

VOTO

O Senhor Ministro Luís Roberto Barroso (Relator):

Questões preliminares

11. A primeira preliminar a ser ultrapassada trata do conhecimento do presente recurso. Os recorridos, em contrarrazões, aduzem que o recurso extraordinário não deve ser conhecido diante da ausência de repercussão geral da controvérsia, bem como da falta de interesse em recorrer, uma vez que a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande Sul teria aprovado parecer administrativo pela autoaplicabilidade do referido dispositivo constitucional (fls. 312-317).

12. Sem razão, contudo. Entendo que a controvérsia apresenta repercussão geral especialmente dos pontos de vista econômico e social. A decisão acerca da eficácia da norma constitucional afetará diretamente o custeio do sistema de previdência dos servidores públicos, uma vez que será definido se a contribuição previdenciária, no caso de portadores de doença incapacitante, incidirá somente 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. Portanto, nítida a existência de repercussão geral, diante do amplo espectro de afetados pelo julgamento do presente recurso extraordinário. Ressalto, ainda, que a existência de repercussão geral foi reconhecida pelo Plenário desta Corte, com expressivo número de Ministros acompanhando a proposta do então Relator.

13. Além disso, não há que se falar em falta de interesse em recorrer por parte do IPERGS, com base em aprovação de parecer pela PGE-RS, uma vez que o acórdão recorrido sequer abordou o tema, de modo que a análise do referido parecer demandaria revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso extraordinário pelo enunciado de Súmula 279.

14. A segunda preliminar trata das alterações ao texto constitucional trazidas pela Emenda Constitucional nº 103/2019, que realizou uma nova

“Reforma da Previdência”. Sobre esse ponto, entendo que a revogação da norma sob análise pelo art. 35, I, a, da EC 103/2019 [2] em nada altera o resultado do presente julgamento. Em primeiro lugar, porque se trata de controle difuso de constitucionalidade, em que não há perda de objeto em caso de revogação da norma, uma vez que estão sob análise os seus efeitos concretos. A revogação da norma não apaga os efeitos pretéritos que eventualmente tenha produzido, devendo esta Corte estabelecer o regime jurídico aplicável às situações constituídas no passado. Em segundo lugar, porque o art. 36, II, da EC 103/2019 [3] condicionou a sua revogação, no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, à publicação de lei de iniciativa privativa do respectivo Poder Executivo que as referende integralmente, de modo que, com a imposição de condição para a revogação, caberá a cada ente legislar para conferir eficácia ao art. 35, I, a, da EC 103/2019.

15. Desse modo, ultrapassadas as preliminares, passo à análise do mérito do presente recurso.

Mérito

16. A questão constitucional debatida nos presentes autos refere-se à definição da eficácia da norma prevista no art. 40, § 21, da Constituição, inserido pela Emenda Constitucional nº 47/2005. Para melhor análise, transcrevo o inteiro teor do dispositivo:

“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.

(...)

§ 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.”

17. O Tribunal de origem, apesar de admitir a existência de julgado desta Corte em sentido contrário, entendeu que se trata de norma autoaplicável, de eficácia plena, de modo que os efeitos da disposição constitucional prescindem da edição de qualquer lei, conforme se extrai de trecho do voto do ilustre relator:

“Embora, tenha conhecimento da existência de decisão monocrática do Ministro Eros Grau (RE 552487/MT) entendendo pela necessidade de edição de lei infraconstitucional para a aplicação do §21º do art. 40 da CF, tenho entendimento em sentido diversos, ou seja, pela eficácia plena do referido dispositivo”

18. Assim, resta claro que o acórdão recorrido diverge de entendimentos já emitidos por esta Corte. Em 2008, no RE 552.487 [4], de relatoria do Min. Eros Grau, em decisão monocrática transitada em julgado, foi acolhido o parecer do Ministério Público Federal, no sentido de que a previsão constitucional é norma de eficácia limitada, sendo incabível sua aplicação antes da necessária regulamentação.

