

A NATUREZA JURÍDICA DA PENSÃO POR MORTE NO REGIME DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Sérgio de Andréa Ferreira*

1. A pensão por morte e os proventos de aposentadoria são benefícios previdenciários substitutivos do estipêndio do servidor.

Têm, portanto, todas essas espécies remuneratórias, em seu núcleo, a mesma natureza da prestação substituída.

É o que buscamos demonstrar neste estudo.

2. A origem etimológica é expressiva: '*substituere*' era *estar por debaixo, tomar o lugar* do substituído, para o exercício da mesma função desse.

Está, assim, o vocábulo *substituir* relacionado com *suceder*, ser chamado para tal exercício; com *sucedâneo*, que é aquilo que pode substituir, por ter, em essência, as mesmas propriedades do substituído.

3. Objetivamente, a pensão e os proventos *substituem* o estipêndio (subsídio, vencimento); e a primeira, também os proventos.

4. O pensionista é, portanto, sucessor.

4.1 A figura é a da *sucessão subjetiva*: o pensionista *pospõe-se* ao servidor ativo ou aposentado, na relação jurídico-previdenciária.

4.2. A situação jurídica do pensionista é similar à do fideicomisário, *que se pospõe* ao fiduciário.

4.3. Ensina PONTES DE MIRANDA (*'Tratado de Direito Privado'*, São Paulo, RT, LVIII:152) que, na espécie, se *'constitui dupla instituição no tempo'*.

*Professor Titular de Direito Administrativo. Advogado. Desembargador Federal, aposentado. Ex-membro do Ministério Público Estadual. Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

O direito do sucessor, na hipótese, é a de se inserir na relação jurídica previdenciária, quando se extingue a situação jurídica do servidor.

4.4. Tal como o fideicomisário, o dependente do servidor já é, *'ab ovo'*, titular de direito expectativo, adquirido, no caso, à pensão (cf. PONTES, *op. e vol. cit.*, p. 165).

Trata-se de estado de expectância, e não mera expectativa de direito. Essa é simples possibilidade em tese, que ainda não se individualizou, e decorrente da posição de destinatário de regra jurídica integrante de um de nossos estatutos jurídicos.

Já a expectância é estado, individualizado, em que, implementado o pressuposto, a condição, passa-se do direito expectativo ao expectado, em sua plenitude: na hipótese, o direito à pensão.

5. O caráter *'substitutivo'* dos proventos e da pensão, em relação à remuneração de quem se encontra em atividade, está, por exemplo, claro nas disposições do inciso V e do § 2º do art. 201 da CF, que caracterizam tais estipêndios como aqueles que *substituem 'o rendimento do trabalho do segurado'*.

6. Define WLADIMIR NOVAES MARTINEZ (*'Comentários à Lei Básica da Previdência Social'*, São Paulo, LTr, 1992, II:247):

"Pensão por morte é benefício de pagamento continuado, substituidor da remuneração do segurado falecido (provedor), devido aos seus dependentes".

Relevantes a noção de *'substituição'* da remuneração e a do falecido como provedor do benefício, mostrando que há uma relação direta entre a situação jurídica do provedor e a do pensionista, o que se traduz, igualmente, na caracterização desse como dependente do primeiro.

6.1. Afirma-se, na mesma linha, que *'o provento do aposentado tem a mesma natureza jurídica do vencimento, deste sendo uma continuação ou prolongamento'*: são as palavras do especialista ABREU DE OLIVEIRA (*'Aposentadoria no Serviço Público'*, Rio, Freitas Bastos, 1970, p. 149).

MARCEL WALINE (*'Droit Administratif'*, Paris, Syrey, 8ª ed., p. 826) ensina que o provento *'constitue le prolongement ... du traitement'*; JEAN RIVERO (*'Droit Administratif'*, Paris, Dalloz, 1960, p. 382) e PIERRE VIGNY (*'Droit Administratif'*, Bruxelles, Brylant, 1953, p. 210) afirmam que se cuida de um *'traitement différé'*; e, segundo ROYO VILLANOVA (*'Elementos de Derecho Administrativo'*, Valladolid, 25ª ed., p. 168), *'una prolongación del sueldo'*.

7. No título, na *causa debendi*, insere-se, em sua essência, em ambos os casos, o *trabalho feito*; como base de estipêndio *'pro labore facto'*.

Consoante o próprio inciso XI do art. 37 da CF, todas são espécies do mesmo gênero remuneração.

