

Inconstitucionalidade de juros e correção mais benéficos para a Fazenda Pública

Proc. Nº 2009.227.05023

Apelação Cível e Reexame Necessário

Apelante: Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro - RIOPREVIDÊNCIA

Apelado: Paulo Sergio Martins da Cunha Brochado

Parecer do Ministério Público

Direito Social. Revisão de pensão. Segurado do RIOPREVIDÊNCIA falecido em 12.11.1992. Imposição de atualização de pensão como se vivo fosse o servidor. Direito de paridade garantido em nível constitucional. Aplicação do art. 40, §§ 2º, 3º, e 7º da Constituição da República. Não incidência apenas das gratificações "pro labore faciendo". Natureza remuneratória do RETAF. Nítido caráter de reajuste salarial. Concessão genérica aos funcionários em atividade da Secretaria de Fazenda. Pretensão de controle incidental de inconstitucionalidade. Tutela do princípio da isonomia e da efetividade imediata dos direitos e garantias Constitucionais (art.5º, § 1º da CR). Tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na proporção da sua desigualdade. Inconstitucionalidade da lei federal que estabelece distinção de juros mais benéficos à Fazenda Nacional em detrimento do segurado. Direito social de efetividade imediata que merece aplicação que não beneficie o Estado que não o reconheceu, negando sua efetividade. Contraste com a garantia fundamental e com a efetividade imediata do Direito social (art.6º da CR).Diretos e garantias fundamentais do art. 5º, inciso I e § 1º da Constituição da República. Necessidade de declaração incidental para aplicar a lei mais benéfica ao segurado, parte mais frágil em relação ao Estado, negando vigência ao preceito inconstitucional que contrasta com a Constituição da República.Reforma da sentença para fixação dos juros de 12% ao ano a partir da citação e correção monetária a partir do vencimento de cada parcela.

O apelante insurge-se contra a r. sentença (fls. 111/116) que deferiu o pedido de antecipação de tutela e resolveu o mérito do processo, julgando procedente em parte o pedido, para determinar a revisão da pensão a partir da propositura da ação a fim de que corresponda a 100% dos vencimentos do ex-segurado, conforme fls. 71, vencimento base, gratificação de produtividade paga aos ativos (RETAF) e adicional por tempo de serviço no percentual de 45%, bem como condenar ao pagamento das diferenças não atingidas pela prescrição quinquenal, acrescidas de correção monetária e juros legais de 6% ao ano, contados da citação.

A decisão impôs, à autarquia, o pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios, de 5% sobre o valor da condenação, observando a limitação imposta pela Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Petição de Paulo Sérgio Martins da Cunha Brochado (fls. 119) pugnando pela expedição da carta de sentença.

O RIOPREVIDÊNCIA sustenta, em suas razões (fls. 121/127), que se trata de demanda revisional, na qual o apelado, na qualidade de filho do ex-segurado, pretende a revisão de sua pensão previdenciária na razão de 100% do que perceberia o servidor se vivo fosse, bem como o pagamento das diferenças pretéritas.

Ressalta a imprescindibilidade de concessão de efeito suspensivo, tendo em vista o risco de irreversibilidade da decisão que antecipou os efeitos da tutela, bem como a existência de prova inequívoca da verossimilhança do direito, uma vez que não há provas que o ex-servidor tenha atendido aos requisitos legais para o recebimento e incorporação da parcela denominada RETAF, como a sua percepção contínua por 12 (doze) meses consecutivos.

Destaca a necessidade de exclusão da parcela RETAF da composição do vencimento base, pois apenas as parcelas existentes, na ocasião do óbito, sobre as quais incidam os descontos previdenciários, devem ser consideradas quando da fixação da base de cálculo do pensionamento, tendo em vista o princípio da legalidade e o princípio do "tempus regit actum".

Ofício do RIOPREVIDÊNCIA (fls. 129) informando que o apelado continua recebendo 100% da pensão na qualidade de filho inválido.

Decisão (fls. 136) recebendo o recurso no efeito devolutivo e deferindo a expedição de carta de sentença.

Não obstante devidamente intimado, o apelado não apresentou contra-razões, conforme certidão de fls. 140.

O Ministério Público em 1ª instância (fls. 142/143), através da Dra. Fernanda Campos de Oliveira, opina pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.

Vejamos a quem assiste razão.

Estabelece o art. 40, § 2º, § 3º, e § 7º da Constituição da República:

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 e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 2º - Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

§ 3º - Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

§ 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 à este limite, caso em atividade na data do óbito.

