

**Procedência:** Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão

**Interessado:** Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão

**Número:** 14.589

**Data:** 10 de janeiro de 2006

**Ementa:**

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 47, DE 05.07.05. VIGÊNCIA IMEDIATA. EFICÁCIA RETROATIVA AO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA EC 41/03. ARTIGO 40, § 21 DA CR/88. APOSENTADO OU PENSIONISTA PORTADOR DE DOENÇA INCAPACITANTE. LIMITE À INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA. PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO

### **Relatório**

O ilustre Superintendente Central de Gestão de Recursos Humanos da SEPLAG solicita manifestação da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais a propósito da aplicabilidade do artigo 40, § 21 da Constituição da República, em face do Parecer SEPLAG/AJA nº 1.642/05 (fl. 01-AGEMG).

Denota-se que o referido parecer considerou o art. 8º, § 2º da Lei Complementar nº 64/02 como norma integrante da eficácia do artigo 40, § 21 da CR/88 e concluiu “pela plena aplicabilidade do dispositivo desde 31 de dezembro de 2003, nos termos do art. 6º da Emenda Constitucional nº 47/05, ressalvado o ato jurídico aperfeiçoado sob a égide do art. 40 sem as alterações introduzidas pela Emenda nº 47/05” (fl. 07-AGEMG).

Da Nota Técnica nº 84/05 exarada pela Superintendência Central de Gestão de Recursos Humanos da SEPLAG resultam claros os pontos cujo esclarecimento se pleiteia:

“A – Considerando que o Estado ao calcular a contribuição previdenciária de todos os servidores aposentados, utilizou como base de cálculo o total dos proventos dos mesmos, deduzidos o teto do valor de benefícios do RGPS. Deve o Estado recalcular todos os pagamentos efetuados para os servidores que se aposentaram por doença incapacitante, após a entrada em vigor da EC 41/2003, devolvendo aos mesmos os valores descontados a maior desde maio de 2004?

B – Esta Emenda Constitucional se aplica apenas para os Servidores Aposentados por Invalidez, ou deve ser estendida aos aposentados, independente do tipo de aposentadoria, que adquiriram doença incapacitante após sua inativação?

C – Como o servidor aposentado, nesta situação, excetuando-se os que possuem laudo médico por doença incapacitante especificada no parágrafo 2 do inciso III do artigo 8 da Lei Complementar Estadual 64/2002, comprovará padecer de doença assim qualificada, para os efeitos de contribuição previdenciária?

D – Esta medida atinge todos os servidores aposentados por invalidez? ou só a aqueles que foram aposentados por invalidez por serem portadores de doença incapacitante, tipificada em lei?”

É o breve relatório. Passa-se, assim, a opinar.

### **Parecer**

Cumprido, em primeiro plano, assentar que o cerne da matéria discutida na espécie limita-se à incidência, no tempo, da regra do artigo 40, § 21º da Constituição da República, com a redação que lhe foi atribuída pela Emenda Constitucional nº 47, de 05.07.2005, “in verbis”:

“§ 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 beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante.”

Considerando o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (R\$ 2.668,15), exsurge claro que a contribuição previdenciária cobrada pelos entes políticos somente poderá incidir sobre proventos de aposentadoria e pensão superiores a R\$ 5.336,30 se o beneficiário (aposentado ou pensionista) for portador de doença incapacitante, na forma da lei. O objetivo da citada norma constitucional foi beneficiar os portadores de doença incapacitantes que se encontram na inatividade ou que recebem pensionamento do Estado.

Referida norma, no tocante à sua incidência no tempo, sujeita-se à prescrição do artigo 6º da Emenda Constitucional nº 47/2005 no sentido de que “Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, com efeitos retroativos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41, de 2003.” Identifica-se, assim, que a própria EC 47/05 determinou o início da eficácia das normas que lhe integram retroativamente, a saber, a partir da vigência da Emenda Constitucional 41/03.