E a etimologia mais uma vez nos socorre: *'remunere'* era *recompensar* pelo exercício de um *'munus'*, cargo, ofício.

8. O atual caráter previdenciário dos proventos e da pensão, no campo do serviço público civil, não afeta a identidade, dessas espécies remuneratórias, com os vencimentos e o subsídio, estando a diferença, entre os dois conjuntos, ligada, apenas, a que, no primeiro caso, o servidor ainda está em atividade, e, portanto, em trabalho com continuidade; e, no segundo, a quantidade de serviço já se encontra cristalizada.

8.1. O fato de, para fins previdenciários, no âmbito do serviço público, o tempo de serviço ter sido substituído pelo tempo de contribuição (CF, art. 40, e §§ 1º, 5º e 9º; EC 20/98, art. 4º; EC 41/03, art. 4º) em nada interfere, eis que significa, tão-somente, que não basta a atividade (que, aliás, tem de ser sempre real, e nunca ficta: CF, art. 40, § 10), havendo necessidade, na composição do substrato jurígeno, da efetuação da contribuição, a qual, aliás, abrange, igualmente, os proventos e as pensões por morte (CF, art. 40, *caput*; EC 41/03, art. 4º, e p. único)

8.2. Permanece a vinculação desses benefícios com a atividade, reitere-se, sempre real (CF, art. 40, § 4º, II e III), e com a respectiva remuneração (CF, art. 40, §§ 2º e 3º); assim como com o estipêndio da inatividade (CF, art. 40, § 7º, I e II).

8.3. Esse liame é claro, igualmente, no Regime Geral de Previdência Social, pois que o § 1º do art. 201 cuida da aposentadoria dos que desenvolvem *'atividades exercidas sob condições especiais'*; e o § 11 do mesmo dispositivo estatui que *'os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios'*.

8.4. O art. 202 da CF, sobre previdência privada, também identifica, em seu § 2º, o benefício com a remuneração.

8.5. É importante anotar que a vinculação se adensa no âmbito governamental, porque, enquanto o aposentado do INSS deixou de ser empregado; o inativo do serviço público continua a ser servidor, inclusive com limitações, proibições, vedações e vantagens ligadas aos ativos.

8.6. ABREU DE OLIVEIRA (*op. cit.*, p. 151) expõe:

"A doutrina da 'pensão igual a vencimento continuado' poderá ser explicada pelo critério de fixação dos vencimentos e considerado o mecanismo do seu pagamento.

O Estado pode fixar o estipêndio de vários modos, inclusive por tarefa. Pode pagar antes, pagar no momento, pagar depois."

8.6.1. E aduz que, mesmo nos Países que, antes do Brasil, adotaram o regime contributivo, sempre foi *'dominante a idéia de ser a pensão de aposentadoria uma parcela diferida, ou prolongada, ou continuada, do vencimento da atividade'* (*op.cit.*, p.148).

9. No tocante, especificamente, à pensão por morte, o inciso V do referido art. 201 da CF expressamente reporta-se ao § 2º do mesmo artigo, que reconhece o caráter substitutivo daquela.

9.1. A substituição dá-se, no concernente ao pensionamento *causa mortis*, pelo fenômeno da *reversão*, no sentido de *mudança de destinação, de beneficiários*, mas não de *natureza, de essência*.

9.2. Assim, no Regime Geral de Previdência Social, para o benefício, de prestação continuada, da aposentadoria, a base de cálculo da renda mensal inicial tem por fulcro o valor do salário-de-benefício, que, por sua vez, o tem no salário-de-contribuição: esse, para o empregado, é a sua remuneração.

Já, por sua vez, a pensão por morte tem seu primeiro valor calculado em percentual (100%) sobre *'o valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento'* (arts. 31, 32, 39, e § 3º, e 214, I, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06.05.99). São os proventos reais ou hipotéticos.

9.3. Aliás, essa índole substitutiva, decorrente, de vinculação da pensão por morte em relação aos proventos, foi a ela reconhecida pela Emenda Constitucional nº 20/98, ao dar, ao § 7º do art. 40 da CF, redação na qual contemplou, como antes visto, o benefício da pensão por morte com montante 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'*.

