



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCESSO SF-20.444/98
PARECER 0439/2006
INTERESSADO LUIZ ALVES DE LAVOR
ASSUNTO ATO ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA. Pedido de reconhecimento da imunidade prevista no artigo 40, § 21, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 47/2005 formulado por funcionário aposentado portador de doença grave. Considerações. Proposta de submissão do tema à Procuraria Administrativa, nos termos do disposto no artigo 21, inciso I, da Lei Complementar nº 478/86.

1. Luiz Alves de Lavor, RG nº 7.853.338, Supervisor de Ensino, aposentado, por intermédio do petitório de fls. 194, endereçado ao Diretor da DSD3 – Fazenda Estadual de Santos, requereu a concessão do “benefício previsto no § 21 do artigo 40, da Constituição Federal pela Ementa Constitucional nº 47/2005, publicado em 06/07/2005 – exatamente por ser “... na forma da lei, portador de doença incapacitante”.

2. Esclareceu que a aposentadoria ocorreu em 3 de março de 1998, sendo isento do pagamento de imposto de renda desde novembro de 2000, pois é portador de doença grave.

3. Anexou o demonstrativo de pagamento de fls. 195, e o laudo médico de fls. 196 (cardiopatia grave-CID-10).



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

218
6

4. A Diretoria de Divisão da Fazenda Estadual, às fls. 198/199, indagou ao Diretor do Departamento de Despesa de Pessoal do Estado se a doença de que é portador o interessado pode ser enquadrada como incapacitante, nos termos da Lei federal nº 7.713/88, ou se a aplicação do benefício depende de norma regulamentadora.

5. O Departamento de Despesa de Pessoal do Estado, às fls. 200/204, entendeu que não poderia ser utilizada como referência a legislação do imposto de renda. Propôs o envio do protocolado à Unidade Central de Recursos Humanos.

6. A UCRH, por intermédio da Informação nº 0893/2005 (fls. 205/213), opinou favoravelmente ao deferimento do pedido, com fundamento nas Leis federais nº 7.713/88, 8.112/90 e 8.213/91, uma vez que a enfermidade que acomete o interessado encontra-se no rol das doenças consideradas "graves" pela citada legislação.

7. A Coordenadora da UCRH concordou com a manifestação em comento e propôs o envio dos autos a este órgão jurídico.

8. A sugestão foi encampada pela responsável pela Subsecretaria de Gestão e Recursos Humanos às fls. 214.

É o relatório.

Opinamos.

9. A presente manifestação tem por tema a efetividade de dispositivo da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, que introduziu hipótese de imunidade tributária no artigo 40 da Constituição Federal. Para



tanto, parece-nos necessário apresentar, em breve síntese, a evolução histórico-jurídica da contribuição previdenciária dos inativos.

10. O texto original do artigo 40, da Constituição Federal estabelecia três espécies de aposentadoria (invalidez permanente, compulsória, e voluntária); as condições para seu implemento; as hipóteses em que os proventos de inatividade seriam integrais ou proporcionais; as regras para o cômputo do tempo de serviço público federal, estadual ou municipal, e de revisão dos proventos; bem como a correspondência do benefício da pensão por morte à totalidade dos vencimentos ou proventos, observados os limites estabelecidos quanto à revisão.

11. A Ementa Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, ao modificar a dicção do § 6º do artigo 40¹, deu causa a que o Supremo Tribunal Federal considerasse inconstitucionais normas estaduais, que estabeleceram a cobrança de contribuições previdenciárias sobre os servidores ativos e inativos.

12. A Ementa Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, como anota Luiz Roberto Barroso², “alterou vários dispositivos Constitucionais relevantes para o tema. Em primeiro lugar, o § 6º do artigo 40 recebeu nova redação, inteiramente diversa da anterior, sem qualquer referência específica à possibilidade de cobrança de contribuição dos servidores. O *caput* do artigo 40 manteve o princípio contributivo do sistema previdenciário, mas faz referência apenas a “servidores titulares de cargos efetivos” (o que abrangeria apenas os servidores em atividade). Por fim, o § 12, do artigo 40, passou a determinar a aplicação subsidiária do regime geral de previdência social aos servidores, sendo que o artigo 195, II, da Constituição veda a incidência de contribuição previdenciária sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social”

¹ “Artigo 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.”