Elucida Gleison Pereira de Souza que o conteúdo da Emenda Constitucional 47, originariamente inserido na PEC 67/03 que resultou na Emenda Constitucional 41, foi da última destacado, dando origem à chamada PEC Paralela (PEC nº 77/03), em cujo teor identificava-se regra especial de aposentadoria para portador de deficiência e aumento da faixa de isenção de contribuição previdenciária para aposentados e pensionistas portadores de doenças incapacitantes. Referida manobra objetivou facilitar a aprovação da então PEC 67/03, de acordo com a redação proposta pela Câmara e ainda no ano de 2003, e viabilizar o aperfeiçoamento dos pontos que, após a aprovação da PEC nº 77/03, restaram consagrados na Emenda Constitucional 47, ora em comento. Segundo o citado autor,

“Confirma essa afirmação pronunciamento do Senador Tião Viana, relator da PEC paralela no Senado:

‘É sabido que a Emenda à Constituição nº 67, de 2003 – fruto do intenso trabalho de articulação do Poder Executivo da União, de todos os Governadores de estado e do distrito federal, prefeitos municipais e da concertação política levada a efeito pela Câmara dos Deputados -, sem obstaculizar a atribuição do Senado Federal de aperfeiçoá-la e equacionar alguns pontos polêmicos da Reforma da Previdência.’ Diário do Senado Federal, 5 de dezembro de 2003, p. 40031.

O referido acordo trouxe os resultados esperados e, em 19 de dezembro de 2003, a PEC n. 67/03 foi promulgada e convertida na Emenda Constitucional n. 41/03.” (SOUZA, Gleison Pereira de. “O regime de providência dos servidores públicos: comentários às emendas constitucionais n. 20/98 e n. 41/03. Atualizado conforme a emenda constitucional n. 47/05”. Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 343-344)

Tais ponderações mostram-se essenciais, a fim de que se entenda o fundamento da norma do artigo 6º da Emenda Constitucional nº 47/2005 (originariamente PEC Paralela) no sentido de que a referida Emenda Constitucional, embora tenha vigência a partir da data de sua publicação, produz efeitos retroativos à data de vigência da EC 41/03. A intenção foi a de preservar como termo “a quo” da produção de efeitos das normas da EC 47/05 o início da vigência da EC 41/03 uma vez que seria esta a data em que teriam entrado em vigor se não tivessem sido destacadas PEC 67/03, a qual culminou na Emenda Constitucional 41, em vigor e eficaz a partir de dezembro de 2003. Em outras palavras, a intenção do constituinte reformador foi a de manter o início da eficácia das normas da EC 47 a data em que as mesmas teriam sido inseridas no ordenamento se não necessária negociação política sobre a matéria. Como assevera Gleison Pereira de Souza:

“A vigência da PEC paralela deixaria de ser quando de sua publicação e passaria a ser retroativa à data em que entrou em vigor a Emenda Constitucional n. 41/03.

Esse dispositivo foi elaborado com base na justificativa que, como a PEC paralela era o resultado de uma negociação entre o

Governo e os senadores, os quais teriam o necessário apoio para modificar os dispositivos da Emenda n. 41/03 que discordassem, não seria correto que se criasse um lapso de tempo entre os efeitos dessa emenda e o da referida PEC, quando essa viesse a ser aprovada. Assim, mesmo que essa provação tardasse a ocorrer, os efeitos seriam retroativos a dezembro de 2003.” (SOUZA, Gleison Pereira de. “O regime de providência dos servidores públicos: comentários às emendas constitucionais n. 20/98 e n. 41/03. Atualizado conforme a emenda constitucional n. 47/05”, op. cit., p. 352)

Para que se compreenda a diversidade entre o momento do início da vigência da EC 47 e o instante em que se lhe reconheceu lícito produzir efeitos, é imprescindível que se distinga a vigência da eficácia legislativa. Vigência expressa o período de permanência da norma no ordenamento. A entrada em vigor de uma norma consiste no momento da sua inserção na ordem jurídica. Eficácia é a sua aptidão para produção de efeitos na realidade em que incide. Em regra, vigência e eficácia ocorrem no momento da publicação da norma. Assim sendo, a norma entra em vigor e se torna eficaz no mesmo instante. Vale dizer, o início da vigência coincide com o início da eficácia, ambos após a publicação da norma.