9.4. Na versão constitucional primitiva (§ 5º do art. 40), e na da Emenda Constitucional nº 41/03, adotou-se a vinculação direta aos proventos ou aos vencimentos, conforme o agente público, de que é dependente o pensionista, esteja aposentado ou na atividade (atual § 7º). Com efeito, a referida Emenda tomou por base de cálculo do valor da pensão por morte a *'totalidade dos proventos'* ou, se for a hipótese, a *'totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo'* (§ 7º, I e II, do art. 40, *cit.*).

10. Registre-se que o servidor inativo também é um pensionista do Estado.

10.1. O Ministro RUBEN ROSA, do Tribunal de Contas da União, reportou-se, em um de seus votos, a episódio bíblico, como refere ABREU DE OLIVEIRA (*'Aposentadoria no Serviço Público'*, Rio, Freitas Bastos, 1970, p. 5):

“A Joaquim, rei de Judá, Evilmerôdac, rei de Babilônia, tirou da casa do cárcere ... ‘E da parte do rei de Babilônia lhe foi dada subsistência vitalícia, uma pensão diária, até o dia da sua morte, durante os dias de sua vida’.

“Talvez seja esta a mais antiga notícia que se tem de ‘pensão em vida’ (provento), referida em apêndice histórico às profecias de JEREMIAS, cap. 52, vers. 34.”

10.2. MARCELLO CAETANO (*‘Manual de Direito Administrativo’*, Coimbra Editora, 4ª ed., p. 504) definiu:

“Chama-se aposentação (ou reforma, para os militares) ao ato pelo qual o funcionário é dispensado definitivamente do exercício de funções públicas mediante a atribuição de uma pensão vitalícia cuja importância é proporcional ao número de anos de serviço prestado ou correspondente a sacrifícios extraordinários feitos pelo interesse geral.”

10.3. Na França, já em 1941, a Lei de 14 de setembro conceituava:

“La retraite est la position du fonctionnaire, placé définitivement en dehors des cadres et titulaire d’un droit à pension reconnu conformément aux lois en vigueur.”

10.4. Segundo P. CARCELLE e G. MAS (*‘Pensions Civiles et Militaires’*, Paris, Sirey, 1957) é o seguinte o conceito de ato administrativo de aposentadoria:

“C’est la décision individuelle, intervenant à la demande du fonctionnaire, à l’initiative de l’Administration ou imposée par la loi, par laquelle le chef de service désinvestit définitivement de son emploi un fonctionnaire qui, en raison de son âge, de la durée de ses services, d’une infirmité ou de tout autre motif, est présumé incapable de poursuivre l’exercice de ses fonctions et qui réunit par ailleurs les conditions requises pour obtenir une pension.”

10.5. Por seu turno, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (*‘Princípios Gerais de Direito Administrativo’*, Rio, Forense, 1969, II: 442) preleciona:

“A aposentadoria se conceitua como ato jurídico de desligar o funcionário público efetivo do serviço público ativo, mediante atribuição de renda ou pensão vitalícia, com a denominação de provento.”

10.6. Em nota, esclarece o citado ABREU DE OLIVEIRA (*op. e loc. cit.*):

“Não é apenas no estrangeiro que o ‘provento’ do aposentado (‘la pension de retraite’, ‘il trattamento di riposo’, ‘el salário de retiro’, ‘the pension’) é considerado e freqüentemente denominado sob o título genérico de ‘pensão’. No Brasil, juizes e doutrinadores falam comumente em ‘pensão’ de aposentadoria e a expressão figurava também no direito positivo (e.g.: Dec. 3.605, de 11-12-1918; Dec. 51, de 14-5-35, art. 9º).”

10.7. Por sua vez, a pensão também recebe a denominação de proventos: no regime geral previdenciário, a CF expressa essa identidade, ao prescrever que *‘a gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos no mês de dezembro de cada ano’* (art. 201, § 6º).

11. Evidenciada a identidade ontológica, parte-se para a conclusão de que o regime jurídico da pensão é o regime remuneratório previdenciário que o servidor, a que se vincula o pensionista, se ativo, teria como aposentado; ou, se já inativo, aquele a que se submete seu estípcio.

11.1. Os direitos, em termos previdenciários, dos servidores e os dos pensionistas são de um mesmo regime, pois que há sucessão, como vistos, na relação jurídico-previdenciária. Daí, a idéia de *continuação*, de *prolongamento*, dessa relação.

11.2. A EC 47/05 tornou clara a vinculação, ao estatuir, no parágrafo único de seu art. 3º:

“Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo [proventos integrais] o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional 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.”

