



**Universidade Federal do Ceará
Faculdade De Direito**

JOÃO SIMÕES TEIXEIRA

**A NORMA IMUNIZANTE DO ARTIGO 40, § 21, DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL E A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO BRASILEIRO**

**FORTALEZA
2014**

JOÃO SIMÕES TEIXEIRA

A NORMA IMUNIZANTE DO ARTIGO 40, § 21, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
E A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO BRASILEIRO

Monografia submetida à
Coordenação do Curso de
Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito
Tributário

Orientador: Professora Doutora
Denise Lucena Cavalcante

FORTALEZA
2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

T266n	Teixeira, João Simões. A norma imunizante do artigo 40, § 21, da constituição federal e a inércia do poder legislativo brasileiro / João Simões Teixeira. – 2014. 58 f. : enc. ; 30 cm. Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014. Área de Concentração: Direito Tributário. Orientação: Profa. Dra. Denise Lucena Cavalcante. 1. Imunidade tributária. 2. Contribuição previdenciária - Brasil. 3. Direito tributário - Brasil. I. Cavalcante, Denise Lucena (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.
-------	--

A NORMA IMUNIZANTE DO ARTIGO 40, § 21, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
E A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO BRASILEIRO

Monografia submetida à
Coordenação do Curso de
Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.
Área de concentração: Direito
Tributário.

Aprovada em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Denise Lucena Cavalcante (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professora Mestre Maria José Fontenelle Barreira Araújo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professor Mestre Michel Mascarenhas Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais Vânia e Francisco,
pelo amor de sempre e por tudo que
por mim fizeram e pra mim represen-
tam.

À minha irmã Laís, por tornar mais
doce cada dia da minha vida e pelo
exemplo de coragem e dedicação.

AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar, por estar sempre ao meu lado, por tudo de especial que fez por mim e por ter colocado em minha vida as seguintes pessoas.

A minha mãe Vânia e ao meu pai Francisco, pelo exemplo, de ambos, de simplicidade, generosidade, caráter, honestidade e de vitória na vida! Pelo companheirismo, compreensão, dedicação em todos os setores e amor incondicional. Por moldarem meu caráter e por tudo que hoje sou e venha a ser.

À minha irmã Laís, pela doçura, pelo carinho, por sempre ter me protegido, apoiado e amado. Pelo seu exemplo de garra, coragem, dedicação e superação.

A todos de minha numerosa família. Tios, primos, avós, bisavós, enfim, ascendentes, descendentes e colaterais até o grau mais remoto, pelo amor que sempre me deram, por tantos ensinamentos, exemplos, por tornarem minha vida mais especial e a ela darem mais sentido.

A todos meus amigos, dentre os quais incluo minha namorada, verdadeiros irmãos, extensão, sem dúvidas, de minha família, por me provarem todos os dias sua imensa lealdade, por me ajudarem nos momentos mais difíceis, por estarem sempre ao meu lado, por incontáveis momentos de extrema felicidade e por me fazerem entender o significado da vida e os verdadeiros conceitos das palavras “felicidade” e “amizade”.

À Lidú, por sua amizade, pelo carinho e dedicação oferecidos por mais de 10 anos, por sua ajuda incansável a meus pais na difícil tarefa de me educar, por grande parte de minha formação e por todo o companheirismo imensurável ao longo de minha infância e adolescência.

À minha orientadora, professora Denise Lucena, por sua disponibilidade, atenção e empenho, imprescindíveis para a conclusão deste trabalho.

Ao professor Michel Mascarenhas, por ter aceitado o convite de fazer parte da banca examinadora, pelos ensinamentos e por toda sua dedicação e esforço na sala de aula.

À professora Maria José, em nome dos professores do curso de

Direito da UFC mais compromissados e empenhados nessa dura lição de lecionar, por toda sua dedicação à Faculdade, por sua imensurável e indescritível simpatia, generosidade e carinho com seus alunos.

À Dra. Sabrine, pelas longas conversas de apoio, por toda a ajuda prestada, pela tranquilidade transmitida e por todo o empenho e dedicação na tarefa de auxiliar-me a ter uma mente mais saudável, ensinando-me, dessa maneira, a ser, cada dia, mais feliz.

A todos do Colégio Irmã Maria Montenegro, com os quais compartilhei quase 15 anos da minha vida, por serem responsáveis por grande parcela de minha formação, por terem me tornado, espero eu, um ser humano melhor.

Àqueles que convivi no Colégio 7 de Setembro, por toda a amizade oferecida, as alegrias compartilhadas e por minha formação até o ensino médio.

A todos com os quais tive o prazer de trabalhar no escritório ABV Advogados Associados, os quais me deram os primeiros ensinamentos práticos no âmbito jurídico, em especial à minha prima Juliana Abreu, pela oportunidade do primeiro estágio, e ao meu primo João Marcos Abreu, pela paciência e por todos os ensinamentos.

Àqueles com os quais tive a honra de trabalhar no Ministério Público do Estado do Ceará, em especial a todos que compunham a 16ª Promotoria Criminal, 16ª Vara Criminal, 2ª Promotoria Criminal, 2ª Vara Criminal e Central de Inquéritos, por tantos ensinamentos que recebi, pelo companheirismo e por tantas alegrias que vivi.

Aos também companheiros de trabalho da Procuradoria Geral do Estado do Ceará, em especial aos que compõem a Procuradoria Fiscal, pelo aprendizado que me proporcionaram, pelo companheirismo e pelo auxílio, inclusive em questões pessoais.

Aos procuradores Dr. Fernando Távora, por todos os ensinamentos, pelas lições de vida e pelo exemplo de ser humano atencioso e Dra. Celina, por toda sua simplicidade, carinho e generosidade. Deixo, ademais, o meu agradecimento por terem me prestigiado no momento da defesa desta monografia.

Ao procurador Dr. Mateus Viana, pela simpatia, extrema

disponibilidade e por tanto ter me auxiliado no desenvolvimento deste trabalho.

Aos também procuradores Dr. Lício e Dr. Marcelo, com os quais também tive a honra de trabalhar diretamente, pelo companheirismo, respeito, e por todo o auxílio que me prestaram.

A Raquel, Renata e Cléo, em nome de todos os estagiários, servidores e demais funcionários da PGE-CE, pelo companheirismo de todos, pela simplicidade e pelas prazerosas conversas.

A todos da Faculdade de Direito da UFC com quem compartilhei esses quase 05 (cinco) anos, em especial aos irmãos que lá reconheci, verdadeiro “legado” desse período universitário.

A todos do, até agora, heptacampeão de futebol “Bayer Leverkusen”, por tantas alegrias vividas, pela união, companheirismo e por tantos momentos incríveis.

Ao colega de faculdade Mardônio Freire Júnior, o qual certamente está no céu descansando e olhando por todos nós, pela simpatia, simplicidade, alegria contagiante e pelo coração enorme que tinha.

A todos os outros que direta ou indiretamente contribuíram, de alguma forma, para minha formação, proporcionaram-me momentos felizes, ajudaram-me em momentos difíceis, empenharam-se em me fazer um ser humano melhor e compartilharam fatos inesquecíveis, enchendo, dessa maneira, minha vida de significado.

*“A simplicidade é o último grau de
sophistication.”*

(Leonardo da Vinci)

RESUMO

O presente estudo visa a analisar a norma prevista no artigo 40, § 21, da Constituição Federal. Tal norma garante, uma vez preenchidos os seus requisitos, imunidade de contribuição previdenciária a proventos de aposentadoria e pensão de portadores de doenças incapacitantes que não ultrapassem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral da previdência social. Nesse sentido, far-se-á, a priori, uma análise de conceitos gerais, como o de “tributo”, “não incidência tributária” e “contribuição previdenciária”. Em seguida, será explicado o problema causado pela omissão do Poder Legislativo em regulamentar o aludido dispositivo constitucional. Posteriormente, serão apresentadas possíveis soluções ao problema em tela, analisando-se a viabilidade de adotar a analogia para suprir a referida inércia legislativa. Ademais, a título de exemplo, observar-se-á como a Procuradoria Geral do Estado do Ceará lida com o mencionado tema. Por fim, analisar-se-á aspectos referentes à competência legislativa dos Estados da Federação, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção.

Palavras-chave: Direito Tributário. Imunidade. Contribuição Previdenciária. Omissão do Poder Legislativo.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the norm established in the article 40, paragraph 21, of the Federal Constitution. This norm guarantees, once filled your requirements, immunity from social security contribution to retirement and pension proceeds of patients with disabling diseases, which do not exceed twice the maximum limit established for the benefits under the general scheme of the social security. In this sense, will be done, initially, an analysis of general concepts like "tribute", "no tax incidence" and "social security contribution". Then it will be explained the problem caused by the omission of the Legislative Power in regulating the constitutional device alluded. Afterwards, will be presented possible solutions to the present problem analyzing the viability of adopting the analogy to supply the legislative inertia alluded. In addition, by way of example, It will be observed how the Procuradoria Geral do Estado do Ceará deals with the mentioned theme. Finally, we will analyze aspects related to legislative competence of the States of the Federation, direct action of unconstitutionality by omission and writ of injunction.

Key-Words: Tax Law. Immunity. Social Security Contribution. Legislative Power Omission.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 Da omissão do Poder Legislativo Brasileiro.....	14
2.1 Dos tributos	14
2.2 Da não incidência tributária	18
2.2.1 Da não incidência qualificada	19
2.3 Da contribuição previdenciária	22
2.4 Da omissão do Poder Legislativo	24
2.5 Eficácias das normas constitucionais.....	26
3 Da utilização analógica de listas de doenças previstos em outras leis	29
3.1 Dos impostos	29
3.1.1 Da isenção dos impostos	30
3.1.2 Da isenção do imposto de renda	30
3.2 Utilização analógica do rol do art. 6º, XIV, da lei n.º 7.713/88	33
3.3 Da utilização analógica do rol previsto no art. 186, § 1º, da Lei n.º 8.112/90.....	38
3.4 Exemplo da PGE do Estado do Ceará	39
4 Da competência legislativa concorrente dos Estados e da atuação do Poder Judiciário	42
4.1 Competência legislativa concorrente	42
4.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....	48
4.3 Mandado de injunção.....	51
4.3.1 Natureza jurídica do mandado de injunção.....	53
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
6 REFERÊNCIAS.....	59

1 INTRODUÇÃO

Diversas normas estabelecidas pelo constituinte originário, em 1988, ou pelo constituinte derivado, ao longo desses mais de 25 anos de nossa Magna Carta, carecem de regulamentação por parte do legislador infraconstitucional.

A norma do art. 40, § 21, da Constituição Federal é uma dessas. Tal dispositivo, que estabelece imunidade de contribuição previdenciária aos proventos de aposentadoria e pensão de portadores, nos termos da lei, de alguma doença incapacitante, desde que tais proventos não ultrapassem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral da previdência social, foi acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 47, de 05 de julho de 2005, a qual entrou em vigor na data de sua publicação. Após longos 09 (nove) anos, contudo, o Poder Legislativo permanece inerte em seu dever de regulamentar a aludida norma, causando imensuráveis prejuízos a diversos indivíduos, os quais, por serem portadores de enfermidades que, nitidamente, os incapacitam, deveriam beneficiar-se com referida norma imunizante.

Feitas tais considerações, o presente trabalho apresenta uma estrutura organizacional pautada em capítulos, desenvolvendo a temática por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

No capítulo um, procurar-se-á, primeiramente, conceituar conceitos genéricos imprescindíveis ao adequado entendimento da controvérsia, tais como “tributo”, “não incidência tributária” e “contribuição previdenciária”. Em seguida, será explicado, detalhadamente, o problema em tela, qual seja a omissão do Poder Legislativo em regulamentar o art. 40, § 21, da Constituição Federal. Ainda nesse capítulo, serão analisados os tipos de normas constitucionais, distinguindo as quanto à sua eficácia e aplicabilidade.

No capítulo dois, abordar-se-á possíveis soluções ao problema em tela, analisando-se a viabilidade de se adotar a analogia para suprir a referida inércia legislativa. Dessa maneira, inicialmente, será analisada a viabilidade de se utilizar, de forma analógica, como dito, o rol de enfermidades previsto no art. 6º, XIV, da Lei n.º 7.713/88, o qual estabelece quais doenças ensejarão isenção de imposto de renda. Em seguida, passar-se-á, à análise do rol de doenças estabelecido pelo art. 186, § 1º, da Lei n.º 8.112/90. O intuito, novamente, será observar se tal lista de enfermidades pode ser utilizada para suprir a omissão legislativa em questão.

Ademais, será observado, a título exemplificativo, qual o entendimento da Procuradoria Geral do Estado do Ceará a respeito dessa possibilidade de se resolver tal impasse por meio do uso de róis de doenças previstos em outras leis.

Finalmente, no capítulo três, analisar-se-á três outras hipóteses de solucionar a mencionada celeuma. Observar-se-á, dessa maneira, aspectos referentes à competência legislativa dos Estados da Federação, oportunidade em que surgirão indagações a respeito da viabilidade de que esses Entes Federativos, por meio de sua competência legislativa plena, supram a aludida lacuna do legislador federal.