Contudo, não se pode ignorar a possibilidade de uma norma estar em vigor e não ser eficaz, hipótese em que não produzirá qualquer efeito enquanto não ocorrer dada condição, implementar-se dado termo inicial ou for cumprida dada exigência. Trata-se do fenômeno chamado de ultratividade em que os efeitos da norma têm o seu início postergado no tempo. Lado outro, pode ocorrer, excepcionalmente, que se atribua a uma dada norma eficácia anterior ao início da sua vigência. Tem-se, aqui, o fenômeno da retroatividade, ou seja, a eficácia da norma ocorre em data anterior a sua entrada em vigor. Neste caso, há produção de efeitos em momento anterior a sua existência jurídica, havendo deslocamento de suas conseqüências para época em que não vigorava, para o passado (retroatividade).

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior, do ângulo dogmático,

“1. *validade* é uma qualidade da norma que designa sua pertinência ao ordenamento, por terem sido obedecidas as

condições formais e materiais de sua produção e conseqüente integração no sistema;

2. *vigência* é uma qualidade da norma que diz respeito ao tempo de validade, ao período que vai do momento em que ela entra em vigor (passa a ter força vinculante) até o momento em que é revogada, ou em que se esgota o prazo prescrito para sua duração;

3. *eficácia* é uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica) (...)

Em princípio, a norma válida vige a partir de sua publicação. Isto é, integrada no sistema, seu tempo de validade começa a correr. Simultaneamente, ela está apta a produzir efeitos. Ela é tecnicamente eficaz. Norma válida, vigente e eficaz, ela incide, isto é, configura situações. Validade, vigência e eficácia são, pois, condições da incidência. (...)

Em princípio, as normas têm vigência e eficácia futura a partir de certo momento. A eficácia da norma, porém, pode ser retroativa. Embora destinada à vigência para o futuro, nada impede que, em tese, a norma possa produzir efeitos no passado. Ou seja, a vigência é sempre *desde já* para o futuro; a eficácia é *desde já* para o futuro ou para o passado.” (Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 4ª ed.. São Paulo: Atlas, 2003, p. 203 e 250)

A Emenda Constitucional nº 47 estabeleceu, de modo expresso, que a sua vigência iniciaria na data da publicação do seu texto. No entanto, a sua eficácia – produção de efeitos no mundo empírico – retroagiria ao início da vigência da Emenda Constitucional nº 41/03. Conclui-se, assim, que, embora publicada em julho de 2005, a EC 47 produzirá efeitos na realidade administrativa desde 31.12.2003, data da publicação da Emenda Constitucional nº 41/03.

No mesmo sentido, confira-se a seguinte ponderação doutrinária:

#### “Vigência da Emenda

A Emenda Constitucional n. 47/05 gera efeitos retroativos à data de publicação da Emenda n. 41/03, qual seja, 31 de dezembro de 2003.

Em termos práticos, procedimentos que tenham sido executados entre aquela data e 06 de julho de 2005, quando foi publicada a Emenda n. 47/05, ficam passíveis de serem revistos e alterados, desde que estejam sujeitos às novas regras.” (SOUZA, Gleison Pereira de. “O regime de providência dos servidores públicos: comentários às emendas constitucionais n. 20/98 e n. 41/03. Atualizado conforme a emenda constitucional n. 47/05”, op. cit., p. 361)

Com efeito, não há dúvida de que alguns atos administrativos praticados merecerão revisão, tendo em vista as novas determinações da Emenda Constitucional nº 47, incidentes retroativamente por força do artigo 6º transcrito “supra”. Com efeito, se em razão da retroatividade das normas da EC 47/05, atos administrativos perderam seu fundamento constitucional de validade, é mister que se promova o seu reexame com as conseqüências jurídicas cabíveis na espécie.