Assim, assegurada em nível constitucional a paridade entre os servidores na ativa e os aposentados / pensionistas, sendo afastadas apenas as gratificações decorrentes de atividades "pro labore faciendo".

Quanto à parcela remuneratória denominada de RETAF, instituída pela Lei nº 1.650/90, posteriormente a data de óbito do ex-segurado Paulo Alvarez Brochado, em 12 de novembro de 1992 (fls. 17), o seu caráter é nitidamente de reajuste salarial, ou seja, verdadeiro aumento de vencimentos, já que concedida de forma genérica aos funcionários em atividade da Secretaria de Fazenda, e que, portanto, em virtude de sua natureza remuneratória, deve ser estendida aos inativos e pensionistas.

Ademais, verifica-se que os vencimentos do ex-segurado (fls. 71), que servem de base de cálculo para a pensão, equivaleriam, em 1º de setembro de 2007, a R\$ 200 (duzentos reais), enquanto que o RETAF alcançaria o valor de R\$ 3.126,00 (três mil, cento e vinte e seis reais).

Desta forma, a supressão do referido benefício, “in casu”, resultaria em valor inferior ao salário mínimo.

Corroborando esse entendimento, seguem julgados deste Egrégio Tribunal de Justiça:

Revisão de Benefício. IPERJ. Pensão por morte. Verbete sumular n.º 68 do TJRJ: “A fixação do benefício da pensão por morte será igual ao valor dos proventos do servidor em atividade na data do seu falecimento, conforme disposto na Emenda Constitucional n.º 20/98, que modificou a redação do art. 40, § 7º, Constituição da República, observado o disposto no § 3º”. A parcela denominada “RETAÉ” possui natureza remuneratória e inclui-se, portanto, na base de cálculo da pensão das autoras, por caracterizar aumento de vencimentos concedidos de forma genérica a todos os servidores da carreira. Recurso ao qual se nega seguimento.

(TJRJ, 2008.001.55155 - Apelação - 1ª Ementa, Des. Mario Assis Gonçalves - Julgamento: 17/12/2008 - Terceira Câmara Cível).

Apelação cível. Revisão de benefício previdenciário. Gratificação RETAÉ. Inclusão na base de cálculo da pensão por morte. Natureza remuneratória. Aumento de vencimentos concedido de forma genérica a todos os servidores. Paridade entre os vencimentos dos servidores da ativa e os pensionistas. Inteligência das EC n.º 20/98, EC n.º 41/03. Jurisprudência do TJRJ. Manifestação do Órgão Especial do TJERJ sobre o tema. Manutenção da sentença, nos termos do art. 557 do CPC.

(TJRJ, 2008.009.01246 - Reexame Necessário - 1ª Ementa, Jds. Des. Lucia Helena Do Passo - Julgamento: 28/11/2008 - Primeira Câmara Cível)

Por outro lado, em reexame necessário, opina-se pelo esclarecimento da sentença no que tange a correção monetária, que por se tratar de mera atualização da moeda, deve incidir a partir do vencimento de cada parcela em atraso e não da citação.

Afirma-se isso por estarmos tratando de direito social de aplicabilidade imediata, onde a negativa do Estado ao direito assegurado na Constituição da República, não pode beneficiá-lo em detrimento do segurado.

Quanto aos juros de mora, deve ser aplicada a regra do art. 406 do Código Civil, face tratar-se de direito social de aplicabilidade imediata, diretamente relacionado aos princípios da República Federativa do Brasil.

Art. 406 – Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Esses, são fixados no percentual de 12% ao ano, nos termos do art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional.

Art. 161 - O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora , seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º - Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.

Afirma-se isso, pela natureza do direito social, de aplicabilidade imediata e com relação direta com os objetivos da República Federativa do Brasil, posto que não é só pela inobservância do processo de elaboração das leis (inconstitucionalidade formal) ou pela invasão do espaço normativo determinado na Constituição da República (inconstitucionalidade material), que ocorre a inconstitucionalidade de uma lei.

Existem princípios estabelecidos na Lei Magna que têm de ser observados em todas as esferas do Estado Federal Brasileiro.

A Constituição da República, ao estabelecer esta forma de federalismo, distribuiu as funções Executiva, Legislativa e Judiciária, é com a CR/88 o Ministério Público, dentro de uma divisão de competências, onde a evolução centrífuga do nosso federalismo determinou o estabelecimento taxativo do que é função legislativa privativa da União (art. 22). Administrativa privativa (art. 21). Seus bens (art. 20), bem como as competências comuns para atos administrativos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23) e também a competência legislativa concorrente à União, Estados e Distrito federal (art. 24).