Ademais, serão abordados aspectos pertinentes à ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ao mandado de injunção, ocasião em que também será feita a análise da possibilidade da utilização de tais mecanismos para a adequada resolução da controvérsia apresentada.

2 DA OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO BRASILEIRO

Ao Poder Legislativo, como seu próprio nome sugere, foi incumbida, pela Constituição Federal, a função legislativa, ou seja, de criar leis.

Em determinadas ocasiões, a própria Magna Carta determina que seja criada uma lei, pelo legislador infraconstitucional, que venha a regular um mandamento constitucional, conforme leciona Juliano Taveira Bernades:

“As constituições em geral não devem, nem poderiam ocupar-se da disciplina detalhada de todas as matérias consideradas constitucionalmente relevantes. Daí a larga utilização, por parte do poder constituinte, de normas que acabam por transferir, a órgãos constituídos, a competência para regular certos aspectos de temas abordados nas constituições.”¹.

Ocorre, contudo, que nem sempre o legislador atenta ao seu dever, mantendo-se inerte em várias ocasiões, gerando nítido prejuízo àqueles que deveriam estar sendo beneficiados pela aludida previsão constitucional.

Ademais, em virtude da necessidade de obediência ao princípio da tripartição de poderes, torna-se difícil encontrar soluções eficientes a esta omissão do Poder Legislativo, uma vez que ingerências do Poder Executivo ou Judiciário podem representar ofensa ao supracitado princípio.

2.1 Dos Tributos

Primeiramente, faz-se necessário entender que o direito divide-se em dois amplos ramos, público e privado. Neste prevalecem os interesses dos indivíduos envolvidos em determinada relação jurídica, estando estes em um mesmo patamar, ou seja, em situação de igualdade jurídica, podendo-se afirmar que tal relação estabelece-se de forma horizontal, preponderando a livre manifestação de vontade das partes, não se admitindo imposição de interesses. De forma diametralmente oposta, aquele tem como princípios básicos a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público, havendo uma nítida desigualdade jurídica entre as partes de determinada relação jurídica, favorecendo-se o Estado, em busca da defesa dos interesses da coletividade.

Indubitavelmente, o Direito Tributário é ramo do Direito Público, sendo regido pelos supracitados princípios, podendo ser conceituado, segundo as lições de Hugo de Brito Machado como “o ramo do Direito que se ocupa das relações entre o Fisco

¹ DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. 704 p.

e as pessoas sujeitas a imposições tributárias de qualquer espécie, limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão contra os abusos desse poder.”².

Em virtude do primeiro princípio, por exemplo, as normas deste ramo são cogentes, ou seja, são inderrogáveis pela vontade das partes. Em decorrência do segundo, também a título exemplificativo, é que o tributo é uma prestação compulsória, obrigatória, não sendo facultado à administração pública optar simplesmente por não cobrá-lo.

De forma objetiva, Luciano Amaro, por sua vez, define direito tributário da seguinte maneira:

“Preferimos, por amor à brevidade, dizer que o direito tributário é a disciplina jurídica dos tributos. Com isso se abrange todo o conjunto de princípios e normas reguladores da criação, fiscalização e arrecadação das prestações de natureza tributária.”³.

Portanto, tal ramo do direito refere-se, precipuamente, à criação, fiscalização e arrecadação de tributos.

No que consiste à criação dos tributos leciona Roque Antônio Carrazza:

“Competência tributária é a aptidão para criar, *in abstracto*, tributos. No Brasil, por injunção do princípio da legalidade, os tributos são criados, *in abstracto*, por meio de lei (art. 150, I, da CF), que deve descrever todos os elementos essenciais da norma jurídica tributária. Consideram-se elementos essenciais da norma jurídica tributária os que, de algum modo, influem no *an* e no *quantum* do tributo; a saber: a *hipótese de incidência* do tributo, seu *sujeito ativo*, seu *sujeito passivo*, sua *base de cálculo* e sua *alíquota*. Estes elementos essenciais só podem ser veiculados por meio de lei.”⁴.

A definição de tributo, por sua vez, nos é dada pelo próprio Código Tributário Nacional, Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, o qual em seu art. 3º prevê:

Art. 3: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”⁵.

Do conceito estabelecido pelo CTN, tem-se que um dos elementos que compõem o conceito de tributo é a pecuniariedade, ou seja, são prestações em pecúnia, em moeda. Na lição de Hugo de Brito Machado:

“A prestação tributária é pecuniária, isto é, seu conteúdo é expresso em

² MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 562 p.

³ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 541 p.

⁴ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 1080 p.

⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm

moeda. O Direito brasileiro não admite a instituição de tributo em natureza, vale dizer, expresso em unidade de bens diversos do dinheiro, ou em unidade de serviços. Em outras palavras, nosso Direito desconhece os tributos in natura e in labore.”⁶.

Outra característica de tais tributos é a obrigatoriedade. Os tributos são compulsórios, independem da vontade das partes envolvidas em determinada relação jurídica, não sendo devidos em virtude de um acordo de vontades, mas de uma imposição do Estado, o qual necessita de tais recursos para alcançar suas finalidades. A instituição de um tributo por parte do Estado, por meio do Poder Legislativo, e a obrigação do destinatário de tal norma de pagar o tributo ratificam a aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no direito tributário. Desta maneira, ocorrendo o fato gerador de incidência tributária, surge uma obrigação tributária, ou seja, o tributo deve ser pago. A título de exemplo, se um indivíduo transfere bens a outro, doando-os, deve este pagar o ITCMD – Imposto Sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doações.

O fato gerador representa, desta maneira, a concretização de determinada hipótese de incidência. Esta, isoladamente, não cria obrigações, já que é mera previsão normativa. Aquele, por outro lado, é a ocorrência da hipótese de incidência em um caso concreto, é um fato, portanto, sobre o qual incidirá a norma, gerando o direito, ou seja, a obrigação tributária.

Tem-se, então, que o Estado, por ser entidade soberana, no plano internacional, encontra-se em uma situação de igualdade em relação às outras nações, não se subordinando a nenhuma delas. Por outro lado, no âmbito interno, posiciona-se acima de qualquer outro poder social, razão pela qual apresenta o poder de tributar, ou seja, de instituir tributos. Sobre este tema, vejamos as palavras de Paulo Bonavides:

“Do ponto de vista interno, porém, a soberania, como conceito jurídico e social, se apresenta menos controvertida, visto que é da essência do ordenamento estatal uma superioridade e supremacia, a qual, resumindo já a noção de soberania, faz que o poder do Estado se sobreponha incontestavelmente aos demais poderes sociais, que lhes ficam subordinados. A soberania assim entendida como soberania interna fixa a noção de predomínio que o ordenamento estatal exerce num certo território e numa determinada população sobre os demais ordenamentos sociais.”⁷.

Tributo também não constitui sanção por ato ilícito, pois tal representa o

⁶ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 562 p.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 498 p.

conceito de multa. É devido em virtude da ocorrência de determinado fato gerador, e não pelo cometimento de qualquer ato ilícito. Não é atribuído ao seu destinatário, dessa forma, como penalidade, mas sim como exercício, por parte do Estado, como afirmado anteriormente, de parcela de sua soberania, isto é, de seu poder fiscal, poder de instituir tributos.

Outro não é o entendimento de Leandro Paulsen, para quem:

“não há que se confundir o tributo, em si, com a receita, também derivada e compulsória, que são as multas por prática de ato ilícito, fundadas no poder de punir, e não no poder fiscal.”⁸.

Ademais, conforme esclarece Eduardo Marcial Ferreira Jardim:

“Os dizeres “instituída em lei” cristalizam o primado da legalidade estrita que emerge da conjugação do art. 5º, II, com o art. 150, I, ambos da Constituição da República. Portanto, a criação do tributo ou mesmo a sua majoração dependem, inexoravelmente, de lei, na acepção estrita do termo, o que pressupõe o exercício da função legislativa.”⁹.

Finalizando o presente conceito, observa-se ainda que o tributo é cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada, não sendo cabível que se analise se certa cobrança é conveniente e oportuna, devendo ser seguido o estritamente previsto na legislação tributária.

Embora o Código Tributário Nacional, em seu art. 5º, preveja como espécies tributárias apenas as taxas, os impostos e as contribuições de melhoria, já está pacificado na jurisprudência do STF o reconhecimento dos empréstimos compulsórios e das contribuições especiais também como espécies de tributos. Adotou o Pretório Excelso, portanto, a teoria pentapartite ou pentapartida.

A título exemplificativo, já em 1992, decidiu a Suprema Corte pela natureza tributária de uma contribuição especial, qual seja, a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, conforme ementa da decisão abaixo colacionada:

“CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO DAS PESSOAS JURIDICAS. LEI 7689/88. - NÃO É INCONSTITUCIONAL A INSTITUIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO DAS PESSOAS JURIDICAS, CUJA NATUREZA É TRIBUTÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 1., 2. E 3. DA LEI 7689/88. REFUTAÇÃO DOS DIFERENTES ARGUMENTOS COM QUE SE PRETENDE SUSTENTAR A INCONSTITUCIONALIDADE DESSES DISPOSITIVOS LEGAIS. - AO DETERMINAR, POREM, O ARTIGO 8. DA

⁸ PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 249 p.

⁹ JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 589 p.

LEI 7689/88 QUE A CONTRIBUIÇÃO EM CAUSA JA SERIA DEVIDA A PARTIR DO LUCRO APURADO NO PERIODO-BASE A SER ENCERRADO EM 31 DE DEZEMBRO DE 1988, VIOLOU ELE O PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE CONTIDO NO ARTIGO 150, III, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE PROIBE QUE A LEI QUE INSTITUI **TRIBUTO** TENHA, COMO FATO GERADOR DESTES, FATOS OCORRIDOS ANTES DO INICIO DA VIGENCIA DELA. [...]
(STF - RE: 146733 SP , Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 29/06/1992, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 06-11-1992).”¹⁰.

Vê-se, portanto, que está consolidado no citado tribunal a adoção da teoria pentapartida.

2.2 Da não incidência tributária

Após essa análise do conceito de tributo e da análise da hipótese de incidência, ou seja, dos fatos abstratos previstos pela legislação, nota-se que todos os outros fatos estarão localizados no campo da não incidência, já que não originarão obrigações tributárias.

No tocante a este assunto, observa-se os argumentos de Denise Lucena, a qual esclarece:

“Qualquer fato ocorrido sem que exista previsão normativa sobre o mesmo torna-se irrelevante para efeitos da incidência normativa. Ressalta-se que essa irrelevância é somente para efeitos de vinculação e não, como se poderia pensar, irrelevância para o Direito Tributário. Na verdade, o campo da não incidência é tão importante quanto o da incidência. A não incidência constitucional representa mesmo uma garantia aos cidadãos quando devidamente prevista. Havendo uma norma limitadora determinando que pessoas, bens e serviços não sejam tributados, tal norma estará gerando direito, qual seja, a garantia de não exação. Ao contrário da incidência da norma, que uma vez ocorrida faz nascer direitos para o Fisco, precisamente o direito de constituir um crédito, a norma que impede a incidência, ou mesmo veda de antemão qualquer interferência em determinados casos, também cria direitos, só que para o cidadão e não para o Fisco.”¹¹.

Dessa maneira, a título de exemplo, o art. 29 do CTN estabelece que “o imposto, de competência da União, sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, localizado fora da zona urbana do Município”.

Ser proprietário de imóvel localizado fora da zona urbana do município, portanto, é uma hipótese de incidência, ou seja, uma previsão abstrata, que caso

¹⁰ <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/750888/recurso-extraordinario-re-146733-sp-em-20/02/2014>

¹¹ RODRIGUES, Denise Lucena. **A Imunidade Como Limite a Competência Impositiva**. São Paulo: Malheiros, 2008. 100 p.

ocorra fará com que incida o ITR – Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural. O fato de um indivíduo determinado ser proprietário de um imóvel específico fora da zona urbana do município, por sua vez, não é mais uma mera hipótese abstrata, mas sim um fato concreto, ou seja, a concretização da hipótese de incidência, também chamado de fato gerador.

Como acima explicado pela aludida professora, se por um lado o campo da incidência fará surgir direitos ao Fisco (no caso citado, direito da União de cobrar o imposto em questão), por outro, o campo da não incidência será de grande interesse dos cidadãos, pois representa para estes o direito de não se verem submetidos a cobrança de um determinado tributo.

Neste contexto, a não incidência em sentido estrito representará a ausência de previsão legal de incidência, ou seja, ausência de uma norma que determine a incidência de um tributo sobre determinada hipótese em abstrato. Assim, não havendo norma que caracterize determinado fato em abstrato como hipótese de incidência, o cidadão terá a garantia que a realização daquele fato não implicará na cobrança de tributo. Não havendo hipótese de incidência, não haverá fato gerador capaz de fazer surgir uma obrigação tributária.

2.2.1 Da não incidência qualificada

Conforme afirma a supracitada professora Denise Lucena:

"a não incidência adquire feição especial quando se adota a posição da não incidência qualificada. Partindo desse entendimento é que se alcançam os conceitos de imunidade e isenção, considerando estes como espécies do gênero não incidência." ¹².