Em primeiro plano, não há que se falar, neste caso, em proteção de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito com fulcro no artigo 5º, XXXVI da Constituição da República. Afinal, o § 21 do art. 40 da Constituição não consubstancia lei infraconstitucional, mas norma inserida no próprio texto da Constituição da República com eficácia retroativa, por força de determinação expressa em Emenda (poder constituinte derivado, constituído, de segundo grau ou diferido), a saber, artigo 6º da EC 47/05. Outrossim, impende registrar a ausência de qualquer norma de transição anterior à Emenda nº 47 que tivesse disposto sobre a matéria inserida no artigo 40, § 21 do texto constitucional de modo a beneficiar os portadores de doenças incapacitantes.

Certo é que não é lícito invocar direito adquirido ou ato jurídico perfeito contrariamente a comando ditado pela Constituição. Afinal, constitui princípio basilar que não há direito adquirido ou ato jurídico perfeito contra os termos da Lei Magna. Calham as palavras de Carlos Maximiliano sobre a matéria:

“Se não decorrem direitos adquiridos senão de ato praticado de perfeito acordo com a lei ordinária mais forte razão milita para não os admitir como consequência de fatos realizados contra disposições da Constituição Federal, que é a lei das leis, o código supremo do país” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 9ª edição, p. 50).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 161.263-CE, decidiu:

“Não há direito adquirido ao regime jurídico observado para o cálculo do montante dos proventos, quando da aposentadoria, se, de forma diversa, preceito constitucional superveniente vem dar nova disciplina à matéria.” (RTJ, v. 154, p. 255).

Se Emenda Constitucional atribuiu eficácia retroativa à nova disciplina referente à imunidade relativa à contribuição previdenciária de portadores de doenças incapacitantes (artigo 40, § 21 da Constituição), não se entende cabível invocar a regra do artigo 5º, XXXVI da CR a fim de manter incólumes os atos praticados anteriormente ao início da sua vigência. E, na hipótese de os atos precedentes mostrarem-se contrários à nova regra constitucional, suprimido o fundamento constitucional de sua validade, é imprescindível o exercício imediato da autotutela administrativa, com as implicações jurídicas daí decorrentes.

Com efeito, se contrário ao texto da Constituição, o ato administrativo deverá ter decretada sua nulidade, reconhecendo-se efeitos “ex tunc” ao ato de invalidação. Nesse sentido, é pacífica a orientação doutrinária e jurisprudencial:

“Reconhecida a nulidade do ato, seus efeitos se operam **ex tunc**, ou seja, a partir da sua celebração; por tal razão tais atos não criam quaisquer obrigações entre as partes e, principalmente, não têm sua eficácia restabelecida, não se convalidam pela evidente razão de que não se podem adquirir direitos contra a lei.” (MS nº 99.001956-0, rel. Des. Genésio Nolli, Órgão Especial do Pleno do TJSC, julgado em 21.06.2000, BDA, novembro de 2001, p. 921)



“Como regra geral, os *efeitos da anulação* dos atos administrativos retroagem às suas origens, invalidando as conseqüências passadas, presentes e futuras do ato anulado. E assim é porque o ato nulo (ou o inexistente) não gera direitos ou obrigações para as partes; não cria situações jurídicas definitivas; não admite convalidação.” (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 30ª edição, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 204).