19. Em fevereiro/2010, o Plenário desta Corte, ao analisar os Agravos Regimentais nas Suspensões de Segurança nº 3.679, 3.680, 3.681, 3.682, 3.683, 3.684, 3.685, 3.687 e 3.699, todos de relatoria do Min. Gilmar Mendes, entendeu que a imunidade prevista no art. 40, § 21, da Constituição possui eficácia limitada, condicionada à edição de lei regulamentadora, conforme fica claro a partir da leitura da ementa:

“EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Legitimidade da apreciação da plausibilidade jurídica da tese jurídica veiculada pela requerente. Precedentes. Os institutos da imunidade e da isenção tributária não se confundem. É perfeitamente possível ao Estado conceder, mediante lei, isenção de tributo de sua competência, visto que está atuando nos limites de sua autonomia. Enquanto não editada a lei a que se refere o § 21 do art. 40 da CF/88, vigem os diplomas estaduais que regem a matéria, que só serão suspensos se, e no que, forem contrários à lei complementar nacional (CF, art. 24, §§ 3º e 4º). Recurso que não traz novos fundamentos aptos a infirmar a decisão agravada. Agravo Regimental a que se nega provimento”[5]

20. Assim, há diversas decisões do Plenário desta Corte no sentido de considerar o § 21 do art. 40 norma de eficácia limitada, cujos efeitos estão condicionados à edição de legislação infraconstitucional – que, na ausência

de lei complementar federal, pode ser lei de cada ente – que determine quais são as doenças incapacitantes aptas a conferir ao servidor público portador de doença incapacitante a incidência de contribuição previdenciária 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.

21. Destaco, ainda, precedente em que esta Corte, em decisão em controle concentrado de constitucionalidade, definiu ser possível que os entes, por lei própria, concedam isenção da contribuição previdenciária, desde que respeitados os limites estabelecidos na Constituição. Trata-se da ADI 3.477, em que o Ministro Luiz Fux foi o redator para o acórdão, cuja ementa transcrevo abaixo:

“Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PREVIDENCIÁRIO. LEI Nº 8.633/2005 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA E PENSÕES. DISPENSA NA REFORMA DA CARTA ESTADUAL PARA INSTITUIÇÃO DA EXAÇÃO EM TELA, A QUAL PODE PERFEITAMENTE SER CRIADA PELA LEI ESTADUAL. A CRFB/88, EM SEU ARTIGO 40, COM REDAÇÃO CONFERIDA PELA EC Nº 41 /2003, ESTABELECE REGRA GERAL A SER OBSERVADA PELOS ESTADOS, MUNICÍPIOS E DISTRITO FEDERAL. PARÁGRAFO 1º DO ART. 149 DA CRFB/88. IMPOSIÇÃO AOS ESTADOS DE OBRIGATORIEDADE DE INSTITUIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PARA CUSTEIO DO REGIME PREVIDENCIÁRIO DE SEUS SERVIDORES. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 3º DA LEI HOSTILIZADA. INTERPRETAÇÃO À LUZ DO PARÁGRAFO 21 DO ART. 40 DA CRFB/88, SEGUNDO A TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE” [6]

22. Destaco, ainda, relevante trecho do voto do Ministro Luiz Fux:

“Com efeito, esta isenção resta válida tão somente quando interpretada à luz do parágrafo 21 do art. 40 da Constituição Federal, segundo a técnica de interpretação conforme, razão pela qual acompanho integralmente o relator, com a ressalva supraesposada, para julgar parcialmente procedente a ação”.

23. Desse modo, seria despicienda a necessidade de lei complementar federal, bastando que cada ente procedesse à isenção nos termos do dispositivo constitucional impugnado, assim como alguns o fizeram. A inconstitucionalidade recai na outorga do benefício na ausência de qualquer lei – complementar federal ou de cada ente – determinando quais seriam as doenças incapacitantes que gerariam a desoneração das aposentadorias e pensões.

24. Nessa linha, a fim de comprovar o acerto das decisões desta Corte, vale fazer uma breve digressão sobre a classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia.