11.3. Ademais, nos regimes contributivos, como atualmente é o brasileiro, a pensão de aposentadoria *reverte* em benefício dos dependentes do servidor: o *‘traitement de retraite’* passa a *‘pension de réversion’*.

12. Como conseqüência do exposto, concluí-se que há identidade, ou seja, mesmidade de regime jurídico remuneratório, em sede de inatividade, do servidor já aposentado, ou ainda na ativa, de acordo com os vários conjuntos formados pelas Emendas 20/98, 41/03 e 47/05, e o dos respectivos dependentes, em termos de pensão por morte.

12.1 Destarte, aqueles servidores ativos que, ao se aposentarem, voluntariamente, o farão com proventos integrais, em relação à remuneração da atividade, ou os que, já aposentados, os percebem, *‘deixam pensão’* para seus dependentes, na mesma base.

12.2. ODETE MEDAUAR (*‘Direito Administrativo Moderno’*, RT, São Paulo, 10^o ed., 2006, p. 295) reconhece a identidade a que nos estamos referindo, ao prelecionar:

“Se o servidor falecido tiver completado todos os requisitos para se aposentar até a data da EC 41/2003, a pensão de seus dependentes observará os critérios da legislação então vigente, tanto para a concessão quanto para o valor (totalidade). Neste caso, a revisão das pensões se efetuará de modo igual à dos servidores ativos, inclusive no tocante às vantagens decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ocupado pelo servidor falecido (art.3^o, art. 2^o, e art. 7^o da EC 41/2003)”.

12.3. Aplica-se, portanto, para o fim de pensionamento dos dependentes, de acordo com a situação previdenciária do servidor, a que se vinculam, um dos seguintes regimes: (a) o do art. 40, § 7^o, acrescentado pela EC 20/98, a incluir os destinatários das regras dos arts. 3^o e 8^o dessa; dos arts. 2^o, 3^o e 6^o da EC 41/03; e dos arts. 2^o e 3^o da EC 47/05; e (b) o do §7^o do art. 40, na versão da EC 41/03, quando se tratar de dependente de servidor cuja aposentadoria se submete ao regime do § 3^o do art. 40, com a redação dada pela mesma Emenda.

12.4. Quando, portanto, o art. 2^o da Lei 10.887, de 18.06.04, refere-se à concessão do benefício de pensão por morte, nos termos que estabelece, para os casos de falecimento de servidores, *a partir da data de sua publicação*, dirige-se aos pensionistas não vinculados aos indicados no subitem anterior.

13. Sublinhe-se que não se trata, de direito adquirido, dos pensionistas – que, aliás, se encontram em situação jurídica subjetivada, e não objetiva –, a regime jurídico.

Cuida-se, isso sim, de direitos que decorrem da identidade desse, em sede de vencimentos, subsídio, proventos e pensão, pela mesmeidade da respectiva natureza jurídica, mesmeidade ontológica, de essência, sendo os terceiros prolongamento dos dois primeiros; e a última, de um dos anteriores, pelo fenômeno jurídico da reversão, por sucessão na relação jurídico-previdenciária.

Já há o direito adquirido, individualizado, *in casu*, e não *in these*, expectativo, do dependente, à pensão, no sistema de dupla titulação, conforme antes gizado.

14. O exposto permite dar resposta à questão, que tem sido colocada, da situação dos servidores públicos, cujo óbito for posterior à data de início de vigência, em 21.06.04, data de sua publicação, da citada Lei n^o 10.887, de 18.06.04, que dispôs sobre a aplicação de regras da Emenda Constitucional n^o 41, de 19.12.03, cujo art. 1^o alterara o preceito do § 7^o do art. 40 da CF, o qual passou a ter a seguinte redação:

“§ 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 da 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.”

O art. 2º da referida Lei federal prescreveu:

“Art. 2º - Aos dependentes dos servidores titulares de cargo efetivo e dos aposentados de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, falecidos a partir da data de publicação desta Lei, será concedido o benefício de pensão por morte, que será igual:

I – à totalidade dos proventos percebidos pelo aposentado na data anterior à do óbito, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescido de 70% (setenta por cento) da parcela excedente a este limite; ou

II – à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo na data anterior à do óbito, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescida de 70% (setenta por cento) da parcela excedente a este limite, se o falecimento ocorrer quando o servidor ainda estiver em atividade.

Parágrafo único – Aplica-se ao valor das pensões o limite previsto no art. 40, § 2º, da Constituição Federal.”