Aplicando-se tais conceitos à presente hipótese, certo é que, se o Estado de Minas Gerais verificar a cobrança indevida de contribuição previdenciária de servidores aposentados portadores de doenças incapacitantes, em razão da eficácia retroativa do artigo 40, § 21 da Constituição da República, devem os atos administrativos ser desconstituídos, bem como os seus efeitos jurídicos. Tal medida apenas se mostrará possível, em toda sua dimensão constitutiva, com a devolução dos valores descontados a maior, o que se mostra necessário consoante magistério de Odete Medauar:

“A *retroatividade da anulação*, atingindo ato administrativo precedente, pode ter função destrutiva ou construtiva. A retroação destrutiva suprime o ato administrativo, acarretando a perda de eventuais faculdades ou vantagens nele fundamentadas; exemplo: anulação de alvará de construção; anulação de ato de promoção. A eficácia construtiva acarreta não só a eliminação do ato defeituoso, mas também a edição de outros atos, a fim de colocar a situação no estado em que estaria no presente se a ilegalidade não tivesse existido no passado; exemplo: anulação de ato que indeferiu inscrição em concurso público; o desfazimento do ato significa, em geral, o direito à decisão em sentido contrário.” (Direito Administrativo Moderno, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 194)

No caso em tese, para que sejam desconstituídos os efeitos dos atos inconstitucionais após a vigência da Emenda Constitucional nº 47/05 é mister que se promova a devolução dos valores descontados a maior pelo Estado, “cum maxima venia” dos r. posicionamentos em sentido contrário. Não se invoque a denominada teoria do fato consumado ou mesmo o princípio da segurança jurídica,

porquanto a retroatividade dos efeitos da Emenda determinada expressa e excepcionalmente impõe sejam revistos os atos estatais anteriores.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a constitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria e pensões, decidiu pela inconstitucionalidade do tratamento discriminatório dos servidores e pensionistas estaduais, distritais e municipais em face dos servidores e pensionistas federais. Como o STF considerou inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constantes do art. 4º, parágrafo único, I e II da EC 41/03, caracterizada restou taxaço acima do permitido, v. g., por Estado Membro, hipótese em que se determinou a devolução dos valores cobrados indevidamente considerando-se a regra geral do artigo 40, § 18 da Constituição da República. Nesse sentido, se o Estado, com base na redação originária da Emenda Constitucional 41, taxou os proventos de um servidor aposentado superiores a R\$ 1.200,00, o teria feito indevidamente considerando-se o limite de R\$ 2.508,00 fixado em agosto de 2004 pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI nº 3.105, com incidência retroativa ao início da vigência da EC 41/03. Neste caso, necessária a devolução dos valores cobrados a título de contribuição previdenciária sem lastro constitucional.

Não se ignora a diversidade entre os efeitos da inconstitucionalidade reconhecida em sede de controle concentrado pelo STF (situação ocorrida na ADI 3.105) e a eficácia retroativa de norma inserida no texto constitucional por meio de emenda (situação da EC 47/05). Contudo, postula-se que, em ambas hipóteses, constatada a ausência de amparo constitucional em relação aos atos precedentes, é mister que se promova a sua invalidação, com a eficácia destrutiva e constitutiva inerente ao controle.

Destarte, entende-se, s.m.j., que o Estado deve recalcular todos os pagamentos efetuados para os servidores que se aposentaram por doença incapacitante, após a entrada em vigor da EC 41/03, devolvendo aos mesmos os valores descontados a maior no período anterior ao início da vigência da EC 47/05.

Sobre o alcance do § 21 do artigo 40 da Constituição, cumpre observar que a regra não tem por objetivo proteger todos os servidores aposentados, mas somente os aposentados e pensionistas portadores de doenças incapacitantes. Vale

dizer, a teleologia da norma constitucional é beneficiar o aposentado ou pensionista portador de doença incapacitante, limitando a incidência da contribuição previdenciária apenas sobre os proventos ou pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência (R\$ 5.336,30).

Referida norma, restritiva do exercício da competência tributária do Estado e benéfica aos pensionistas e aposentados não pode ser interpretada extensivamente. Prevalece, na espécie, a orientação do Excelso Supremo Tribunal Federal de que normas benéficas interpretam-se restritivamente. Em se considerando que apenas podem ser concedidos aos servidores públicos e aos pensionistas as vantagens que o ordenamento jurídico expressamente lhes outorgue, em virtude do princípio da legalidade que impede a Administração de agir na falta de expressa e específica autorização normativa (artigo 37 da CF), é inadmissível a outorga do benefício do artigo 40, § 21 da CR a um não portador de doença incapacitante, por se tratar de condição expressa no ordenamento constitucional.