² *Temas de Direito Constitucional*, Tomo III, Renovar, 2005, pg. 209/210.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

13. Acrescenta o citado autor, que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o novo texto constitucional deixou de admitir a cobrança sobre os inativos.

14. No âmbito estadual, foi editada a Lei Complementar nº 943, de 23 de junho de 2003, que instituiu a contribuição previdenciária para custeio de aposentadoria dos Servidores Públicos e reforma dos Militares do Estado de São Paulo.

15. A Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, evidenciou o caráter contributivo da cota previdenciária, em cumprimento aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como atendeu aos objetivos constitucionais da universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento³.

16. Promoveu, ainda, a extinção da integralidade dos proventos e pensões; suprimiu a paridade; reduziu a pensão, e, nos termos do artigo 4º referida Emenda, instituiu a contribuição dos inativos, nos seguintes termos:

“Artigo 4º - Os servidores inativos e 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 artigo 3º, contribuirão para o custeio de regime de que trata o artigo 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.”

³ Cf. STF-ADIN nº 3105/DF – Distrito Federal. Ementário – Vol. 02180-02, p.p. 00123.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

221/61

Parágrafo único – A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I – cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o artigo 201, da Constituição Federal, para os servidores inativos e pensionistas dos Estado, do Distrito Federal e dos Municípios;

II – sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o artigo 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e pensionistas da União.”

17. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constantes do artigo 4º, parágrafo único, incisos I e II, citados, por ofensa ao princípio da isonomia tributária⁴.

18. Desta sorte, a norma, na síntese de Alexandre de Moraes⁵, estabeleceu:

“ – limite para imunidade: não incidirá contribuição sobre proventos de aposentadorias e pensões já concedidas pelo regime estabelecido pela EC nº 41/03 que não ultrapassem o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, estabelecido pelo art. 5ª, da EC nº 41/03

⁴ ADIN nºs 3105-8, citada e 3128/DF – Distrito Federal, Ementário, Vol. 02180-3, pp 00450, entre outras.

⁵ *Direito Constitucional Administrativo*, 2ª edição, SP. Atlas, 2005, pg. 224



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

222/66

em R\$ 2.400,00, reajustáveis a partir da publicação da referida emenda, de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Esse limite maior de inserção é justificado, uma vez que as futuras aposentadorias ou não serão integrais, ou, ainda, não guardarão paridade com os servidores da ativa, enquanto as futuras pensões sofrerão um redutor o teto do INSS (R\$ 2.400,00);

— igualdade de percentuais: os percentuais de contribuição sobre os proventos de aposentadoria e pensões serão idênticos aos estabelecidos para os servidores públicos titulares de cargos efetivos.”

19. Em 31 de dezembro de 2003, foi publicada a Lei Complementar Estadual nº 954, que dispôs sobre a contribuição previdenciária mensal dos inativos e pensionistas do Estado⁶.

20. A Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, com efeitos retroativos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003, no que atine à questão previdenciária, restringiu a cobrança de contribuições sobre proventos de aposentadoria e pensões, conferindo ao § 21, do artigo 40, da Constituição Federal, a seguinte redação:

“(…)

§ 21 – A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria

⁶ Impugnada na ADIN nº 110.440.0/5, ao final, julgada improcedente em 2/5/2005, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

223 67

e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante.”

21. Como enfatiza Luiz Roberto Barroso⁷, “a contribuição previdenciária, como modalidade de contribuição para a seguridade social, tem natureza inequívoca de tributo, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial”.