Tem-se, desta maneira, que não incidência em sentido amplo é gênero, do qual são espécies a imunidade, a isenção e a não incidência em sentido estrito.

A não incidência em sentido estrito, conforme visto acima, representa situações em que o legislador foi omissivo, ou seja, ocasiões em que não há previsão legal de incidência, não sendo tributado, portanto, determinado fato. A título ilustrativo, andar livremente pela rua de uma cidade é um fato não tributado, pois não há previsão legal de que tal hipótese em abstrato, caso praticada, gere alguma obrigação tributária. Tal exemplo, destarte, enquadra-se como hipótese de não

¹² RODRIGUES, Denise Lucena. **A Imunidade Como Limite a Competencia Impositiva**. São Paulo: Malheiros, 2008. 100 p.

incidência tributária, ou melhor, de não incidência simples ou de não incidência em sentido estrito.

Se determinado fato, por outro lado, não está apto a gerar obrigação tributária, neste caso não somente devido à ausência de norma que preveja a incidência de tributo, mas, além disso, pela existência de uma norma que impeça, expressamente, tal cobrança, estaremos no âmbito das isenções ou das imunidades, a depender do caso, espécies de não incidência qualificada.

A imunidade pode ser definida como uma limitação constitucional ao poder de tributar. Está prevista, portanto, exclusivamente na Constituição Federal. Representa uma garantia ao cidadão de que não será tributado caso enquadre-se na situação determinada como imune.

Ademais, embora não previsto no art. 5º da CF, é vista, pela maioria da doutrina, como um direito fundamental. Ressalta-se ser pacífico, doutrinariamente, que há direitos fundamentais não previstos no aludido dispositivo ou, até mesmo, sequer previstos na Magna Carta. Este entendimento se confirma pela leitura do art. 5º, § 2º da própria Constituição Federal, o qual estabelece:

“Art. 5º 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:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”¹³.

Estando previsto na Magna Carta, as imunidades não podem ser alteradas pelo legislador ordinário. Sendo direitos fundamentais, não podem ser reduzidas ou abolidas, mas somente ampliadas pelo legislador constitucional de acordo com o estabelecido pelo art. 60, § 4º, IV, CF, vejamos:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV os direitos e garantias individuais.”¹⁴.

A isenção, por sua vez, é prevista pelo legislador ordinário. Não representa direito fundamental, podendo ser livremente alterada, a critério do legislador. Não pode ser enquadrada, ao contrário da imunidade, como cláusula pétrea.

¹³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

¹⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Outro aspecto de extrema importância utilizado para distinguir tais institutos consiste no momento em que tais exonerações ocorrem.

No que se refere à imunidade, pacífico o entendimento de que esta ocorre antes mesmo da formação da hipótese de incidência. A título exemplificativo, o art. 150, VI, CF, elenca 05 (cinco) hipóteses de imunidade, quais sejam:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

- a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
- b) templos de qualquer culto;
- c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;
- d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.
- e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.”¹⁵.

Como visto é vedado, por exemplo, à União, cobrar imposto de renda de qualquer partido político. Destarte, se determinado partido político auferir renda, tal fato, em virtude da imunidade tributária acima apresentada, não caracteriza hipótese de incidência. Caso ocorra, portanto, não ocorrerá o fato gerador e, conseqüentemente, não nascerá nenhuma obrigação tributária, estando os partidos políticos imunes de tal cobrança.

No que se refere à isenção, por outro lado, há certa divergência doutrinária, existindo que entenda incidir esta após a hipótese de incidência e antes do fato gerador ou após a obrigação tributária, neste último caso, devido ao fato de ser considerada uma causa de exclusão do crédito tributário.

A respeito desta discussão, leciona Denise Lucena:

“Poder-se-ia pretender situar a isenção depois do fato gerador, ou ainda, depois mesmo da obrigação tributária, de forma a justificar o preceito do artigo 175, I, do Código Tributário Nacional, qual seja, a isenção como exclusão do crédito tributário. Alega-se, por exemplo, que para o crédito ser excluído é necessário que exista a obrigação tributária [...] Na verdade, para que haja a exclusão do crédito tributário não se faz imprescindível existir este ou, mesmo, a obrigação tributária. Não se está diante de um caso de extinção ou suspensão, onde, nestes sim, se faz necessário a existência do respectivo crédito. Excluir quer dizer desviar, afastar, privar, não admitir; de forma que tal exclusão, no sentido literal do termo, implica uma forma de impedimento da criação do respectivo crédito. Não há, portanto, a aludida dispensa legal, como se poderia pensar, porque

¹⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

ninguém pode ser dispensado daquilo a que não se obrigou.”¹⁶.

Posicionando-se, dessa maneira, contrariamente à ocorrência do fato gerador nos casos de isenção, a aludida professora conclui:

“Tem-se como melhor doutrina o entendimento de que a isenção age como um verdadeiro bloqueio à ocorrência do fato gerador e à respectiva criação da obrigação tributária. O fato ocorrido, que poderia ter sido gerador de uma obrigação tributária, foi descaracterizado pela incidência de outra norma que aumentou ou reduziu os elementos da hipótese prevista, transformando-o num simples fato, descaracterizando-o como fato gerador. A regra isentiva age impedindo o fenômeno da incidência.”¹⁷.

Para ilustrar tal posicionamento, transcrevemos o art. 6º, I, da Lei n.º 7.713/98, Lei do Imposto de Renda:

“Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguinte rendimentos percebidos por pessoas físicas:
I - a alimentação, o transporte e os uniformes ou vestimentas especiais de trabalho, fornecidos gratuitamente pelo empregador a seus empregados, ou a diferença entre o preço cobrado e o valor de mercado;”¹⁸.

Dessa maneira, o fato de o trabalhador receber alimentação, fornecida gratuitamente por seu empregador, representa hipótese de incidência do imposto de renda, ou seja, configura caso, em abstrato, de incidência do imposto de renda. Contudo, em virtude da referida isenção, não haverá a ocorrência do fato gerador. O aludido art. 6º, I, portanto, atuará, no caso concreto, como bloqueio à formação do fato gerador e ao nascimento da obrigação tributária.

2.3 Da contribuição previdenciária

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que a previdência social, assim como a assistência social e a saúde, são espécies do gênero seguridade social.

Confirmando tais argumentos, transcreve-se abaixo trecho das lições do professor de direito previdenciário André Studart Leitão, vejamos:

“[...] a Seguridade Social é um sistema de proteção tripartite, possuindo três subsistemas, quais sejam a saúde, a assistência social e a previdência social. Nem todos os setores da Seguridade Social funcionam da mesma forma no que tange ao custeio por parte de seus usuários. Assim, como já

¹⁶ RODRIGUES, Denise Lucena. **A Imunidade Como Limite a Competencia Impositiva**. São Paulo: Malheiros, 2008. 100 p.

¹⁷ RODRIGUES, Denise Lucena. **A Imunidade Como Limite a Competencia Impositiva**. São Paulo: Malheiros, 2008. 100 p.

¹⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17713.htm

visto acima, a Previdência Social apresenta, como toque diferenciador, o seu caráter contributivo. Isso significa que o beneficiário das prestações previdenciárias deve contribuir diretamente para o regime da previdência social a que estiver vinculado, tornando-se segurado dele e, por via de consequência, sujeito ativo (quem pode exigir as prestações previdenciárias) da relação de proteção.”¹⁹.

Ceifando qualquer dúvida que reste a respeito do conceito de seguridade social, transcreve-se a literalidade do art. 194 da CF, o qual também vem ao encontro do que se alega acima.

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”²⁰.

O supracitado procurador federal, André Studart, esclarece que “com o intuito de garantir o bem-estar e a justiça sociais para a sociedade, a Constituição Federal previu a intervenção ativa ou negativa do Poder Público (Estado) em diversas áreas, que acabaram reunidas sob o título ordem social.”²¹. Acrescenta que seriam componentes desta ordem social: seguridade social; educação, cultura e desporto; ciência e tecnologia; comunicação social; meio ambiente; família, criança, adolescente, jovem e idoso; além dos índios.

Nos interessa apenas a previdência social, regulada pelo art. 201 da CF, vejamos:

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.”²².

Sendo de caráter contributivo e de filiação obrigatória, justificada está a cobrança da contribuição previdenciária, espécie de contribuição social, sendo esta última espécie do gênero tributo.

¹⁹ LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'anna. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Saraiva, 2013. 777 p.

²⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

²¹ LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'anna. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Saraiva, 2013. 777 p.

²² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Disserta a respeito do caráter contributivo e da filiação obrigatória à previdência social, conforme se vê abaixo, o professor André Studart:

“Como visto anteriormente, o subsistema previdenciário é contributivo. A contributividade da Previdência Social repousa na necessidade de o segurado recolher contribuições para ter direito às prestações previstas no plano de benefícios do regime. Assim, o reconhecimento de algum direito perante a previdência social requer a aferição da qualidade do segurado que, via de regra, é mantida por intermédio dos recolhimentos de contribuições específicas (contribuições previdenciárias).

Além da necessidade do recolhimento das contribuições previdenciária (espécie do gênero contribuições sociais), a Constituição da República de 1988 impõe a obrigatoriedade de filiação ao regime de previdência social. A pessoa que exerce atividade remunerada constitui uma relação jurídica com a Previdência Social de forma cogente, passando a ser filiada (segurada) do sistema previdenciário. O trabalhador não tem a opção de não se filiar ao regime previdenciário correspondente (geral ou próprio) na medida em que, exercendo atividade remunerada que lhe imponha a filiação obrigatória a algum regime de previdência social, passa a ser filiado obrigatório deste regime.”²³.

Dessa maneira, após o entendimento da razão da cobrança da contribuição previdenciária, observa-se que tal tributo está previsto no art. 149, § 1º, da CF, senão vejamos:

“§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.”²⁴.

Analisaremos, a seguir, o aludido art. 40 da Constituição Federal.

2.4 Da omissão do Poder Legislativo

Analizados alguns conceitos preliminares, intrinsecamente relacionados ao presente trabalho, passemos ao cerne da questão.

Observa-se que a Constituição Federal, em seu artigo 40, caput, § 18 e § 21 prevê:

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.

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite

²³ LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'anna. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Saraiva, 2013. 777 p.

²⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

§ 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.”.²⁵

Dessa forma, tem-se que, conforme estabelece o supracitado § 21, somente incidirá contribuição previdenciária sobre proventos de aposentados e pensionistas, uma vez estes portadores de alguma doença incapacitante, caso tais proventos ultrapassem o dobro do patamar máximo determinado para os benefícios do regime geral da previdência social. Serão imunes a tal tributo, consequentemente, os proventos que não atinjam tal patamar.

Contudo, analisando-se detalhadamente o § 21 supramencionado, vê-se, utilizando-se uma interpretação literal e restritiva, que se faz necessária uma lei que defina quais seriam as doenças incapacitantes aptas a proporcionar tal imunidade aos aposentados e pensionistas.

Tal previsão do art. 40, § 21, CF, foi acrescentada pela Emenda Constitucional n. 47, de 05 de julho de 2005, em vigor na data de sua publicação. Ocorre que, quase 09 (nove) anos após a supracitada alteração constitucional, o Poder Legislativo permanece inerte frente à necessidade de uma legislação específica que regule tal imunidade e preveja um rol com as aludidas doenças incapacitantes.

De forma inevitável, desponta um questionamento. Diante da evidente mora do Legislativo Brasileiro, seria possível que alguma providência fosse adotada por parte do Poder Executivo ou Judiciário a fim de dar efetividade ao aludido mandato constitucional?

Destaca-se, antes que se responda a tal pergunta, que é atribuída a Aristóteles, na Antiguidade Grega, em sua obra “Política”, a identificação de três funções diferentes a serem exercidas dentro de um Estado, quais sejam, a legislativa, executiva e a jurisdicional.

Posteriormente, no século XVIII, o francês Charles de Montesquieu desenvolveria, em sua obra intitulada “Do Espírito das Leis”, a teoria da tripartição dos poderes. O filósofo iluminista afirmaria que tais funções, identificadas por Aristóteles, deveriam ser desenvolvidas por órgãos distintos, alegando que a limitação do poder deveria se dar pelo próprio poder e que este tende a se

²⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

corromper quando não encontra limitações.

Logo em seu art. 2º, a CF/88 estabelece expressamente que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”²⁶.

Dessa maneira, a grande dificuldade resulta em solucionar esta inércia do Poder Legislativo sem cometer qualquer afronta ao mandamento constitucional supramencionado, ou seja, sem desrespeitar o princípio da separação dos poderes.

O meio, teoricamente, mais eficiente para solucionar tal conflito, seria a utilização de mandado de injunção ou de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um instrumento de controle concreto da constitucionalidade das omissões do Poder Público. Visa à defesa da Constituição, por meio de declaração de inconstitucionalidade pelo fato de manter-se o Poder Público omissor quanto à efetivação de determinada norma constitucional. Não se refere a um caso concreto, a um direito subjetivo, tratando-se, portanto, de um processo objetivo.