Não pode o intérprete ignorar os termos da norma interpretada e em vigor no momento dos fatos, substituindo o legislador reformador para formular ele próprio as regras do direito. Sua tarefa é precisamente pesquisar o verdadeiro sentido da lei, esforçando-se por identificar o alcance efetivo da vontade do Estado, de modo a que a norma possa realizar as funções para as quais foi criada. Especificamente em relação à interpretação das normas de natureza administrativa, Adilson Abreu Dallari adverte que

"se o intérprete se descuidar e conferir ao servidor mais do que a Constituição lhe deu, acabará por desencadear um processo incontrolável de reivindicações (...). Em síntese, dar o máximo a quem a Lei conferiu o mínimo e ultrapassa as fronteiras da interpretação e constitui típica e indevida atividade legislativa" ("Regime Constitucional dos Servidores Públicos". 2ª ed. São Paulo: RT, p. 90, 1992).

No exercício do dever de pesquisar o sentido das regras aplicáveis à cobrança de contribuição previdenciária, resulta claro que um aposentado não portador de doença incapacitante não faz jus ao benefício do § 21 do artigo 40 da Constituição da República. Não se pode negar vigência à ordem jurídica, sob pena

de comprometimento dos princípios do artigo 37, “caput” da Constituição da República. Por conseguinte, em se considerando a estrita vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade, o que lhe impede de agir na falta de expressa e específica autorização do ordenamento, conclui-se que ao Estado não é lícito limitar a incidência de contribuição previdenciária às parcelas de proventos e pensão que excedam R\$ 5.336,30, ausente o requisito da doença incapacitante.

Destarte, a atividade administrativa encontra-se submetida e conformada à vontade da lei, sendo o respeito ao ordenamento uma necessidade impostergável do Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, não é lícito ao Poder Público ampliar os benefícios na taxaço mediante contribuição previdenciária se ausente, no caso concreto, a integralidade os requisitos legais expressos na ordem jurídica. Inexistente qualquer das condições exigidas pela lei, não há como compelir o Estado a agir, sob pena de ação “contra legem”.

Se é certo que somente os portadores de doença incapacitante foram beneficiados com a regra do artigo 40, § 21 da CR, igualmente correto é afirmar que todo e qualquer portador de doença incapacitante, na forma da lei, faz jus ao benefício. Incluem-se, nesse sentido, inclusive aqueles que se tornaram incapacitados após a sua aposentadoria.

Nos termos do Parecer SEPLAG/AJA nº 1624/05,

“Tem-se, então, que o benefício abrange todos aqueles que possuem doença incapacitante definida no referido dispositivo, bem como aqueles que demonstrarem o acometimento de outra patologia definida em lei.

Muito embora não esteja claro, pelo disposto no § 21 do art. 40, se a doença incapacitante gerou a aposentadoria ou se referida doença foi adquirida após a aposentação, vislumbra-se que, independentemente da data de acometimento da patologia, o aposentado ou pensionista portador de doença incapacitante fará jus ao benefício, porquanto não configurada a hipótese de incidência tributária.” (fl. 06 – AGEMG)

Entende-se irrepreensível a conclusão segundo a qual “aqueles que adquiriram doença incapacitante após a inativação, deve-se, igualmente, tomar como parâmetro o § 2º do art. 8º da Lei Complementar nº 64/02” (fl. 06 – AGEMG), com fundamento no art. 4º da LICC que prescreve aplicar-se o mesmo dispositivo onde existir a mesma razão:

“Ressalte-se, assim, que este Estado apresenta parâmetro seguro, vale dizer, o § 2º do art. 8º da Lei Complementar nº 64/02, para aferir os portadores de doença incapacitante, de modo a integrar a eficácia do disposto no § 21 do art. 40 da Constituição desde a data de sua vigência, nos termos do art. 6º da Emenda Constitucional nº 47/05.” (fl. 06 – AGEMG)