25. No final da década de 60, José Afonso da Silva publicou a primeira edição do seu clássico *Aplicabilidade das normas constitucionais*, no qual aprofunda o tema a partir dos desenvolvimentos que lhe haviam dado Vezio Crisafulli e Meirelles Teixeira. De acordo com José Afonso, as normas constitucionais, no tocante à sua eficácia e aplicabilidade, comportam uma classificação tricotômica, assim enunciada: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que compreendem as normas definidoras de princípio instrutivo e as definidoras de princípio programático, em geral dependentes de integração infraconstitucional para operarem a plenitude de seus efeitos [7].

26. De acordo com essa formulação, normas de eficácia *plena* são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independem de providência normativa ulterior par sua aplicação. Normas de eficácia contida (melhor se diria *restringível*, como sugeriu Michel Temer) são as que receberam, igualmente, normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas preveem meios normativos (leis, conceitos genéricos etc.) que lhes podem reduzir a eficácia e a aplicabilidade. Por último, normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema. Essas normas, contudo, ao contrário do que ocorria com as ditas não autoaplicáveis, não são completamente desprovidas de normatividade. Pelo contrário, são capazes de surtir uma série de efeitos, revogando as normas

infraconstitucionais anteriores com elas incompatíveis, constituindo parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade por ação e por omissão, e fornecendo conteúdo material para a interpretação das demais normas que compõem o sistema constitucional [9].

27. A meu ver, não restam dúvidas, ao analisar o § 21, do art. 40, da Constituição, que a sua eficácia plena dependia da edição de lei específica definindo quais são as doenças incapacitantes, cujos portadores não estarão sujeitos à incidência de contribuição previdenciária sobre os valores inferiores ao dobro do teto do RGPS.

28. No mesmo sentido, a Nota Técnica nº 12.212/2019, editada pelo Ministério da Economia, cuja finalidade é a análise das regras constitucionais da reforma previdenciária, estipula que a revogação da não incidência do art. 40, § 21, da Constituição Federal de 1988, levada a efeito pela EC nº 103, de 12.11.2019, não se opera de imediato para Estados, DF e Municípios, uma vez que dependerá da edição de lei de iniciativa do Chefe do Executivo local [10]. Trata-se de previsão que reforça o caráter não autoaplicável da norma, tanto em sua criação pela EC nº 47/2005, quanto em sua revogação pela EC nº 103/2019.

29. Além disso, ressalto que não cabe ao Judiciário a utilização, por analogia, de lei elaborada para finalidade diversa daquela constante no § 21 do art. 40, a fim de lhe conferir a plenitude de efeitos. A aplicação de leis que dispõem sobre a concessão de aposentadoria especial ou sobre as doenças incapacitantes que geram a isenção de imposto de renda, para os proventos de aposentadoria e pensão, configura intervenção indevida em política pública previdenciária a título de isonomia, o que é vedado em jurisprudência reiterada desta Corte, com base no art. 150, § 6º, da Constituição [11].

30. Destaco, aqui, a falta de capacidade institucional do Judiciário e o risco de efeitos sistêmicos de eventual decisão judicial que venha a integrar essa lacuna legislativa. Sempre com base na isonomia e demais princípios e valores constitucionais, o legislador, ao fixar o rol de doenças incapacitantes, também deverá levar em consideração as condições para manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes previdenciários,

dispondo de uma margem de conformação nessa matéria. A intervenção do Judiciário possui o condão de gerar efeitos sistêmicos imprevisíveis e desestabilizar, ainda mais, os regimes próprios de previdência.

31. Recentemente, na ADI 6.025, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o Plenário ressaltou a importância do princípio da separação de poderes como norteador da atuação deste Tribunal na análise de matéria referente à concessão de benefícios tributários. Confira-se abaixo a ementa do julgado:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA OU REFORMA. REQUISITOS LEGAIS CUMULATIVOS E RAZOÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DA ISENÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E LEGALIDADE ESTRITA (ARTS. 2º E 150, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO). CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 6º DA LEI 7.713/1988. IMPROCEDÊNCIA.