Por meio do mandado de injunção, por outro lado, tutela-se direito subjetivo, ou seja, protege-se os interesses de indivíduo específico em um caso concreto.

Analisaremos, no último capítulo, com maiores detalhes, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

2.5 Eficácias das normas constitucionais

Em virtude da supracitada omissão legislativa, de crucial importância analisar qual a eficácia da norma prevista no art. 40, par. 21, da CF, para que possamos estabelecer conclusões a respeito de sua aplicabilidade.

Neste íterim, utilizaremos a classificação de José Afonso da Silva no que consiste à aplicabilidade das normas constitucionais.

O aludido autor, criando uma teoria tríplice, defende a existência de normas de eficácia plena, contida e limitada, diferenciando-as da seguinte forma:

“Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade

²⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. [...] O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. [...] Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.”²⁷.

Concluindo este ensinamento, o autor distingue a aplicabilidade destas três espécies de normas constitucionais, argumentando que:

“Por isso, pode-se dizer que as normas de eficácia plena sejam de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica, enquanto as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidos ao valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes, como melhor se esclarecerá depois. As normas de eficácia contida também são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.”²⁸.

São profundas as diferenças resultantes na prática, de acordo com a aplicabilidade dada a norma em questão.

Aparentemente, não restam dúvidas de que a norma do art. 40, § 21, da CF não apresenta eficácia contida, uma vez que não está sujeita a restrições. Consequentemente, resta analisar se tal norma apresenta eficácia plena ou limitada.

Caso considere-se que a eficácia atribuída a tal norma é limitada, não seria possível que os portadores de doença incapacitante tivessem acesso ao benefício da imunidade tributária em tela, o que representaria a arrecadação de uma enorme quantia aos cofres públicos, uma vez que os entes políticos competentes poderiam cobrar a citada contribuição previdenciária destes portadores de enfermidades incapacitantes. Isso ocorreria devido ao fato de a norma em questão ter aplicabilidade mediata, indireta e reduzida, somente havendo a fruição deste benefício tributário após o advento de uma lei regulamentadora, lei esta que definiria quais enfermidades seriam consideradas incapacitante, só então passando a ter eficácia o mandamento constitucional.

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 319 p.

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 319 p.

Por outro lado, com consequências diametralmente opostas, uma vez atribuindo-se aplicabilidade plena a tal norma, os portadores de doenças incapacitantes que se encaixassem nas condições previstas no art. 40, § 21, CF poderiam, independente do advento de lei regulamentadora, fazer jus ao benefício imunizante, já que tal norma teria aplicabilidade direta, imediata e integral. O resultado disto para o fisco dos entes políticos seria uma enorme diminuição de sua arrecadação, não sendo difícil entender porque algumas procuradorias pelo país, a exemplo da Procuradoria do Estado do Ceará, por meio de seus respeitáveis pareceristas, posiciona-se, em diversas ocasiões, de acordo com o entendimento de que tal norma é de eficácia limitada!

3 DA UTILIZAÇÃO ANALÓGICA DE LISTAS DE DOENÇAS PREVISTOS EM OUTRAS LEIS

“[...] a interpretação sistêmica baseia-se no postulado fundamental da moderna teoria da ciência, segundo o qual não é possível o conhecimento das coisas isoladas. Conhecer é descobrir as relações entre as coisas.”²⁹.

(José de Albuquerque Rocha)

Em virtude da multimencionada omissão do legislador infraconstitucional em regulamentar o art. 40, § 21, da CF, vem-se tentando buscar soluções ao problema em tela que não incorram em ofensa ao princípio da tripartição de poderes ou a qualquer outro postulado constitucional.

Entre as possíveis maneiras de solucionar tal impasse, desponta a possibilidade de o Poder Judiciário, ao analisar o caso concreto, utilizar-se de rol de enfermidades previstos em outras lei, possibilitando, destarte, a fruição de tal benesse imunizante por aqueles que a Constituição Federal pretendeu contemplar.

Dessa maneira, passa-se a analisar a viabilidade e constitucionalidade de, dando uma interpretação analógica, o Poder Judiciário utilizar-se da lista de doenças contida na Lei n.º 7.713/88 e n.º 8.112/90.

3.1 Dos impostos

Analisando, primeiramente, a possibilidade da utilização da Lei 7.713, a qual regula o imposto de renda, para pacificar tal controvérsia, algumas considerações se fazem, de início, necessárias.

Tem-se que imposto, de acordo com o estabelecido no art. 16 do CTN, “é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independentemente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.”³⁰. Dessa maneira, não há uma contraprestação por parte do Ente Federativo que institui esta cobrança. No que se refere às taxas, ao contrário, representam espécie de tributo vinculado a uma atividade estatal, apresentado como fato gerador, como prevê o art. 77 do CTN, “o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição.”³¹.

²⁹ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 267 p.

³⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm

³¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm

Destaca-se que a receita dos impostos será utilizada para o custeio de serviços públicos gerais, difusos, ou seja, que não podem ser individualizados, como a segurança pública, a limpeza pública de logradouros e a iluminação pública. A receita das taxas, por sua vez, custeará o próprio poder de polícia, ou seja, a ação estatal de fiscalização, ou o serviço público específico e divisível.

O imposto é um tributo considerado unilateral, uma vez que o particular será responsável tanto pela realização do fato gerador, quanto pelo pagamento.

3.1.1 Da isenção dos impostos

Conforme prevê o art. 176 do CTN, a isenção sempre decorre de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão. Ratifica este entendimento o art. 150, § 6º da CF/88, cuja redação foi dada pela EC n.º 3 de 1993, estabelecendo, a todos os Entes Federativos, proibições expressas, dentre estas a de conceder qualquer isenção mediante outro meio que não seja lei específica, seja esta federal, estadual ou municipal.

Vejamos os aludidos dispositivos:

“Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

§ 6.º 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.”³².

Observa-se, desta maneira, que para que um indivíduo faça jus a isenção do citado tributo, é necessário que exista uma lei determinando quais as condições e requisitos devem ser preenchidos e, obviamente, que os preencha.

3.1.2 Da isenção do imposto de renda

No caso do imposto de renda, esta lei é a de n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988, a qual estabelece, em seu art. 6º, espécies de rendimentos, de pessoas

³²

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

e

físicas, que estão isentos de tal tributo. Analisando-se especificamente o inciso XIV do citado artigo, o qual tem redação dada pela lei n.º 11.052 de 2004, nota-se que uma das hipóteses de isenção de tal tributo refere-se aos proventos de aposentadoria percebidos por portadores de determinadas doenças, senão vejamos:

“Art. 6º Ficam **isentos do imposto de renda** os seguinte rendimentos percebidos por pessoas físicas:

XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os **percebidos pelos portadores de** moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma,”³³.

Destarte, já existindo a mencionada lei federal, suficiente que se comprove o preenchimento dos requisitos presentes neste inciso para que um determinado indivíduo faça jus à benesse tributária. Sendo assim, comprovando ser portador de uma das doenças previstas no supracitado rol, razões não há para que este sujeito não venha a fruir deste benefício.

Acrescenta-se, contudo, que esta benesse depende de ato administrativo para que possa ser usufruída pelos portadores das doenças em tela, ou seja, autoridade administrativa necessita verificar, no caso concreto, o implemento das condições para fruição do benefício. Ser portador de alguma das doenças previstas no aludido rol, portanto, é, nitidamente, fato que deve ser constatado ao se analisar as peculiaridades do caso concreto.

Dessa maneira, o direito a aludida isenção não se dará de forma imediata ou automática, sendo indispensável que autoridade administrativa competente manifeste-se atestando o preenchimento das condições, consoante se constata pela leitura do art. 179 do CTN, o qual estabelece:

“Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por **despacho da autoridade administrativa**, em requerimento com o qual o interessado **faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei** ou contrato para concessão.”³⁴.

A respeito deste tema, Matheus Viana Neto, procurador do Estado do Ceará, em parecer de n.º 118/2013, leciona:

³³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17713.htm

³⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm

“Ser portador de **alienação mental** é situação que somente poderá ser verificada caso a caso, mediante a apresentação de laudo pericial através do qual a autoridade administrativa identificará a ocorrência ou não da subsunção do fato (o seu conceito contido no laudo) à norma legal. Em sendo realizada a subsunção, a autoridade administrativa deverá então deferir a fruição do benefício. Por conseguinte, enquanto não deferido o pleito, após análise por parte da autoridade administrativa, não há que se falar em fruição do benefício. Isto é, mesmo com o Laudo Médico Pericial certificando ser o Interessado portador de **alienação mental**, é necessário o despacho da autoridade administrativa reconhecendo o seu direito ao benefício, conforme art. 179 do Código Tributário Nacional.”³⁵.

Manifestava-se o aludido advogado do Estado do Ceará, neste caso, a favor da devolução do imposto de renda retido na fonte a um portador de psicose esquizofênica paranóide, uma vez que a jurisprudência pátria considera o portador de tal enfermidade como alienado mental, sendo abrangido, desta maneira, pelo rol de doenças que dá direito à benesse da isenção do tributo em questão.

Da análise do supramencionado artigo, depreende-se ainda que o interessado deverá fazer prova de que preenche as condições e cumpre os requisitos previsto em lei para a fruição de tal benefício tributário.

Neste sentido, tem-se que Instrução Normativa n. 15 da Secretaria da Receita Federal, de 06 de fevereiro de 2001, em seu art. 5º, § 2º estabelecerá tais requisitos e condições para o específico caso dos portadores das citadas enfermidades. Note que tal dispositivo refere-se ao inciso XII deste mesmo art. 5º, o qual representa uma transcrição quase literal dos termos do art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/88.

Reproduzidos abaixo estão os dispositivos a que fizemos menção no parágrafo anterior:

“Art. 5º. Estão isentos ou não se sujeitam ao imposto de renda os seguintes rendimentos:

XII - proventos de aposentadoria ou reforma motivadas por acidente em serviço e recebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida (Aids) e fibrose cística (mucoviscidose);

§ 2º As isenções a que se referem os **incisos XII** e XXXV aplicam-se aos rendimentos recebidos a partir:

I - do mês da concessão da aposentadoria, reforma ou pensão, quando a doença for preexistente;

II - do mês da emissão do laudo pericial, emitido por serviço médico oficial da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, que reconhecer a moléstia, se esta for contraída após a concessão da

³⁵ VIANA NETO, Matheus. **Parecer nº 118**. 2013. 08 f. Procuradoria Geral do Estado do Ceará - Procuradoria Fiscal, Fortaleza, 2013.

aposentadoria, reforma ou pensão;
III - da data em que a doença foi contraída, quando identificada no laudo pericial.”³⁶.

Conclui-se ser necessário laudo pericial emitido por serviço médico do ente federativo que reconhecer a enfermidade, conforme dispõe o inciso II acima transcrito, além do já citado despacho de autoridade administrativa competente verificando ser o interessado realmente portador de tal moléstia.

Ademais, vê-se que, embora o imposto de renda seja um tributo de competência da União, questões como a em tela (isenção de tal tributo a portadores de determinadas enfermidades), podem ser de interesse de outros Entes Federativos, como os Estados. Isso se dá devido à previsão do art. 157, I, da CF, que determina:

“Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:
I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;”³⁷.

Pertencerá ao Estado do Ceará, dessa forma, o produto do imposto de renda, incidente na fonte, sobre os rendimentos por este pagos, a qualquer título. A título de exemplo, se um servidor público, seja este pertencente à administração pública direta do Estado do Ceará ou a uma autarquia ou fundação, estas últimas entidades que compõem a administração pública indireta, auferir renda, deverá pagar imposto de renda. Como este rendimento do aludido servidor público estadual, que está sendo tributado, foi pago por este próprio Ente Federativo, a arrecadação de tal imposto será a este destinada.

Evidente, portanto, que se este servidor porta alguma moléstia prevista no rol da lei que regulamenta o imposto de renda, fazendo jus a isenção tributária, a pessoa política prejudicada, no exemplo citado, não será a União, mas sim o Estado, o qual sofrerá claro prejuízo, diminuindo sua arrecadação, razão pela qual o ilustre procurador do estado acima citado manifestou-se a respeito da questão em debate.

3.2 Utilização analógica do rol do art. 6, XIV da Lei n. 7.713/88

Após esta análise do benefício da isenção tributária previsto no art. 6º, XIV, da

³⁶ <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/ins/2001/in0152001.htm>

³⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Lei n. 7.713/88, surge naturalmente um questionamento. Seria possível a utilização, de forma analógica, do rol de enfermidades previsto neste dispositivo para suprir a omissão legislativa do art. 40, § 21, da CF?

Nada mais natural que surja este tipo de dúvida, afinal, longos 09 (nove) anos passaram-se e a inércia do Poder Legislativo faz com que tal impasse não seja solucionado.

Um dos principais argumentos contrários à utilização de tal rol para fins de imunidade de contribuição previdenciária é o art. 111 do CTN, o qual dispõe que: “interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: II – outorga de isenção”.³⁸.