22. Neste sentido, José Afonso da Silva⁸, acrescenta que “essas contribuições submetem-se ao regime das normas gerais tributárias, ao princípio da reserva de lei e ao princípio da anualidade (lei prévia ao exercício em que serão cobrados). Significa dizer: não podem ser instituídas nem aumentadas senão por lei – não podem incidir senão sobre fatos geradores e exercício financeiro posteriores à sua instituição (artigos 146, III, e 150, I e III). Contudo, as contribuições da seguridade social (art. 195, I a III) não se subsumem ao disposto no art. 150, III, “b”, porque o art. 195, § 6º, lhe dá outro regime, prevendo que poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído”.

23. Isto fixado, pode-se dizer que a regra em questão, por configurar privilégio de natureza constitucional, estatuiendo situação de inoccorrência de fato gerador, amolda-se ao conceito de imunidade tributária, e, por tal sorte, tem efeitos imediatos ou prospectivos ao colher os fatos presentes e futuros⁹.

⁷ Obra citada, pg 203.

⁸ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros 20ª edição, 2002, pg. 688.

⁹ Elival da Silva Ramos, *Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*, Saraiva, 2003, pg. 2006.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

224/6

24. Parece-nos lícito afirmar que a imunidade beneficiaria os servidores que vierem a se aposentar, os já aposentados, e pensionistas. O requerente, na qualidade de inativo, tem fundado interesse em pleiteá-la.

25. Afastada a questão da incidência temporal da norma, cumpre-nos examinar o dispositivo quanto à capacidade de produzir efeitos.

26. A respeito, Tércio Sampaio Ferraz Junior¹⁰ ensina:

“Diz-se eficaz a norma:

a) que tem condições fáticas de atuar, posto que ela é adequada em relação à realidade;

b) que tem condições técnicas de atuar, posto que estão presentes os elementos normativos para adequá-la à produção de efeitos concretos;

.....

Assim, quando uma lei determina que entrará em vigor imediatamente, havendo, porém, necessidade de sua regulamentação, enquanto esta não for decretada, a lei será ineficaz no sentido (b).”

27. Sob este prisma, conclui-se que o preceito constitucional esculpido no § 21, do artigo 40, da Constituição Federal, pela EC n°

¹⁰ *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão e Dominação*, Atlas, 1988



47/2005, não encerra em si mesmo um mandamento completo, por depender de integração a ser realizada por lei ordinária posterior ¹¹.

28. A competência para legislar sobre o tema insere-se entre as previstas no artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal, e, por tal razão, é denominada concorrente¹², cujo conceito, na lição de José Afonso da Silva¹³, compreende dois elementos: a possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa, e a primazia da União, no que tange à fixação de normas gerais (art. 24 e seus parágrafos).

29. Anote-se que tramita perante o Senado Federal o Projeto de Lei nº 251, de 2005, o qual propõe a alteração da Lei nº 9.717/98, com a especificação das referidas “doenças incapacitantes” para os fins da imunidade em comento¹⁴.

30. De toda a forma, a inexistência de norma geral propiciaria aos Estados o exercício da competência legislativa plena, na forma e condições dos §§ 3º e 4º, do artigo 24, referido.

31. Todavia, em nome do princípio da continuidade do ordenamento jurídico, autorizada está a busca no sistema normativo

¹¹ Maria Helena Diniz, Norma Constitucional e seus Efeitos, Saraiva, 6ª edição, 2003, pg. 62).

¹² Limitada, no entender de Fernanda Dias Menezes de Almeida, in *Competências na Constituição de 1988*, 2ª edição, 2000, Atlas, pg. 141.

¹³ Obra citada, pg 479.

¹⁴ O texto é o seguinte:

“Artigo 1º. O artigo 3º da Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Art 3º - ...

Parágrafo único – Considerando-se doenças incapacitantes, para leis de incidência da contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria dos servidores públicos e sobre pensões de seus dependentes, aquelas que concedem a seus portadores isenção de imposto de renda, na forma da legislação própria (NR)”

Artigo 2º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”



infraconstitucional em vigor de regras materialmente compatíveis com a disposição em exame.