Esse último dispositivo citado estatui:

“§ 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.”

14.1. Até então, como ressaltado, o valor inicial da pensão correspondia, na versão original da Carta Magna Nacional, à *'totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei'* (§ 5º do art. 40).

E, repita-se, a partir da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98 (§ 7º do art. 40, com vigência a contar de 16.12.98), era *'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'*, ou seja, proventos que, por sua vez, correspondiam à totalidade da remuneração (§ 3º do art. 40, na redação da mesma Emenda).

14.2. É decorrência do aqui analisado que essas regras só se aplicam aos pensionistas que sucedem servidores cujo regime jurídico é o do art. 40 da CF, já na sua versão da EC 41/03

15. Na mesma linha de raciocínio põe-se a solução da questão que diz respeito ao valor inicial do benefício de pensão por morte a que fazem jus os dependentes dos servidores públicos que faleceram após a implantação do teto remuneratório, estabelecido pelo citado art. 37, XI, da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.03; já agora com a ressalva das *'parcelas de caráter indenizatório'*, contida no § 11, daquele dispositivo, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 47, de 05.07.05, e no art. 4º dessa.

15.1. No quadro apresentado, também o mesmo é o regime de ativos e inativos, e dos respectivos dependentes, quanto ao teto remuneratório, inclusive no tocante à manutenção do excedente de teto: garantido esse para o ativo e o inativo, haverá de sê-lo para o pensionista.

15.2. Aliás, seria desarrazoado que as pensões estivessem, na moldura do art. 37, XI, da Carta Magna Nacional, tal como os proventos e o subsídio, submetidas ao mesmo regime de teto para inclusão de verbas, e não o estivessem para exclusão: não cabe a sujeição a *'meio-regime'* jurídico.

15.3. Grife-se que o próprio inciso XI do art. 37 da CF reconhece, como espécies do mesmo gênero, a *'remuneração'* (*'espécies remuneratórias'*), a pensão, o subsídio, os vencimentos, os proventos.

16. Adite-se uma outra linha de fundamentos.

16.1. O art. 3º, § 3º, da EC 20/98 manteve – declarando, portanto, que já eram individualmente titularizados – *'todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta Emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos'*.

16.2. Evidenciado está, de forma inquestionável, que não apenas os já inativos e pensionistas e os que já haviam preenchido os requisitos para o exercício, o gozo, o desfrute (a cláusula *'usufruírem tais direitos'* é suficientemente expressiva, pois que *'usufruir'* provém do latim *'usu fruere'*, *'gozar do uso'*), mas sim todos aqueles que eram destinatários das normas que lhes asseguravam direitos e garantias, ou seja, as respectivas pretensões (exigibilidade), e ações (efetividade). E não foram *'mantidas'*, apenas, as normas na caracterização do fenômeno da ultra-atividade, mas a manutenção foi sob a modelagem de direitos e garantias constitucionalmente individualizados: cláusulas pétreas do contrato social, que a Constituição Federal é.

16.3. O reconhecimento e o respeito a esses direitos e garantias são reiterados pelo § 2º do art. 3º da EC 20/98 e da EC 41/03, que estabelecem que os proventos da aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes que, até a data da Emenda, já tivessem cumprido os requisitos para a fruição desses benefícios, serão calculados de acordo com a legislação vigente à época em que foram atendidos os requisitos de concessão; e, *para os demais*, *'nas condições da legislação vigente'*, no sentido de *'ora vigente'*, isto é, vigente na data que entrou em vigor a Emenda (*cf.* o teor do *caput* do art. 3º da EC 20/98 e o da 41/03, que utilizam a cláusula *'legislação então vigente'*, já aqui, referindo-se, explicitamente, à vigorante na data do preenchimento dos requisitos).

16.3.1. Essa legislação era a do § 7º do art. 40 da CF, na redação da EC 20/98, que, em termos de pensão, fixava, como vimos, o respectivo valor em montante igual aos dos proventos reais ou hipotéticos da aposentadoria do servidor a que o dependente se vinculava.

16.3.2. O art. 4º da mesma EC 41/03 igualmente mostra que seu art. 3º não abrange, apenas, aqueles que já estavam na fruição dos benefícios, pois que se refere aos *'servidores inativos'* e aos *'pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º'*, ou seja, *caput* e seus §§, englobando os vários conjuntos referidos.