Para a maioria dos doutrinadores, quando o legislador se referiu a isenção, o teria feito de forma ampla, de modo a também abranger as imunidades. Dessa maneira, estaria abrangida a imunidade prevista no art. 40, par. 21, da CF, razão pela qual deveria esta ser interpretada de forma literal.

Portanto, uma vez estabelecendo, de forma literal, que a aludida imunidade só seria cabível quando o beneficiário, na forma da lei, fosse portador de doença incapacitante, não se caberia falar em utilização do rol de doenças incapacitantes previsto na lei que regulamenta o imposto de renda. Dando-se, dessa forma, interpretação literal a tal dispositivo, faz-se estritamente necessária a existência de uma lei regulamentadora.

Conclui-se, segundo essa teoria, que a utilização do referido rol como forma de suprir a omissão legislativa em tela representaria evidente ofensa ao texto do art. 111 do CTN, pois consagraria a utilização de interpretação ampliativa de legislação tributária que dispõe sobre imunidade.

Ocorre, contudo, que tal utilização analógica não se trata, na verdade, de dar interpretação ampliativa a legislação tributária que dispõe sobre imunidade. Interpretação ampliativa seria ampliar o alcance da norma, fazendo com que esta abrangesse hipótese claramente não prevista pelo legislador.

A título de exemplo, se houvesse tentativa de abranger, além dos portadores de doenças incapacitantes, indivíduos portadores de enfermidades graves, incuráveis, congênitas, ou de qualquer outra doença, ainda que não fossem consideradas incapacitantes, claramente se estaria ampliando o alcance da norma, ou seja, estariam sendo contemplados pela norma imunizante indivíduos os quais,

³⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm

nitidamente, a Constituição Federal não quis contemplar.

Ocorre que não é essa a questão aqui levantada. Não se está tentando dar interpretação ampliativa a tal norma, a contrário do expressamente disposto no art. 111 do CTN. O que se pretende é a utilização da analogia, para preencher uma lacuna, sem que se extrapole o campo determinado pela interpretação literal da norma imunizante.

Dessa forma, não se busca ampliar a imunidade a outros indivíduos que não apresentem doença incapacitante, uma vez que isso representaria clara ofensa ao aludido art. 111 do CTN e evidente interpretação ampliativa. O que se pretende, na verdade, é, simplesmente, dando uma interpretação literal a tal dispositivo, ou seja, beneficiando apenas indivíduos portadores de uma doença incapacitante, utilizar o rol em questão, analogicamente, como forma de preencher a lacuna do legislador infraconstitucional, o qual não estabeleceu uma lista de tais enfermidades.

Por ser extremamente oportuno e elucidativo, transcrevemos abaixo o ensinamento de José de Albuquerque da Rocha a respeito do conceito de analogia:

“A analogia consiste em aplicar a uma situação não prevista pela lei uma norma idêntica à norma aplicável a uma situação semelhante à não prevista. Como se vê, a rigor, a analogia não é uma fonte do direito, vez que não é forma de exteriorização do direito. Na verdade, é apenas um método para formular uma nova norma, nisto residindo uma das distinções entre ela e a lei. E é um método subsidiário, porque só entra em ação para suprir as lacunas da lei, ou seja, só entra em ação quando não há lei regulando o caso. Trata-se, pois, de um método de integração do ordenamento jurídico, ou seja, de um método de preenchimento de suas lacunas, que operam mediante a aplicação de normas jurídicas idênticas a casos semelhantes ou análogos.”³⁹.

Continua o supracitado professor:

“A analogia não se confunde com a chamada interpretação extensiva, que é, como seu nome indica, uma investigação do próprio sentido da regra, de modo a estendê-la a casos nela implicitamente compreendidos. Na interpretação extensiva, há, portanto, regra que regula o caso, só que de sentido obscuro, dizendo suas palavras menos do que querem dizer. Daí a necessidade de clarificação de seu sentido, para estendê-la a casos que nela se compreendem. Já a analogia pressupõe a ausência de regra sobre o caso, aplicando-se uma regra idêntica à que regula casos análogos.”⁴⁰.

Tal entendimento ratifica, portanto, a ideia apresentada de que analogia e interpretação extensiva ou ampliativa representam institutos jurídicos distintos, os quais não se confundem. Além disso, esta lição do aludido jurista cearense deixa claro tratar-se, o caso em questão, do primeiro destes institutos.

³⁹ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 267 p

⁴⁰ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 267 p

Acrescenta-se que, no art. 108 do CTN, o legislador determina que “na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada: I – a analogia.”. Portanto, a analogia não é proibida pelo CTN, pelo contrário, é expressamente prevista como método a ser utilizado em caso de ausência de disposição expressa, ou seja, quando existirem lacunas, justamente o que ocorre no caso em tela, uma vez que não são determinadas quais as doenças devem ser consideradas como incapacitantes.

Ademais, o § 1º de tal artigo apenas veda o emprego da analogia quando este venha a resultar na exigência de tributo não previsto em lei. No caso em questão, contudo, ocorre justamente o contrário, a analogia resulta na não exigência da contribuição previdenciária, devido à aplicação da norma imunizante.

Por fim, faz-se necessário, ainda, a utilização de critérios hermenêuticos, os quais busquem dar uma interpretação sistêmica e teleológica ao ordenamento jurídico nacional. Assim, valendo-nos mais uma vez do pensamento do referido jurista alencarino, depreende-se que:

“Entende-se por sistema um conjunto de elementos relacionados entre si, de modo a formar um todo coerente e unitário. É opinião dominante entre os juristas a de que o direito é um sistema, ou uma ordem. Daí a expressão ordem jurídica ou ordenamento jurídico ou sistema jurídico. Dizer que o direito é um sistema significa que é constituído por um conjunto de normas relacionadas umas com as outras, de modo a formar um todo coerente e unitário.”⁴¹.

Demonstrando a necessidade de se relacionar uma norma ao restante do ordenamento jurídico nacional para que possamos compreender seu significado, dando, portanto, interpretação sistêmica a este, acrescenta José de Albuquerque Rocha:

“Ora, se as normas jurídicas não estão soltas ou isoladas, mas ao contrário estão relacionadas umas com as outras, formando um todo coerente, deduz-se que, para conhecer o conteúdo ou o valor dessas normas, é preciso relacioná-las às demais normas que formam o todo, que é o direito. Por conseguinte, a interpretação sistêmica é a que procura desentranhar o sentido da norma, relacionando-a com o sentido das outras normas do sistema.”⁴².

Ainda na obra do multicitado professor, encontramos argumentos a respeito do conceito e da necessidade de se dar também interpretação teleológica a nosso ordenamento, senão vejamos:

⁴¹ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 267 p

⁴² ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 267 p

“A interpretação teleológica procura articular o direito com as finalidades a que a norma se destina. Nela o intérprete trabalha não só com os elementos legais, mas, igualmente, com os valores e representações operantes no campo social, hoje consagrados na Constituição. O intérprete, sobretudo o juiz, não pode ignorar a função social do direito no sentido de que a lei é editada para alcançar um objetivo social determinado. Disso decorre a necessidade de o intérprete pesquisar o fim social da lei, para adequar sua interpretação ao mesmo. Hoje, o fim social da lei está indicado nos princípios constitucionais. Assim, cabe ao intérprete escolher quais as alternativas mais aptas para realizar os objetivos prefixados na Constituição, ou seja, eleger a interpretação mais idônea a alcançar os fins estabelecidos na Constituição. Isso impõe ao intérprete avaliar os resultados de cada alternativa e valorá-los à base dos critérios definidos pela Constituição. Por tal razão, a interpretação teleológica muda o modo tradicional de raciocinar do juiz, que deixa de preocupar-se só com o passado para preocupar-se sobretudo com o futuro, ou seja, com as consequências da decisão na realidade social.”⁴³.

Qual seria, então a finalidade, o objetivo social que a norma que analisamos pretende alcançar? Nitidamente, busca a Carta Magna beneficiar, com imunidade tributária de contribuição previdenciária, indivíduos que sofreram intempéries da vida, cidadãos que, por serem portadores de enfermidades que o incapacitem, merecem este tratamento especial.

Razão não há, destarte, para que empecilhos sejam estabelecidos à fruição de tal benefício. Se, como afirmado pelo jurista cearense, o intérprete não deve ocupar-se exclusivamente com a análise dos elementos legais, mas igualmente com os valores sociais consagrados na Constituição, não restam dúvidas da necessidade de se permitir tal utilização analógica, a fim de dar cumprimento ao mandamento estabelecido pelo legislador e de proteger os valores por este elegidos como corretos.

Qualquer entendimento contrário levaria à defesa da tese de que um alienado mental, por exemplo, portador de uma doença que claramente o incapacita, não faria jus a tal benefício constitucional, ainda que tal benefício tenha sido previsto pelo legislador constitucional, pelo simples fato de que o legislador infraconstitucional, desobedecendo o mandamento de regulamentação da norma imunizante, permaneceu inerte por um período não razoável de 09 (nove) anos.

Superadas essas questões, indaga-se: qual o prejuízo que a utilização, de forma analógica, de tal rol traria à correta aplicação do ordenamento jurídico nacional? Que dispositivo do Código Tributário Nacional ou da Constituição Federal estaria sendo violado devido à utilização deste recurso? Aparentemente, nenhum, razão pela qual nos parece indispensável que tal rol seja utilizado, afinal, não nos

⁴³ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 267 p

resulta razoável, que portadores de doenças claramente incapacitantes, como os mencionados alienados mentais, não possam desfrutar de tal benefício única e exclusivamente por causa da inação de nossos parlamentares.

3.3 Da utilização analógica do rol previsto no art. 186, § 1º, da Lei 8.112/90

Assim como a lei que regulamenta o imposto de renda, a lei n.º 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, também estabelece um rol de enfermidades, sendo tal rol, desta vez, utilizado para fins de concessão de aposentadoria, de acordo com o abaixo colacionado:

“Art. 186. O servidor será aposentado:

§ 1º Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.”⁴⁴.

Nota-se, contudo, que o legislador não se refere a enfermidades incapacitantes, mas sim a doenças graves, contagiosas ou incuráveis, o que leva alguns doutrinadores a posicionarem-se contra a utilização da analogia no caso em tela.

Observe que esta lista de enfermidades difere do rol previsto na lei que regula o imposto de renda apenas por não prever a contaminação por radiação. Todas as outras doenças, tais como, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave e neoplasia maligna estão previstas em ambos os róis.

Há, dessa maneira, uma nítida preocupação do legislador em garantir determinadas benesses aos portadores de tais enfermidades, o que corrobora com a idéia de que tal rol seja utilizado, por analogia, para fins de imunidade de contribuição previdenciária, uma vez que foi esta a intenção do legislador constitucional, qual seja, beneficiar portadores de tais enfermidades.

Ademais, todos os argumentos, sejam contrários ou favoráveis, já expostos no tópico anterior, são também válidos no que consiste à presente discussão

É necessário observar, contudo, que, apesar de as enfermidades abrangidas

⁴⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm

por esta lei serem consideradas graves, contagiosas ou incuráveis, não necessariamente serão incapacitantes. O conceito de gravidade e incurabilidade, não coincide com o de incapacidade. Dessa maneira, embora defendamos, aqui, a possibilidade da utilização, de forma analógica, da lei n.º 7.713, somos contrários ao uso da lei n.º 8.112/90 para os fins previstos no art. 40, § 21, da CF, uma vez que, como visto, preveem casos distintos.

3.4 Exemplo da PGE do Estado do Ceará

Infelizmente, a Procuradoria Geral do Estado do Ceará tem adotado, reiteradamente, o entendimento de que não é possível a utilização, de forma analógica, do rol previsto na lei do imposto de renda para suprir a omissão em tela, alegando que se faz necessário lei específica que defina as enfermidades incapacitantes.

Tal entendimento foi defendido e adotado, pela primeira vez, pelo Douto procurador do Estado do Ceará, Dr. Rommel Barroso da Frota, em parecer de n.º 730/2008.

Observando-se a ementa de tal petição, já se nota a nítida posição contrária do parecerista quanto à utilização, de forma analógica, de lista de doenças incapacitantes prevista em lei que não seja a lei específica a qual o art. 40, § 21 determina que seja criada, vejamos:

“EMENTA – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – DOENÇA INCAPACITANTE. Necessidade de Lei específica para definir as denominadas doenças incapacitantes, sem a qual é impossível deferir o benefício. Norma de eficácia limitada, dependente de interposição legislativa.”⁴⁵.

Argumenta o advogado do Estado do Ceará que a norma constitucional aludida seria de eficácia limitada, mais precisamente uma norma de princípio programático, razão pela qual demandaria uma normatização específica que a regulamentasse. Dessa maneira, afirma:

“08. A espécie, porém, versa sobre norma de eficácia limitada. E isso porque é ainda José Afonso da Silva quem admite que tais normas podem ser de duas categorias, a saber: de princípio institutivo [...] e de princípio programático [...] 09. A instituição de um limite de imunidade para os portadores de doença incapacitante é claro mecanismo de realização de

⁴⁵ FROTA, Rommel Barroso da. **Parecer nº 730**. 2008.09 f. Procuradoria Geral do Estado do Ceará - Consultoria, Fortaleza, 2008.

fins sociais do Estado, com a proteção de pessoas atingidas por intempéries da vida, caracterizando, assim, norma de princípio programático, a demandar normatização que a regule.”⁴⁶.