Contudo, como bem ressaltou o Parecer SEPLAG/AJA nº 1624/05, impõe-se a normatização da matéria pelo Estado, no exercício da discricionariedade regulatória que lhe é inerente “in casu”. Todas as vezes em que se identifica no ordenamento parâmetro legislativo seguro apto a informar a atuação estatal, reconhece-se à Administração competência para editar atos gerais com o objetivo de completar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. Além do poder regulamentar - atribuição privativa do Chefe do Executivo para expedir regulamentos - tem-se o exercício do poder normativo por outras autoridades administrativas que o expressarão por meio de resoluções, portarias, deliberações, instruções, dentre outros.

O poder regulamentar do Chefe do Executivo é adequado quando se mostra cabível o exercício da discricionariedade política, sendo lícito, no seu exercício, assentar aspectos a serem observados na materialização de direito reconhecido pela Constituição a terceiros. Sempre que na lei não estiverem predeterminados, de modo exaustivo, todos os pressupostos de um único comportamento admitido para a Administração, mormente de natureza procedimental, é cabível o exercício do poder normativo, mormente se se considerar sua potencial função interpretativa.

Em relação ao poder normativo das demais autoridades administrativas, denominado doutrinariamente poder regulatório, observa-se que tal fenômeno resulta do movimento que a doutrina denominou “deslegalização”. Neste, a competência para regular certas matérias se transfere da lei para outras

fontes normativas. Não sendo a delegação integral, por reservar o legislador para si a competência relativa ao regramento básico, calcado nos critérios políticos e administrativos, nenhuma ilicitude se vislumbra na transferência somente da competência para a regulamentação técnica mediante parâmetros previamente enunciados na lei. É o que no Direito americano se denomina delegação com parâmetros.

No caso dos autos, estabelecido o direito em comento no § 21 do artigo 40 e observado, no âmbito estadual, o art. 8º, § 2º da Lei Complementar nº 64/02 como parâmetro legislativo basilar, tem-se lícito o exercício do poder normativo, respeitadas as características e limites que lhe são inerentes.

Nem se alegue que, ao regulamentar os procedimentos a serem observados para identificar os portadores de doença incapacitante, estar-se-ia usurpando da lei a função de inovar no mundo jurídico, ao falacioso argumento de que, salvo a hipótese do artigo 84, VI da CR/88, somente a lei pode instituir direitos e obrigações. Em primeiro plano, não se pode ignorar a generalidade que é característica da lei, sendo absurda a pretensão da exaustiva regulamentação legislativa diante de uma complexa realidade social. Com efeito, a celeridade das transformações sociais e da Administração Pública impede a sincronicidade com a produção, no Parlamento, das regras necessárias à regulação das mutáveis realidades. Nesse contexto, o poder normativo da Administração, principalmente em questões procedimentais, surge como uma via de legitimação da regulamentação capaz de atender à multiplicidade inerente à sociedade contemporânea.

Uma forma de o operador do Direito Administrativo aproximá-lo dos inúmeros e novos contextos empíricos e viabilizar a instrumentalidade procedimental eficaz consiste exatamente em valer-se da discricionariedade política presente no poder regulamentar, bem como da discricionariedade técnica inerente ao poder regulatório, cujas raízes como valores ético-políticos aproximam, em cada incidência, o seu conteúdo da sociedade e da estrutura estatal a que pertinem, viabilizando a transformação necessária à concretização do Estado Democrático de Direito.

Não há como ignorar a necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, quando se trata de explicitar materialmente a

operacionalização da aferição de pressupostos para deferimento de um direito como aquele consagrado no artigo 40, § 21 da Constituição da República.