Determina, ainda, a competência própria do município (art. 30), baseada na autonomia em torno do seu peculiar interesse, trazida pela Constituição de 1946.

Há, ainda, os chamados princípios estabelecidos da Constituição, que impõem limitação à discricionariedade legislativa da União e dos demais entes federados.

Assim, uma lei federal ajustada à matéria de que trata, e ao processo de iniciativa e votação de sua elaboração, será inconstitucional se afrontar, como na hipótese, o princípio da isonomia e da efetividade imediata do direito social, expresso no art. 5º, inc. I, e § 1º da Constituição da República:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

§1º - As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Desta forma, toda lei ou ato normativo de qualquer das instâncias de autonomia político-administrativas federadas que afrontem estes princípios, como a lei federal que estabelece distinção entre os credores da Fazenda Nacional e a mesma quando devedora, estabelecendo tratamento desigual a pessoas em situação de desigualdade, e prejudicando a mais necessitada em benefício da mais solvente, e ainda, retardando sua efetividade em benefício próprio, e por conseguinte, negando a garantia fundamental da aplicabilidade imediata do direito.

Afirma-se isso, pois a lei federal estabelece juros de menos que 0,5% ao mês em favor da Fazenda Nacional, nos termos da lei n° 11.960 de 2009, em detrimento do direito social do segurado:

Art. 1º-F - Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Ora, a lei federal estabelece distinção em afronta ao princípio da isonomia ou da igualdade perante a lei, criando situação de vantagem ao Estado em detrimento do segurado, em evidente afronta ao princípio fundado na doutrina Tomista, de São Tomás de Aquino, que manda tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na proporção da sua desigualdade, conferindo odioso privilégio ao Estado em detrimento do direito do segurado à previdência.

Nega ainda, direito social de aplicabilidade imediata, contrastando com a garantia fundamental do § 1º do mesmo art.5º da Constituição da República.

Afirma-se a isso, pelo fato de estarmos tratando da efetividade de Direito Social assegurado no art. 6º da Lei Fundamental e expressão de liberdade constitucional, a que a Constituição da República busca a efetividade imediata através, inclusive, do mandado de injunção, quando ausente norma regulamentadora que impeça seu exercício, (art.5º, inc. LXXI), tendo o legislador constituinte, preocupado com a efetividade de tais direitos, importado do Direito Anglo Saxão o mandado de injunção, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos "direitos e liberdades constitucionais", que abrange os arts. 5º a 11 da Carta da República, o que evidentemente inclui o art. 6º.

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A natureza pública do processo e sua finalidade como meio de alcançar a Justiça social, impõe ao Juiz o dever jurídico de praticar todos os atos na satisfação do Direito que expressa fundamento do Estado Democrático e reflete imposição à função jurisdicional, como expressão de manifestação de Poder Soberano do

Estado, para a realização de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme inscrito na lei maior como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art.3º ,inc.I , II , III e IV).

Art.3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I-construir uma sociedade livre,justa e solidária;

II-garantir o desenvolvimento nacional;

III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV-promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo,cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, os critérios de aplicação da lei utilizados em situações desta natureza, devem se fundar na equidade social, ou seja, razões morais, sociais, religiosas, éticas, econômicas, etc para alcançar a justiça social preconizada na Constituição, cabendo ao Poder Judiciário expressar esta preocupação com a efetividade do Direito e não aplicar regra inconstitucional, posto que beneficia o Estado inadimplente, em detrimento do segurado, contrastando com o princípio da isonomia e beneficiando o ente público que não segue os mandamentos constitucionais.

Por estas razões, espera o Ministério Público, através da sua Procuradoria de Justiça, de acordo com o art. 99 do RITJERJ a declaração incidenter tantum da inconstitucionalidade do referido preceito.

Por via de consequência, após o julgamento nos termos dos arts. 480 e segs do CPC , a substituição da sentença por acórdão que determine a revisão da pensão em 100% do valor que o ex-segurado perceberia se vivo fosse, incluído o RETAF, bem como o pagamento das verbas atrasadas, observada a prescrição quinquenal, com correção monetária, a partir do vencimento de cada parcela, e juros de mora, de 12% ao ano, a contar da citação.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 12 de novembro de 2009.

Luiz Fabião Guasque

Procurador de Justiça