Finaliza o citado parecer reiterando posicionamento contrário à utilização do rol de doenças incapacitantes, previsto na lei de imposto de renda, para fins de imunidade de contribuição previdenciária, conforme se vê abaixo:

“[...] dúvida alguma remanesce quanto ao cerne da discussão: sem lei específica definindo as doenças incapacitantes, não se pode cogitar de aplicação do art. 40, par. 21 da Constituição Federal.”⁴⁷.

Ressalta-se, como afirmado, que foi este parecer, da Consultoria Geral da PGE/CE, o adotado pelo, à época, Procurador Geral do Estado do Ceará.

Destarte, os procuradores deste Ente Federativo, seguindo o referido posicionamento do Procurador Geral do Estado do Ceará, manifestaram-se, em diversas ocasiões, e permanecem manifestando-se favoráveis à isenção do imposto de renda sobre proventos de aposentadoria e pensão para os portadores de alguma das enfermidades previstas no rol do art. 6º, XIV, da Lei n.º 7.713/88, opinando, contudo, pela improcedência do pedido de imunidade de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensão que não superem o dobro do limite máximo dos benefícios do regime geral da previdência social, formulados por estes mesmos portadores de enfermidades.

Confirmando tais alegações, em parecer de n.º 0647/2011, três anos após o parecer inicialmente citado, portanto, o Procurador Rommel Barroso da Frota mantinha sua posição favorável ao Fisco, nos seguintes termos:

“03. A questão já foi várias vezes debatida nesta Casa, como dá notícia a cópia do Parecer anexo, um dos muitos que tratou do tema, entendendo que a definição de doença incapacitante, para fins de aplicação do art. 40, par 21, da Constituição Federal, demanda lei específica, diversa daquela pertinente à aposentadoria por invalidez, sem a qual o pleito de aplicação da regra imunizante constitucionalmente prevista não pode ser deferido. 05. Sem que sobrevenha lei definindo as doenças incapacitantes para que seja aplicado o art. 40, par. 21, da Constituição Federal, a Administração Pública nada pode fazer, agilhoada que está ao princípio da legalidade. Poder-se-ia contemplar uma solução alternativa, caso o Pretório Excelso houvesse, ele próprio, em sede de mandado de injunção, pacificado a forma de suprir a omissão legislativa. Não se tem notícia, porém, de que tal tenha ocorrido. 07. Opina-se, assim, pela ratificação integral de tudo quanto já concluído em anteriores oportunidades: a definição de doença

⁴⁶ FROTA, Rommel Barroso da. **Parecer nº 730**. 2008.09 f. Procuradoria Geral do Estado do Ceará - Consultoria, Fortaleza, 2008.

⁴⁷ FROTA, Rommel Barroso da. **Parecer nº 730**. 2008.09 f. Procuradoria Geral do Estado do Ceará - Consultoria, Fortaleza, 2008.

incapacitante, para fins de aplicação do art. 40, par. 21, da Constituição Federal, demanda lei específica, diversa daquela pertinente à aposentadoria por invalidez, sem a qual o pleito não pode ser deferido.”⁴⁸.

Embora extremamente respeitável a opinião do ilustre procurador acima mencionado, ousamos deste discordar, já que, de acordo com os argumentos expostos no tópico anterior, não vemos no ordenamento jurídico brasileiro qualquer norma que vede o recurso à utilização da analogia neste caso. Pelo contrário, vemos exatamente, como dito, dispositivo previsto no art. 108 do CTN que fomenta a utilização deste mecanismo para a supressão de lacunas.

Ademais, analisando esta problemática, temos que a esclerose múltipla, por exemplo, por ser considerada doença incapacitante pela lei n.º 7.713, isenta um aposentado ou pensionista do pagamento do imposto de renda. Será então razoável que este mesmo portador de esclerose múltipla, que recebe proventos inferiores ao dobro do limite máximo dos benefícios do regime geral da previdência social, não possa usufruir da norma imunizante de contribuição previdenciária, prevista pela Constituição Federal, pelo fato de nossos parlamentares terem sido desidiosos por 09 (anos) anos? Será justo que em 2014 não possam gozar de um benefício com o qual o legislador constitucional pretendeu contemplá-los ainda em 2005? Será correto vedar a aplicação analógica do rol citado, ainda que o CTN estabeleça de forma expressa, em seu art. 108, que a analogia deva ser utilizada pela autoridade competente para aplicar a legislação tributária, na ausência de disposição expressa? Parece-nos que não!

⁴⁸ FROTA, Rommel Barroso da. **Parecer nº 0647. 2011.** 05 f. Procuradoria Geral do Estado do Ceará - Consultoria, Fortaleza, 2011.

4. DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DOS ESTADOS E DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

“4. [...] o mandado de injunção foi concebido como remédio para uma dramática patologia nacional: o descrédito da Constituição causado pela inércia do legislador.”⁴⁹.

(Luís Roberto Barroso)

Além da possibilidade citada no parágrafo anterior para que o caso possa ser solucionado, aborda-se no presente capítulo, três outras viáveis soluções, ao nosso ver, para que tal impasse possa ser solucionado, acabando de vez com esta celeuma que prejudica imensamente os indivíduos que se encaixam no art. 40, § 21, da CF, os quais deveriam, desde 2005, estar gozando da imunidade tributária a eles estabelecida.

Tais soluções seriam dadas por meio da competência legislativa residual dos Estados, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou do mandado de injunção, conforme se passa a analisar.

4.1 Competência Legislativa Concorrente

Faz-se necessário esclarecer, a priori, que a Constituição Federal estabeleceu quais os Entes Políticos são responsáveis por legislar a respeito de determinada matéria. Dessa maneira, o art. 22 prevê as hipóteses de competência privativa da União, ou seja, temas sobre os quais quem legislará será a União, ressalvados os casos previstos no parágrafo único, de que lei complementar autorize os Estados a criarem leis sobre tal assunto.

Por outro lado, o art. 24 trata de competência legislativa não mais privativa, mas sim concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre determinados assuntos, incluindo-se entres estes o direito tributário, de acordo com o que se observa abaixo:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
I - **direito tributário**, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;”⁵⁰.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 410 p.

⁵⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Complementado a regulamentação de tal artigo, quatro parágrafos, abaixo transcritos, estabelecem como se dará esta competência concorrente:

“§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”⁵¹.

O art. 40, § 21, da CF, como visto, reclama a criação de uma norma que regule a imunidade tributária prevista. Tal norma, a qual uma vez criada deveria estabelecer quais doenças são consideradas incapacitantes para fins de imunidade de contribuição previdenciária, por ser, nitidamente, de direito tributário, enquadra-se no art. 24 da CF, sendo sua criação competência legislativa dos Entes Federativos supracitados.

Discorrendo a respeito deste tema, o citado parecerista Dr. Rommel Barroso, defende que apenas a União poderia suprir a presente omissão, senão vejamos:

“A lei complementar em apreço será necessariamente de âmbito nacional, portanto, oriunda da União? Sim. Franquear às demais entidades federadas a prerrogativa de legislar acerca do tema resultaria na possibilidade de instituição de sistemas diferentes, com definições diversas de quais seriam as doenças incapacitantes, disso resultando que o contribuinte com uma mesma enfermidade poderia, em determinada unidade da Federação, ser agraciado com a imunidade tributária de que está a se cuidar, e em outra não. Tal hipótese ofende visceralmente o disposto no art. 150, II, da Constituição Federal.”⁵²

Extremamente claras e coerentes as palavras do procurador a que fazemos alusão, uma vez que atentam à necessidade de que seja respeitado o texto constitucional, mais precisamente o art. 150, II, o qual determina:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;”⁵³.

Destarte, não se pode admitir que um servidor público do Estado do Pará, a título exemplificativo, por ser portador de uma determinada enfermidade, considera-

⁵¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁵² FROTA, Rommel Barroso da. **Parecer nº 730**. 2008.09 f. Procuradoria Geral do Estado do Ceará - Consultoria, Fortaleza, 2008.

⁵³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

da incapacitante por lei estadual deste Ente Federativo, faça jus à benesse em tela, enquanto outro servidor público do Estado do Ceará, portador da mesma doença, não o faça pelo fato de esta não estar presente em um rol de doenças incapacitantes previsto em lei cearense.

Esse tipo de discriminação, portanto, é expressamente vedado pela Constituição Federal de 1988, já que, como visto acima, estando os contribuintes em situações equivalentes (sendo portadores da mesma doença, no exemplo dado), a estes não se pode instituir tratamento desigual.

Contudo, ainda que aceitemos que a discriminação mencionada não pode ser tolerada, ousamos, *data venia*, novamente discordar do respeitável posicionamento do procurador do Estado do Ceará, Dr. Rommel Barroso da Frota, pois conforme passamos a explicar, acreditamos ser possível que os Estados criem leis que regulamentem o caso, sem que afrontem o citado dispositivo constitucional.

Primeiramente, importante ressaltar que impedir os Estados de legislarem, ainda que clara e evidente a omissão da União, por quase 09 (nove) anos, em regular o presente benefício imunizante, representa nítida ofensa ao art. 24, § 3º, do texto constitucional. Aceitar tal negativa seria, ao nosso ver, coadunar com manifesta inconstitucionalidade, qual seja a impossibilidade de que os Estados exerçam a competência plena, a estes instituída, nos casos em que a União se olvidar de sua função de estabelecer normas gerais a respeito de determinadas matérias.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal adotou posicionamento favorável a criação de leis que regulamentem o art. 40, § 21, da CF por parte dos Estados, estabelecendo que tais diplomas estaduais tenham vigência enquanto não criada lei de âmbito nacional que pacifique esta controvérsia, consoante ementa abaixo colocada:

“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. (STF - SS: 3687 RN, Relator: Min. GILMAR MENDES (Presidente), Data de Julgamento: 22/04/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010).”⁵⁴.

Acrescenta-se que também no dia 04 de fevereiro de 2010, em decisões ementadas nos mesmos termos da decisão supracitada, o Pleno do STF ainda negou seguimento a outros três agravos regimentais em suspensão de segurança, todos de relatoria do, à época presidente deste Tribunal, Ministro Gilmar Mendes, são eles:

(STF - SS: 3703 RN, DIVULGAÇÃO 25-02-2010 PUBLICAÇÃO 26-02-2010 EMENT VOL-02391-04 PP-01037)

(STF - SS: 3680 RN, DIVULGAÇÃO 25-02-2010 PUBLICAÇÃO 26-02-2010 EMENT VOL-02391-04 PP-00969)

(STF - SS: 3685 RN, DIVULGAÇÃO 25-02-2010 PUBLICAÇÃO 26-02-2010 EMENT VOL-02391-04 PP-01026)⁵⁵.

Outro problema, contudo, desponta. Não bastasse o descaso dos legisladores federais, os quais em quase uma década não tomaram providências para solucionar este conflito, e ainda que tenha o Supremo Tribunal Federal reputado constitucional a criação de leis, por parte dos Estados, para a supressão dessa omissão, deparamo-nos com nova inércia do Poder Legislativo, dessa vez em âmbito estadual.

Dessa maneira, ainda que restasse totalmente superada a discussão a respeito da possibilidade dos Estados de legislarem a respeito do tema em pauta, o que não é o caso, ainda teríamos que contar com a eficiência de nossos deputados estaduais, para que regulamentem tal dispositivo constitucional, exercendo a competência plena dos Estados.

Contudo, infelizmente, poucos Estados empreenderam esforços na tentativa de solucionar este impasse.

O Estado do Rio Grande do Norte, contudo, foi um dos que procedeu a tal regulamentação. A Lei Estadual n.º 8.633, de 03 de fevereiro de 2005, do mencionado Ente Federativo, “dispõe sobre a contribuição para o custeio do Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores do Estado do Rio Grande do Norte e dá outras providências.”, estabelecendo em seu art. 3º, o que segue:

“Art. 3º Os aposentados e os pensionistas de qualquer dos Poderes do Estado, do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado, incluídas suas autarquias e fundações, e dos Militares Estaduais contribuirão para o regime próprio de previdência social, com 11% (onze por cento), incidentes sobre o valor da parcela dos proventos de aposentadorias e pensões que

[em 21/02/2014](#)

⁵⁵ <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7406496/agregna-suspensao-de-seguranca-ss-3703-rn>
<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7406489/agregna-suspensao-de-seguranca-ss-3680-rn>
<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19136239/suspensao-de-seguranca-ss-3685-rn-stf>

supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, fixado pela legislação federal.

Parágrafo único. São isentos da contribuição de que trata o caput deste artigo, os aposentados e pensionistas que sejam portadores de patologias incapacitantes, abrangidos pela isenção oferecida pela legislação do Imposto de Renda.”⁵⁶.