1. A concessão de isenção tributária configura ato discricionário do ente federativo competente para a instituição do tributo e deve estrito respeito ao princípio da reserva legal (art. 150, § 6º, da Constituição Federal).

2. A legislação optou por critérios cumulativos absolutamente razoáveis à concessão do benefício tributário, quais sejam, inatividade e enfermidade grave, ainda que contraída após a aposentadoria ou reforma. Respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), aos valores sociais do trabalho (art. 1º, IV, da CF) e ao princípio da igualdade (art. 5º, caput, da CF).

3. Impossibilidade de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, ampliando a incidência da concessão de benefício tributário, de modo a incluir contribuintes não expressamente abrangidos pela legislação pertinente. Respeito à Separação de Poderes. Precedentes.

4. Os poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de guerrilhas institucionais, que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes políticos.

5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente”
[12]

32. Por todo o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário, a fim de reformar o acórdão recorrido para assentar que o § 21, do art. 40, da Constituição, incluído pela EC nº 47/2005, possuía eficácia limitada, cujos

efeitos estavam condicionados à edição de legislação infraconstitucional, seja lei complementar federal ou lei ordinária dos entes federados no âmbito de seus regimes próprios.

33. Modulo os efeitos do presente acórdão, a fim de que os servidores e pensionistas que, por decisão judicial, vinham deixando de pagar as contribuições não tenham que restituí-las. Nesses casos, o acórdão terá efeitos somente a partir da publicação da sua ata de julgamento, momento em que os entes que não tenham editado lei regulamentando o dispositivo poderão voltar a reter as contribuições previdenciárias.

34. Proponho, ainda, a fixação da seguinte tese em sede de repercussão geral: “ *O art. 40, § 21, da Constituição Federal, enquanto esteve em vigor, era norma de eficácia limitada e seus efeitos estavam condicionados à edição de lei complementar federal ou lei regulamentar específica dos entes federados no âmbito dos respectivos regimes próprios de previdência social* ”.

É como voto.

Notas de fim:

(1) TJRS, Primeira Câmara Cível, Apelação Cível nº 70030145825, Rel. Des. Jorge Maraschin dos Santos, j. 24.03.2010.

(2) Art. 35. Revogam-se:

I - os seguintes dispositivos da Constituição Federal:

a) o § 21 do art. 40;

(3) Art. 36. Esta Emenda Constitucional entra em vigor:

(...)

II - para os regimes próprios de previdência social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quanto à alteração promovida pelo art. 1º desta Emenda Constitucional no art. 149 da Constituição Federal e às

revogações previstas na alínea "a" do inciso I e nos incisos III e IV do art. 35, na data de publicação de lei de iniciativa privativa do respectivo Poder Executivo que as refere integralmente;

(4) RE 552.487, decisão monocrática, Rel. Min. Eros Grau, DJe 07.10.2008.

(5) STF, Agravos Regimentais nas Suspensões de Segurança nºs 3.679, 3.680, 3.681, 3.682, 3.683, 3.684, 3.685, 3.687 e 3.699, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 26.02.2010.

(6) ADI 3.477, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJe 04.05.2015.

(7) José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1998.

(8) Michel Temer, *Elementos de direito constitucional*, 1990, p. 27.

(9) José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2001, p. 164.

(10) A teor do inciso II do art. 36 da EC nº 103, de 2019, a alteração de redação dada pela reforma ao art. 149 da Constituição Federal e a cláusula de revogação contida na alínea a do inciso I e nos incisos III e IV do art. 35 daquela Emenda não têm aplicabilidade constitucional para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios enquanto estiverem em período de vacância, já que dependem de referendo para o início de sua vigência, mediante a publicação de lei de iniciativa privativa do respectivo Poder Executivo destes entes da Federação (Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/11/SEI_ME-5155534-Nota-Tecnica-12212.pdf. Acesso em 10.08.2020).

(11) Art. 150...

(...)

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.”

(12) ADI 6.025, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 26.06.2020.

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/02/2021 00:00