32. Neste mister, erigiremos como prevalente, na expressão “doença incapacitante”, o traço funcional e relativo da enfermidade, capaz de obstar permanentemente a execução de atividade laboral.

33. Isto feito, parece-nos evidente a correspondência entre o instituto da aposentadoria por invalidez, previsto nos diversos subsistemas normativos, assim como no regramento previdenciário, e o conceito de doença incapacitante, a autorizar sua adoção com o escopo de proporcionar a necessária eficácia ao preceito constitucional.

34. Concluímos que os servidores públicos estaduais aposentados por invalidez serão favorecidos pela imunidade em comento, até que sobrevenha o regramento editado nos termos do referido no item 28 da presente manifestação.

35. Remanescem duas situações a examinar:

a) a superveniência de doença incapacitante à concessão de aposentadoria voluntária ou compulsória;

b) o beneficiário de pensão por morte acometido de doença incapacitante.

36. Nestas hipóteses, parece-nos ser o caso de afastar as disposições relativas à concessão de aposentadoria por invalidez como parâmetro à integração do sentido da regra constitucional, pois ausentes os elementos indispensáveis à sua caracterização: a inviabilidade de exercício de função pública em virtude de



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

227 7

enfermidade, devidamente reconhecida pelos órgãos médicos. Destaque-se que o servidor aposentado compulsória ou voluntariamente não mais desempenha as funções inerentes ao seu antigo cargo, de molde a permitir a perícia necessária à constatação de incapacidade. De outra, o beneficiário de pensão sequer chegou a ocupar o cargo ou função que lhe propicia o recebimento do benefício.

37. Melhor sorte não assiste à proposta de aplicação das disposições da Lei federal nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que altera a legislação do imposto de renda. Isto porque, em seu artigo 6º, inciso XIV¹⁵, concede isenção aos proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos por portadores de moléstia profissional, bem como os acometidos pelas enfermidades arroladas, mesmo contraídas depois da aposentadoria ou reforma. No inciso XXI¹⁶ estende o benefício aos pensionistas portadores de doenças relacionadas no inciso XIV, exceto as decorrentes de moléstia profissional.

38. Destaque-se que, com relação às doenças supervenientes, ora objeto de nossa análise, a citada norma remete o aplicador do Direito a uma relação estanque de enfermidades.

39. A legalidade do sistema eleito não se discute, tampouco a gravidade dos distúrbios. Porém, não há como asseverar que estes se amoldariam ao conceito de “incapacitante”, utilizado na disposição constitucional.

40. Como exemplo, permitimo-nos conjecturar que poderia haver caso de servidor acometido de neoplasia maligna, potencialmente candidato à isenção de imposto de renda, todavia, em atividade no serviço público. Ou seja, em princípio, não há como afirmar que o portador de doença grave esteja incapacitado para o trabalho, a menos que assim decida o Legislador.

¹⁵ Com redação dada pela Lei federal nº 11.052/2004.

¹⁶ Incluído pela Lei federal nº 8.541/98.



41. Ademais, dar, por via interpretativa, às doenças incapacitantes tratamento similar ao conferido às moléstias graves, como sugerido nos autos, ao nosso ver, não encontra amparo doutrinário.

42. A respeito, Luiz Roberto Barroso¹⁷ pontifica:

“Naturalmente, não será possível, em matéria constitucional, buscar a integração analógica na legislação infraconstitucional. Ou a constituinte atribuiu o tratamento da matéria à lei ordinária – e não se estará diante de uma lacuna –, ou a solução do vazio normativo terá de ser buscada nos princípios da própria constituição.”

43. Destaca o autor que “não se confundem, por igual, as lacunas – que são situações constitucionalmente relevantes **não previstas** – e as omissões legislativas – que são situações **previstas** no texto constitucional, mas dependentes da intermediação do legislador ordinário para a produção de seus efeitos¹⁸.”