Tal dispositivo foi ratificado pela lei complementar nº 308, de 25 de outubro de 2005, em seu art. 106, como se vê abaixo:

“Art. 106. Fica revogada, a partir de 4 de maio de 2005, toda isenção de contribuição previdenciária para o Regime Próprio dos Servidores do Estado do Rio Grande do Norte concedida em caráter geral ou especial, salvo a prevista no art. 3º, parágrafo único, da Lei Estadual n.º 8.633, de 3 de fevereiro de 2005.”⁵⁷.

Tais leis, como visto na ementa acima citada, foram consideradas constitucionais pelo STF, o qual determinou que terão vigência enquanto não sobrevier lei de cunho nacional, ocasião em que serão suspensas no que contrariarem esta.

Ademais, de fundamental importância destacar que, meses após reconhecer a constitucionalidade da supracitada lei do Estado do Rio Grande do Norte, o Supremo Tribunal Federal voltou a analisar a possibilidade de os Estados da Federação encontrarem soluções para a supressão da omissão legislativa da União.

Trata-se de ação interposta pelo Instituto de Previdência do Rio Grande do Sul. Nesta, busca-se admitir a utilização, para fins de imunidade de contribuição previdenciária, prevista no art. 40, § 21, da CF, de forma análoga, do rol de doenças que permitem a concessão de aposentadoria especial, previsto na legislação deste Estado.

No julgamento desta ação (RE 630137/RS), no dia 07/10/2010, o STF reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, nos termos infra citados:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DESTINADA AO CUSTEIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. IMUNIDADE CONCEDIDA NA HIPÓTESE DE ACOMETIMENTO DO SERVIDOR PÚBLICO POR DOENÇA INCAPACITANTE. ACÓRDÃO-RECORRIDO QUE ENTENDE SER A NORMA DE IMUNIDADE PLENAMENTE APLICÁVEL. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. TOMADA DE EMPRÉSTIMO DE LEGISLAÇÃO LOCAL DEFINIDORA DAS DOENÇAS QUE PERMITEM A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS. EXISTÊNCIA. Tem repercussão geral a discussão acerca da: 1. Eficácia da norma de imunização tributária prevista no art. 40, § 21 da Constituição (EC

⁵⁶ <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/estaduais/rn/42/2005/8633.htm>

⁵⁷ http://www.dei.rn.gov.br/contentproducao/aplicacao/search/arquivos/seu_direito/lc%20308_05.pdf

47/2005), se plena (independente de intermediação por lei federal ou lei local), limitada (dependente de intermediação por lei federal ou lei local) ou contextual (em razão do transcurso do tempo, caracterizado pela omissão legislativa); e da 2 Possibilidade de o Judiciário utilizar as hipóteses estabelecidas em lei local específica para os casos de aposentação especial (Lei 10.098/1994) para o reconhecimento da imunidade tributária (separação dos Poderes).”.

(STF - RE 630137 RS. Relator Min. JOAQUIM BARBOSA Data de Julgamento: 07/10/2010 Data de Publicação DJe-211 DIVULG 03-11-2010 PUBLIC 04-11-2010)⁵⁸.

Como consequência, em obediência ao capitulado no art. 543-B do CPC, vários outros recursos extraordinários, os quais tratam da mesma controvérsia, foram sobrestados até o pronunciamento definitivo da Corte a respeito desta matéria. Dessa forma, no Distrito Federal e nos Estados de Goiás, Rio Grande do Sul, Mato Grosso, São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro e Ceará foram interpostas ações que visam solucionar tal controvérsia, contudo, todas estão com recursos extraordinários sobrestados, como dito.

Transcreve-se abaixo o dispositivo aludido do Código de Processo Civil e, a título exemplificativo, cita-se algumas das mencionadas decisões:

“Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.”.

1 - (STF - RE: 759954 DF , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 20/12/2013, Data de Publicação: DJe-024 DIVULG 04/02/2014 PUBLIC 05/02/2014)

2 - (STF - RE: 782712 RS , Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 05/02/2014, Data de Publicação: DJe-029 DIVULG 11/02/2014 PUBLIC 12/02/2014)

3 - (STF - ARE: 662608 GO , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 29/11/2013, Data de Publicação: DJe-239 DIVULG 04/12/2013 PUBLIC 05/12/2013)

4 - (STF - RE: 596562 MT , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 29/10/2012, Data de Publicação: DJe-219 DIVULG 06/11/2012 PUBLIC 07/11/2012)

5 - (STF - RE: 632034 SP , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 22/03/2011, Data de Publicação: DJe-066 DIVULG 06/04/2011 PUBLIC 07/04/2011)

6 - (STF - RE: 656790 MG , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 25/11/2011, Data de Publicação: DJe-228 DIVULG 30/11/2011 PUBLIC 01/12/2011)

7 - (STF - RE: 601765 RN , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 16/05/2011, Data de Publicação: DJe-100 DIVULG 26/05/2011 PUBLIC 27/05/2011)

8 - (STF - ARE: 769461 RJ , Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 10/09/2013, Data de Publicação: DJe-184 DIVULG 18/09/2013)

⁵⁸ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3950543>

Por último, destaca-se a seguinte decisão, já que se trata de ação interposta no Estado do Ceará:

“Decisão: Vistos. Esta Corte concluiu pela existência da repercussão geral da matéria constitucional versada nestes autos ao examinar o RE nº 630.137/RS, Relator o Ministro Joaquim Barbosa. O assunto corresponde ao Tema nº 317 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata da “auto-aplicabilidade, ou não, do art. 40, § 21, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 47/2005, o qual estabelece que a contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões dos servidores públicos 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 da Constituição Federal, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante”. Assim, nos termos do artigo 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, determino a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que seja aplicado o disposto no artigo 543-B do Código de Processo Civil.”. (STF - RE: 604226 CE, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 08/05/2012, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 16/05/2012 PUBLIC 17/05/2012)⁶⁰.

Conforme se analisa, trata-se também de discussão a respeito da eficácia da norma prevista no art. 40, § 21, da Constituição Federal, tendo sido o julgamento deste recurso submetido ao referido procedimento do art. 543 do CPC.

4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Outra solução para o problema em tela é a interposição de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º, da CF, por um dos legitimados previstos neste próprio artigo. No curso de tal ação, deverá ser realizada, necessariamente, a oitiva do Procurador Geral da República.

Ratificando o parágrafo anterior, transcrevem-se os seguintes dispositivos:

“Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁵⁹ <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RE+630137+&idtopico=T10000001> e http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm

⁶⁰ <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21780802/recurso-extraordinario-re-604226-ce-stf>

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”⁶¹.

A aludida ação tem caráter objetivo, ou seja, não se presta a discutir um conflito concreto, um caso subjetivo, mas, sim, provar a inconstitucionalidade da omissão do Poder Público no que consiste ao seu dever de editar lei que torne efetiva determinada norma constitucional, a qual, portanto, é desprovida de aplicabilidade imediata.

Destarte, sendo omissa o Poder Público em editar esta lei regulamentadora, permanece o mandamento constitucional sem aplicabilidade, estando sua eficácia limitada ao implemento desta legislação. A ADIN por omissão, desta maneira, visa justamente a declaração de inconstitucionalidade desta omissão, para que esta venha a ser suprida.

Ressalta-se que, reconhecer a ADIN por omissão como uma das soluções viáveis ao problema da ausência de regulamentação da norma imunizante do art. 40, § 21, CF, implica em considerar tal norma, de acordo com a classificação supra de José Afonso da Silva, como de eficácia limitada e, conseqüentemente, de aplicabilidade mediata, ou seja, dependente de regulamentação para que possa produzir efeitos.

Para que tal omissão caracterize-se, contudo, faz-se necessário o transcurso de prazo razoável para que a norma regulamentadora possa ser editada, como observa Juliano Taveira Bernades:

“Isso quer dizer que a omissão não se caracteriza sem o decurso de algum prazo. Inexistindo meios para conceder, de hora para outra, aplicabilidade direta à constituição, percebe-se que ao conceito de omissão se deve agregar algum juízo valorativo sobre o período razoavelmente necessário para baixar os atos normativos necessários à exequibilidade das normas constitucionais.”⁶².

Não restam dúvidas, entretanto, de que o prazo de 09 (nove anos) é mais do que o suficiente para que o art. 40, § 21, da CF tivesse sido regulamentado. Quase uma década representa, sem dúvidas, tempo maior que o necessário para que nossos parlamentares tivessem adotado as providências cabíveis. Não o tendo feito, deparamo-nos com outra triste realidade, com outro lamentável exemplo de inércia,

⁶¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁶² DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. 704 p.

qual seja, a dos legitimados pelo art. 103 da CF, tais como Presidente da República, Procurador Geral da República e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Ainda que venha a ser proposta a aludida ADIN por omissão, a aplicabilidade da norma imunizante em questão esbarraria em outro empecilho, a natureza da decisão que julgasse referida ação, conforme passamos a explicar.

Há controvérsias a respeito de quais seriam as consequências do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão do Poder Público. Neste contexto, Juliano Taveira Bernades, por exemplo, disserta acerca de quem deveria reparar a omissão referente à norma regulamentadora, Poder Legislativo ou Judiciário, defendendo que seria o primeiro, conforme se vê abaixo:

“Num Estado Democrático de Direito que elege como fundamental o princípio da separação e independência dos Poderes (art. 2 da Constituição de 1988), a mora na edição de normas exigidas pela Constituição deve ser exclusiva, ou pelo menos preferencialmente, reparada pelos órgãos de produção normativa aos quais o próprio poder constituinte prescreveu a obrigação de legislar. Já a conduta (i.e., o comportamento) que deveria implementar a aplicabilidade da constituição não pode nunca ser suprida abstratamente pela emissão de um comando judicial.”⁶³.

Ainda nesta perspectiva, há doutrinadores, portanto, que defendem que o Poder Judiciário deveria adotar medidas que dessem eficácia e aplicabilidade à norma constitucional, não mais deixando esta tarefa a cargo dos parlamentares; outros, contudo, pregam que, em nome do princípio da tripartição de poderes, apenas o Poder Legislativo poderia solucionar esta mora, devendo o Judiciário apenas comunicá-lo a respeito desta inércia. Desta maneira, complementando os argumentos expostos no parágrafo anterior, o jurista retro mencionado leciona:

“Certamente por isso, no direito brasileiro, o controle judicial abstrato das omissões inconstitucionais não inclui a produção da medida necessária a tornar efetiva a norma constitucional, mas a simples comunicação da inércia, seguida da cominação de prazo para supri-la – na hipótese de a inatividade ser de órgãos administrativos (par.2 do art. 103 da Constituição). Porém, a opção brasileira tem decepcionado, pois mesmo o julgamento pela procedência do pedido da ADInO não costuma surtir resultados práticos.”⁶⁴.

Como se vê, o grande problema desta impossibilidade do Poder Judiciário de tomar medidas efetivas, as quais dariam aplicabilidade imediata à norma constitucional, consiste no fato de que, devendo-se, simplesmente, comunicar a mora ao Poder Legislativo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão acaba

⁶³ DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. 704 p.

⁶⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. 704 p.

por não produzir, em geral, efeitos práticos, uma vez que não pode ser estabelecido prazo específico para que os parlamentares supram a omissão, em virtude do citado princípio da tripartição de poderes.

Por fim, mais uma vez nos utilizando dos ensinamentos de Juliano Taveira Bernades, interessante que se transcreva o trecho abaixo:

“Certo que alguns autores defendem possa o STF substituir o órgão inadimplente, meio que promovendo a “sub-rogação” da competência para superar as omissões inconstitucionais. Contudo, se essa proposta já é em si bastante problemática com relação ao controle concreto das omissões inconstitucionais (mandado de injunção), não parece nada adequada em matéria de ADInO. Do contrário, seria contrariada a vontade do constituinte de transferir a órgãos legislativos a tarefa de implementar a aplicabilidade de certas normas constitucionais, até porque foi a própria Constituinte Federal quem estabeleceu a fórmula decepcionante com que são decididos os pedidos de ADInO.”⁶⁵.

Como se analisa, o doutrinador deixa claro que, ainda que decepcionante, este é o procedimento que deve ser adotado após o julgamento de uma ADIN por omissão, de acordo com a CF, qual seja a mera comunicação da mora ao Poder Legislativo.

4.3 Mandado de Injunção

Por fim, também poderia o Poder Judiciário, diante da inércia do Poder Legislativo, utilizar-se do mandado de injunção, o qual está previsto no art. 5º, LXXI, da CF, conforme transcrição abaixo:

“Art. 5º 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:
LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”⁶⁶.

Observa-se, primeiramente, que, ao contrário do que ocorre na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não há um rol de legitimados a propor o mandado de injunção, sendo esta garantia fundamental assegurada a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, podendo ser impetrado por qualquer um destes.

Obviamente, para que tal ação possa ser utilizada, faz-se necessário o preenchimento de certos requisitos cumulativos, quais sejam a falta de norma

⁶⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. 704 p.

⁶⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

regulamentadora e a inviabilidade, em decorrência da ausência desta norma, do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A respeito da origem deste instituto, assevera Rodrigo Mazzei:

“[...] o mandado de injunção apresenta características muito peculiares, ainda que se diga ter sofrido forte influência do ordenamento inglês, do norte-americano e do luso.”⁶⁷.

