenda constitucional que, por sua vez, destrói o sistema de garantias fundamentais do estado democrático de direito.

Pela via de consequência, a jurisdição emanada do Ministro Joaquim Barbosa e dos demais ministros, por maioria, declaram que o pagamento em dinheiro resultou na aprovação da EC 41/2003, a maculando de forma irreversível, tornando-a inválida *ex tunc*, ante o vício de decoro.

Neste prisma, não sobejam dúvidas de que a atividade constituinte derivada padece de vício de decoro parlamentar, revestindo a emenda em exame da inconstitucionalidade absoluta.

Impende destacar, por oportuno, que as normas do processo legislativo constitucional, prevista nos artigos 59 a 69 da Constituição possuem eficácia plena e imediata, vinculando a atividade do legislador na elaboração das diversas espécies normativas.

No caso em espécie trata-se do chamado “vício de decoro parlamentar”, vedado expressamente no art. 55, §1º da CF, *in verbis*:

Art. 55.

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.”

A inconstitucionalidade advinda do vício de decoro resulta diretamente da mácula que teria envolvido o voto que constitui, em suma, o sagrado valor de representação popular conferida pelo povo que se faz assim representar pelo parlamentar corrompido, ferindo o que consta do artigo 1º, inciso I da Constituição Federal, que estabelece como pilar do Estado Democrático de Direito a soberania popular, neste caso, violada dramaticamente pela venda de votos no parlamento que a representaria.

Advertir-se que a inobservância dos esquemas rituais rigidamente impostos pela Carta Magna da República gera a invalidade formal dos atos legislativos editados pelo Poder Legislativo e permite que sobre essa eminente atividade jurídica do parlamento possa instaurar-se o controle jurisdicional.

A Resolução 20/1993, o Código de Ética e Decoro Parlamentar estabelece as regras do decoro parlamentar, especialmente em seus artigos 4º, inciso III e 5º, incisos II e III, o que é exatamente o

caso dos autos, ou seja, o recebimento de dinheiro por parlamentares em troca da violação da soberania popular, alterando a livre consciência de votos.

Qualquer juiz ou tribunal possui competência para exercer o controle difuso ou incidental da constitucionalidade ao apreciar, incidentalmente, de ofício ou mediante provocação da parte questão relacionada com a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

Assim, dado o múnus fiscalizador desse juízo monocrático, o controle difuso da constitucionalidade da Emenda Constitucional 41/03 é plenamente cabível em face do nosso ordenamento jurídico.

O Poder Judiciário tem competência para a apreciação acerca da higidez no processo legislativo, tanto no que tange à ilegalidade quanto à inconstitucionalidade dos procedimentos referentes àquele, não se cogitando qualquer violação ao princípio da harmonia entre os Poderes.

A par dos limites impostos ao Poder Constituinte derivado, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 466/DF, em que foi Relator o eminente Ministro Celso de Mello (RTJ 136/26), fez a seguinte advertência:

“O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade”.(grifei)

No Direito Penal, é da jurisprudência o uso da teoria dos “frutos da árvore envenenada”, ou “fruits of the poisonous tree”, para refugar provas que advenham de métodos ilícitos em sua coleta. Ou seja, o que deriva do ilícito, também o é. Tal tese é recepcionada fartamente pela jurisprudência brasileira, e nada obsta que, subsidiariamente e complementarmente, tal teoria seja utilizada para, no caso em julgamento, seja declarado que a EC41/2003 é fruto da árvore envenenada pela corrupção da livre vontade dos parlamentares, ferindo a soberania popular, em troca de dinheiro. Feitas as devidas considerações, manifesto é o direito da autora em receber integralmente a pensão por morte, não devendo prevalecer os ditames insertos na Emenda Constitucional 41 de 2003, eis que a mesma é declarada, no caso concreto, em exercício do controle difuso da constitucionalidade, inconstitucional, assim como todas as normas que alterem os direitos adquiridos em investidura de cargos públicos, alcançados as condições e termos existentes na época da investidura.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, CONCEDO a segurança, e exercendo o controle difuso da constitucionalidade, no caso concreto, declarando inconstitucional, por vício de decoro a EC 41/2003 e todas as alterações, constitucionais ou não, que confisquem direitos adquiridos pelo servidor público, mediante condição e termo da época da investidura, e para condenar as autoridades coatoras a procederem o pagamento, à autora, da pensão no valor integral, correspondente hoje a R\$ 4.801,64 (quatro mil, oitocentos e um reais e sessenta e quatro centavos), com efeito ex tunc, ou seja, do fato gerador do benefício, com as correções devidas e com juros de meio por cento ao mês, desde a data de cada pagamento confiscado;

Custas, na forma da lei.

Sem condenação em honorários, porquanto incabível em sede de mandado de segurança, nos termos da Súmula 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Belo Horizonte, 03 de outubro de 2012.

GERALDO CLARET DE ARANTES

JUIZ DE DIREITO