44. O regramento correlato existente, consubstanciado na Lei federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, 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, dos Militares dos Estados e do Distrito Federal, com as alterações introduzidas pela Lei federal nº 10.887, de 18 de junho de 2004, que dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, não contempla a disciplina necessária, obviamente, por preceder à Emenda Constitucional nº 47/2005.

¹⁷ *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 4ª edição Saraiva, 2001, pg. 141.

¹⁸ *Idem*, pg. 142.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

229 73

45. Desta sorte, parece-nos que, por ora, à mingua de “normatividade integradora de sua eficácia”¹⁹, não haveria fundamento jurídico a respaldar a apreciação de pedidos decorrentes das situações descritas no item 35 deste parecer.

46. Todavia, considerando-se a atribuição constante do artigo 21, inciso I, da Lei Complementar nº 478/86, propomos a remessa do expediente à Procuradoria Administrativa.

Este é o entendimento que submetemos à superior consideração.

ASSESSORIA JURÍDICA DO GOVERNO, 17
de março de 2006.

SIMONE APARECIDA MARTINS
Procuradora do Estado Assessora

P0439/2006/SAM/hm

¹⁹ Cf. Elival da Silva Ramos, *A Inconstitucionalidade das Leis – Vício e Sanção*, Saraiva, 1994, pg. 40.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

230 74

PROCESSO SF-20.444/98
INTERESSADO LUIZ ALVES DE LAVOR
ASSUNTO ATO ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA.

O parecer retro, analisando a questão posta a exame deste órgão jurídico, em razão do pedido formulado pelo interessado a fl. 194, conclui o seguinte: (a) em razão da correspondência entre o instituto da aposentadoria por invalidez e o conceito de doença incapacitante, os servidores públicos estaduais aposentados por invalidez serão favorecidos pelo disposto no § 21 do artigo 40 da Constituição Federal, até que sobrevenha o regramento da matéria; (b) com relação às hipóteses de (b1) superveniência de doença incapacitante à concessão de aposentadoria voluntária ou compulsória e de (b2) beneficiário de pensão acometido de doença incapacitante, revela-se inviável a aplicação quer da legislação relativa ao Imposto de Renda quer da Lei federal nº 9.717/98; (c) em razão de tais ponderações, o pedido formulado pelo interessado careceria de fundamento jurídico.

Não obstante a substanciosa argumentação tecida pela subscritora do parecer retro, a respeito do dispositivo constitucional em comento, entendo que, em se tratando de matéria previdenciária, existe norma integradora de sua eficácia, utilizando-se, para aplicação do benefício concedido, o rol de doenças constante do artigo 151 da Lei federal nº 8.213, de 24 de



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

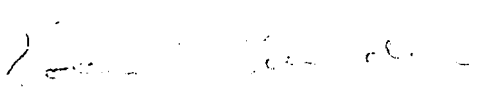
231 / 7E
julho de 1991²⁰ – moléstias autorizadoras de aposentadoria por invalidez, e, desta sorte, incapacitantes.

Em decorrência disso, concluo, tal como a UCRH, que o pedido formulado pelo interessado – que, aposentado voluntariamente, é portador de cardiopatia grave – pode, desde logo, ser deferido.

As considerações expendidas demonstram, entretanto, a necessidade de ser o tema ora em debate submetido à análise da Procuradoria Administrativa (em conjunto com o Processo SF-14.196/83, que trata de hipótese semelhante), por intermédio da Subprocuradoria Geral do Estado – Área de Consultoria, nos termos do inciso I do artigo 21, da Lei Complementar nº 478, de 18 de julho de 1986, já que o assunto é de interesse geral da Administração, impondo-se, destarte, orientação uniforme no deslinde dos casos da espécie.

Para a finalidade apontada, restituam-se os autos à Subsecretaria de Gestão e Recursos Humanos.

**ASSESSORIA JURÍDICA DO GOVERNO, 17
de março de 2006.**


TERESA SERRA DA SILVA
Procuradora do Estado
Assessora Chefe

P0439/2006/TSS/deb

²⁰ “Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionadas no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida-Aids; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.”