Observa-se, portanto, que o referido autor destaca que o mandado de injunção apresenta características próprias, fazendo referência a influência externas sem forte convicção de que estas de fato ocorreram.

O atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, por sua vez, é categórico ao afirmar que se trata de instituto nascido no Brasil, conforme se vê:

“E muito embora autores eminentes tenham vislumbrado influência de ordenamentos jurídicos diversos – norte-americano, inglês, português e alemão -, trata-se, em verdade, de flor nativa, sem similar preciso no direito comparado.”⁶⁸.

Trata-se de ação de caráter subjetivo, uma vez que se presta a discutir um conflito concreto, um caso subjetivo, e não provar a inconstitucionalidade da omissão do Poder Público referente ao seu dever de editar determinada lei regulamentadora, como faz a ADIN por omissão.

Conforme leciona Rodrigo Mazzei, a figura do mandado de injunção é transitória, ou pelo menos tem potencial para que assim seja, senão vejamos:

“[...] na medida em que as omissões legislativas vão se extinguindo, o instituto proporcionalmente irá perder espaço. Se extintos integralmente os vazios de regulamentação, não haverá motivos a ensejar o mandado de injunção. Contudo, mesmo se superadas todas as omissões legislativas nas Constituições, e isso se esperava (e ainda se espera) que ocorresse em um tempo curto, pois as normas constitucionais devem ser, antes de tudo, usufruídas pelos seus beneficiários, o âmbito do mandado de injunção ficará atrelado às omissões legislativas vinculadas à efetividade de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, pois o remédio abrange, no pormenor, a legislação infraconstitucional. Assim, em tese, mandado de injunção poderia ser um instrumento transitório, bastando que o Legislativo (sentido amplo) seja diligente e ocupe as omissões que dão espaço para a utilização da via do artigo 5, LXXI, da Carta Política.”⁶⁹.

⁶⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. 704 p.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 410 p.

⁶⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. 704 p.

Infelizmente, sabemos que esta é uma realidade muito longe da nossa. No Brasil, diversas normas de eficácia limitada permanecem sem regulamentação, o que gera enormes prejuízos a todos aqueles que se veem impedidos de ter acesso, na prática, a direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal.

Em mais uma lição, o constitucionalista Luís Roberto Barroso destaca a necessidade de que a norma constitucional não seja auto aplicável, devendo, destarte, ser norma de eficácia limitada. Ademais, ressalta a necessidade de que seja dado prazo razoável para a supressão da omissão legislativa, vejamos:

“Com efeito, não será cabível o pedido quando a norma constitucional for bastante em si mesma, isto é, quando ela for auto-aplicável. Tampouco deverá ser admitido antes de decorrido o prazo previsto na Constituição para elaboração da norma regulamentadora. Da mesma forma, se norma houver, o fato de ela ser insatisfatória não ensejará o ajuizamento do requerimento de injunção.”⁷⁰.

Conclui-se, portanto, que, caso se considere a norma do art. 40, § 21, CF como de eficácia limitada, será plenamente possível a utilização do mandado de injunção como tentativa de solucionar este impasse, uma vez que o requisito temporal encontra-se preenchido, já que 09 (nove) anos representam um período suficiente para que o Poder Legislativo pudesse ter regulamentado o mandamento constitucional em tela.

4.3.1 Natureza jurídica do mandado de injunção

Descobrir qual a natureza jurídica do mandado de injunção é crucial para que se chegue às consequências práticas da impetração deste remédio constitucional.

Caso se entenda que o Poder Judiciário, ao entender que o Poder Legislativo foi omissor, deve limitar-se a declarar esta mora, cientificando o órgão ao qual se deve esta omissão, estará sendo dada prevalência ao princípio da separação dos poderes. Dessa maneira, por entender que todos os poderes são iguais e harmônicos, não seria admissível que o Poder Judiciário obrigasse o Poder Legislativo a legislar, ainda que esta seja a função deste. Admitir-se-ia, portanto, apenas que fosse dada ciência ao órgão responsável por legislar de sua mora, esperando-se que, este, por conta própria, solucionasse o caso.

Este, inclusive, foi o posicionamento que prevaleceu, durante um período, no

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 410 p.

âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme se analisa abaixo:

“MANDADO DE INJUNÇÃO: AUSÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA DO DIREITO AO AVISO PREVIO PROPORCIONAL; ILEGITIMIDADE PASSIVA DO EMPREGADOR SUPRIDA PELA INTEGRAÇÃO AO PROCESSO DO CONGRESSO NACIONAL; MORA LEGISLATIVA: CRITÉRIO OBJETIVO DE SUA VERIFICAÇÃO: PROCEDENCIA, PARA, DECLARADA A MORA, NOTIFICAR O LEGISLADOR PARA QUE A SUPRA.”
(STF - MI: 95 RR , Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 07/10/1992, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 18-06-1993) ⁷¹.

Ocorre que, felizmente, o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento, passando a não mais entender que a natureza do mandado de injunção seria meramente declaratória. No julgamento do MI 670-9/ES, a título de exemplo, a respeito do direito de greve por parte dos servidores públicos, o STF conferiu ao mandado de injunção função integradora.

Dessa maneira, ao invés de simplesmente declarar a mora, o STF, atuando de forma integradora, possibilitou a efetivação do direito de greve ao servidores públicos, direito este que permanecia impedido de ser exercido até então, em virtude da omissão do Poder Legislativo em regulamentar a norma constitucional.

Possibilitou-se, destarte, a aplicação, aos servidores públicos civis, da Lei n.º 7.783/1989, enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica, contanto que fosse respeitado o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria, o que de fato ocorreu. Entendimento contrário, segundo o Pretório Excelso, representaria os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial.

Vejamos então trecho da ementa do aludido MI 670-9/ES:

“[...] 3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO. [...] 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º). [...] Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em

⁷¹ <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/750564/mandado-de-injuncao-mi-95-rr>

sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional. 4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). [...] 6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei no 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de "serviços ou atividades essenciais" (Lei no 7.783/1989, arts. 9º a 11). [...] 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis. (STF - MI: 670 ES , Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008)." ⁷².

Ao encontro do que foi exposto até agora, demonstrando, claramente, a existência de dois entendimentos distintos a respeito da natureza jurídica do mandado de injunção, tendo sido ambos adotados, em momentos diferentes, pelo STF, como visto, Luís Roberto Barroso ensina:

"A controvérsia acerca do objeto do mandado de injunção reflete-se, naturalmente, no conteúdo da decisão a ser proferida. Duas linhas de entendimento têm sido seguidas na matéria. [...] Coerente com a posição doutrinária aqui sustentada, afigura-se melhor a orientação que identifica no provimento judicial na espécie uma natureza constitutiva, devendo o juiz criar a norma regulamentadora para o caso concreto, com eficácia inter partes, e aplicá-la, atendendo, quando seja o caso, à pretensão veiculada. Este caráter constitutivo, porém, só se verificará no plano da criação da normatividade ausente, pois o mandado de injunção tem nítido caráter instrumental. Uma vez suprida a ausência da norma, caberá ao órgão julgador fazê-la incidir, sem solução de continuidade, com vistas à resolução da situação concreta que lhe foi submetida. Aqui, então, poderá declarar nulo um ato, constituir uma nova relação jurídica, condenar alguma prestação (v.g., pecuniária) ou mesmo emitir uma ordem, um mandamento para que se faça ou não alguma coisa. [...] De outro lado, há os partidários da tese de que a decisão proferida no mandado de injunção tem caráter mandamental. Por tal orientação, caberia ao Poder Judiciário dar ciência ao órgão omissor da mora na regulamentação, para que este adote as providências necessárias e, se se tratar de direito oponível contra o Estado, suspender os processos judiciais e administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse omissão inconstitucional. Este o entendimento que teve a adesão da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. [...] Assim, de acordo com a interpretação da Suprema Corte, há dois remédios constitucionais para que seja dada ciência ao órgão omissor do Poder Público, e nenhum para que se

⁷² <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926661/mandado-de-injuncao-mi-670-es>

componha, em via judicial, a violação do direito constitucional pleiteado.”⁷³.

Observa-se que o mencionado constitucionalista tece duras críticas ao posicionamento, até então adotado pelo STF, de utilizar o mandado de injunção unicamente para declarar a mora legislativa, posicionando-se a favor de uma postura integradora por parte da Corte Suprema.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 410 p.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, tem-se que, infelizmente, várias pessoas portadoras de doenças claramente incapacitantes permanecem, embora façam jus a fruição do benefício imunizante, recolhendo contribuição previdenciária.

A principal razão para que isso ocorra, como visto, é a omissão de nossos parlamentares federais, uma vez que a multicitada norma do art. 40, § 21, da Constituição Federal permanece não regulamentada, o que representa evidente afronta à Carta Magna.

Como forma de combater tal omissão, destarte, foram apresentadas 04 (quatro) soluções. Todas estas apresentam previsão legal e não representam nenhuma novidade, sendo de amplo conhecimento por parte das autoridades públicas de nosso país. Infelizmente, contudo, 03 dessas não foram adotadas em virtude de omissões, de diferentes autoridades membros do Poder Legislativo e Judiciário.

Conforme relatado, aparenta ser melhor solução que seja utilizado, de forma análoga, o rol de enfermidades previsto no art. 6º, XIV, da Lei n.º 7.713/88, lei esta que regula o imposto de renda. De acordo com os artigos do Código Tributário Nacional citados e com os argumentos expostos, não se vê razão para que tal mecanismo seja vetado pelo Poder Judiciário, parecendo-nos lógico que a atitude verdadeiramente ilegal, além de inconstitucional, consiste em proibir tal recurso à analogia. Por essa razão, demonstra-se, respeitosamente, opinião contrária à prevalecente nos pareceres da Procuradoria Geral do Estado do Ceará no que consiste ao tema em estudo.

A segunda opção apresentada, a possibilidade de que os Estados exerçam competência legislativa plena, em virtude da omissão da União, está de acordo, conforme demonstrado, com as disposições constitucionais referentes à competência legislativa, não nos parecendo razoável que esse caminho seja inviabilizado. Felizmente, alguns Estados, como o Rio Grande do Norte, por meio de sua Assembleia Legislativa, adotou postura ativa, legislando a respeito do tema. Posicionando-se a respeito desse tema, o Supremo Tribunal Federal, acertadamente, manifestou-se favorável a tal conduta, considerando-a constitucional e estabelecendo que a aludida lei potiguar tenha vigência enquanto não sobrevenha lei de cunho nacional referente a esse assunto, oportunidade em que a lei estadual

será suspensão naquilo que contrariar a federal.

Por outro lado, essa atitude da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte não foi repetida por todos os outros Estados da Federação. Dessa maneira, enquanto um portador de determinada enfermidade incapacitante goza de imunidade de contribuição previdenciária no supracitado Estado nordestino, em vários outros Entes Federativos, indivíduos que apresentam exatamente o mesmo diagnóstico veem-se impossibilitados de terem acesso a tal benesse. Dessa maneira, foram, inicialmente, prejudicados pela inércia do legislador federal e, em seguida, pela omissão do legislador estadual, fatos esses inaceitáveis.

Partindo-se dessa premissa, de que alguns indivíduos viram-se prejudicados por essa dupla omissão, foi apresentada solução por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Tal opção, aparentemente, é de menor eficácia, em virtude do entendimento de que o Poder Judiciário deve limitar-se a declarar a mora do Poder Legislativo, entretanto não deve ser descartada. Infelizmente, nesse momento, deparou-se com uma absurda terceira omissão, a dos legitimados a apresentarem referida ação, previstos no art. 103 da Constituição Federal.

Por fim, como última alternativa, fez-se alusão ao mandado de injunção, ação de caráter subjetivo que pode ser utilizada pelos indivíduos prejudicados pelas citadas omissões. Destacou-se, ainda, a postura integradora, atualmente predominante, da Corte Suprema, razão pela qual acredita-se que, uma vez provocado a respeito do problema em análise, o Supremo Tribunal Federal venha a posicionar-se de forma a superá-lo de maneira efetiva, não se limitando a declarar a mora do Poder Legislativo, sob pena de igualar, no que consiste aos efeitos produzidos, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 541 p.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 410 p.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 498 p.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 1080 p.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 917 p.
- DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. 704 p.
- FROTA, Rommel Barroso da. **Parecer nº 0647. 2011**. 10 f. Procuradoria Geral do Estado do Ceará - Consultoria, Fortaleza, 2011.
- FROTA, Rommel Barroso da. **Parecer nº 730. 2008**. 10 f. Procuradoria Geral do Estado do Ceará - Consultoria, Fortaleza, 2008.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 589 p.
- LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'anna. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Saraiva, 2013. 777 p.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 562 p.
- PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 249 p.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 267 p.
- RODRIGUES, Denise Lucena. **A Imunidade Como Limite a Competencia Impositiva**. São Paulo: Malheiros, 2008. 100 p.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 319 p.
- VIANA NETO, Matteus. **Parecer nº 118. 2013**. 10 f. Procuradoria Geral do Estado do Ceará - Procuradoria Fiscal, Fortaleza, 2013.