



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

236 / 71

PROCESSO SF-14.196/83
PARECER 0440/2006
INTERESSADO JOSÉ AMARO PAES DE LIRA
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 por invalidez. Considerações. Proposta de submissão do tema à Procuradoria Administrativa, nos termos do disposto no artigo 21, inciso I, da Lei Complementar nº 478/86.

1. José Amaro Paes de Lira, RG nº 1.591.513, Delegado de Polícia, aposentado por invalidez, por intermédio do petítório de fls. 206/207, endereçado ao Secretário da Fazenda, requereu a concessão do benefício previsto no § 21, do artigo 40, da Constituição Federal, introduzida pela Emenda Constitucional nº 47/2005, por ter sido aposentado por invalidez.

2. Esclarece que a aposentadoria ocorreu em 22 de maio de 1980, sendo isento do pagamento de imposto de renda.

3. Anexou os documentos de fls. 208/215 e requereu o cancelamento da contribuição previdenciária, com a devolução dos valores recolhidos, corrigidos monetariamente, desde 19 de dezembro de 2003.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

237

4. O Departamento de Despesa de Pessoal do Estado, às fls. 219/223, conclui que o disposto no § 21, do artigo 40, da Constituição Federal não é auto-aplicável, gerando, ademais, as seguintes dúvidas:

.....

“– todos os servidores que se acham no direito de terem a isenção da contribuição previdenciária, nos termos do § 21, do artigo 40, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 47/2005, deverão formular seu pedido à Administração?

– quais seriam, na forma da lei, as doenças incapacitantes?

– a que lei se refere o legislador, que eventualmente nomeia as doenças incapacitantes?

– essas doenças incapacitantes, na forma da lei, abrangeriam todos os servidores aposentados por invalidez?

– se assim fosse, qual a razão de o legislador haver se reportado a beneficiário que, na forma da lei, for portador de doença incapacitante, e não simplesmente ao beneficiário aposentado por invalidez?

– o servidor aposentado por invalidez, mas que não for portador de doença incapacitante, como no caso do policial civil ou militar, incapacitado no desempenho de suas funções, poderá se beneficiar dessa norma constitucional?



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

238/

.....

5. Remetido o expediente à Unidade Central de Recursos Humanos, foi emitida a Informação nº 0880/2005 (fls. 224/231), a qual entendeu que, aos servidores declarados incapacitados para o exercício da função pública e aposentadoria por invalidez permanente, poderá ser aplicado o disposto no § 21, do artigo 40, da Constituição Federal. Opinou, ao final, pelo deferimento do pedido.

6. A proposta foi encampada pela Coordenadora da Unidade Central de Recursos Humanos às fls. 232 e pela Responsável pela Subsecretaria de Gestão e Recursos Humanos, às fls. 233, que promoveu o envio dos autos a este órgão jurídico.

É o relatório

Opinamos.

7. 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.

8. 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



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

239 7

correspondência do benefício da pensão por morte à totalidade dos vencimentos ou proventos, observados os limites estabelecidos quanto à revisão.

9. 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.

10. 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”

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

12. No âmbito estadual, foi editada a Lei Complementar nº 943, de 23 de junho de 2003, que instituiu a contribuição

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

previdenciária para custeio de aposentadoria dos Servidores Públicos e reforma dos Militares do Estado de São Paulo.

13. 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.

14. 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.

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

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



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 o artigo 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e pensionistas da União.”

15. 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.

16. 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 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

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

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.”

17. 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.

18. 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 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.”

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

19. 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”.

20. 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, “h”, 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”.

21. Isto fixado, pode-se dizer que a regra em questão, por configurar privilégio de natureza constitucional, estatuinto situação de inocorrência 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.

22. 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.

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

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

244

ensina:

24. A respeito, Tércio Sampaio Ferraz Junior¹⁰

“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).”

25. Sob este prisma, conclui-se que o preceito constitucional esculpido no § 21, do artigo 40, da Constituição Federal, pela EC nº 47/2005, não encerra em si mesmo um mandamento completo, por depender de integração a ser realizada por lei ordinária posterior¹¹.

26. 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,

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

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.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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).

27. 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.

28. 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.

29. Todavia, em nome do princípio da continuidade do ordenamento jurídico, autorizada está a busca no sistema normativo infraconstitucional em vigor de regras materialmente compatíveis com a disposição em exame.

30. 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.

31. Isto feito, parece-nos evidente a correspondência entre o instituto da aposentadoria por invalidez, previsto nos diversos subsistemas

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.”



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.

32. Concluimos 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 26 da presente manifestação.

33. Remanescem duas situações a examinar e deslindar:

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

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

34. 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 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.

35. 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



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

legislação do imposto de renda. Isto porque, no 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.

36. 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.

37. 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.

38. 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.

39. 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.

40. A respeito, Luiz Roberto Barroso¹⁷ pontifica:

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

¹⁶ Incluído pela Lei federal nº 8.541/98.

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

248



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

“Naturalmente, não será possível, em matéria constitucional, buscar a integração analógica na legislação infraconstitucional. Ou o 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.”

41. 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.”

42. 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.

43. 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 33 deste parecer.

¹⁸ Idem, pg. 142.

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



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

249
/

44. 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, que, com o costumeiro descortino, emitirá a necessária orientação jurídica à Administração, especialmente no que concerne ao procedimento a ser adotado, diante do exposto às fls. 219/223, pelo Departamento de Despesa de Pessoal do Estado.

Este é o entendimento que submetemos à superior consideração.

março de 2006.

ASSESSORIA JURÍDICA DO GOVERNO, 17 de

SIMONE APARECIDA MARTINS
Procuradora do Estado Assessora

P0440/2006/SAM/hm



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCESSO SF-14.196/83
INTERESSADO JOSÉ AMARO PAES DE LIRA
ASSUNTO ATO ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA.

O parecer retro, analisando a questão posta a exame deste órgão jurídico, em razão do pedido formulado pelo interessado a fls. 206/207, 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.

Em razão de tais ponderações, é de inferir que o pedido formulado pelo interessado – Delegado de Polícia aposentado por invalidez – poderia ser deferido.

Ainda que endossando tal conclusão, entendo, em que pese a substancial argumentação tecida pela subscritora da referida peça opinativa, a respeito da norma constitucional em comento, que, em se tratando de matéria previdenciária, existe



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 julho de 1991²⁰ – moléstias autorizadas de aposentadoria por invalidez, e, desta sorte, incapacitantes.

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-20.444/98, 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, restitua-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

P0440/2006/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.”