Destarte, entende-se que o reformador constituinte e o legislador ordinário estadual deixaram a operacionalização do procedimento necessário ao reconhecimento do benefício inserido pela EC 47 em favor dos portadores de doenças incapacitantes sob responsabilidade normativa dos agentes administrativos, tratando-se de matéria que implica exercício de discricionariedade política e principalmente técnica.

Alexandre Santos Aragão invoca decisão do STJ no MS 4.578-DF, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros reconhecendo que “controlar a execução de determinada norma é fazer com ela se desenvolva em busca dos fins sociais para a qual a regra foi concebida” (Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2.003, p. 417). Conclui, com base em tais prescrições, que a deslegalização estaria implícita no amplo poder normativo (estabelecido em *standards* gerais) conferido pelas leis para exercício de competências administrativas regulatórias de determinado setor da economia, principalmente em seus aspectos técnicos, observada a política fixada pela Lei e pela Administração Central.

No caso em comento, é mister que os agentes públicos competentes regulamentem os aspectos procedimentais necessários à comprovação, pelo servidor aposentado ou pensionista, do fato de ser portador de doença incapacitante após sua inativação, respeitados os parâmetros constitucionais e legislativos incidentes na espécie. A operacionalização técnica do procedimento deve ser consagrada em norma administrativa regulamentadora e regulatória, respeitado o princípio constitucional da separação dos poderes consagrado no artigo 2º da Constituição da República.

Na mesma linha de raciocínio, vislumbra-se irrepreensível a seguinte assertiva do SEPLAG/AJA nº 1624/05:

“Necessário, outrossim, que o Estado regulamente o procedimento médico de verificação do acometimento de doença incapacitante após a inativação, não sendo suficiente a

mera auto-declaração do aposentado ou pensionista de que se encontra incapacitado.” (fl. 06-AGEMG)

O próprio princípio da segurança jurídica, que vem servindo de fundamento ao princípio da realidade, impede que na aplicação do ordenamento jurídico se ignore o mundo dos fatos a que se refere a norma. Deve a Administração investigar a realidade, atentando para a veracidade das circunstâncias empíricas com base em que se postula dado benefício ou se cumpre determinada obrigação.

Cabe ao Direito sintonizar-se com o caso concreto, uma vez que as normas jurídicas foram criadas exatamente para reger os fatos, deles não podendo se afastar. Daí ser indispensável que prevaleça o que sucedeu no terreno dos fatos, excluída a possibilidade de incidência de norma desvinculada da realidade em questão. À obviedade, a sujeição da Administração aos fatos reais evita a insegurança social, pois assegura-se que a incidência da norma administrativa não ignorará a realidade em que se inserem.

Nestes termos, é essencial reconhecer a insuficiência de uma simples declaração do inativo ou pensionista interessado no deferimento do benefício previsto no art. 40, § 21 da Constituição da República, sendo necessária a aferição segura pelo Estado de Minas Gerais do atendimento dos pressupostos constitucionais e infra-constitucionais.

### **Conclusão**

Com base em tais ponderações, entendo que, s.m.j., o Estado deve recalcular os pagamentos efetuados em favor dos servidores que se aposentaram por doença incapacitante, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 41/03, devolvendo aos mesmos os valores descontados a maior no período anterior ao início da vigência da Emenda Constitucional 47, em razão da retroatividade disposta no artigo 6º da referida EC 47/05.

Considerando os estritos termos do artigo 40, § 21 da Constituição da República opino por afastar da incidência da norma todos os servidores aposentados, porquanto o texto constitucional restringiu o benefício apenas aos



aposentados e pensionistas portadores de doenças incapacitantes. Em relação aos últimos, todos os que comprovem que são portadores de doenças incapacitantes fazem jus ao benefício, independente do tipo de aposentadoria, inclusive os que adquiriram as patologias após a inativação. Para o reconhecimento do citado pressuposto, é mister que o Estado promova a imediata normatização do procedimento necessário à aferição do fato de o pensionista ou servidor aposentado padecer de doença especificada no art. 8º da Lei Complementar Estadual nº 64/02.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 06 de janeiro de 2005.

**Raquel Melo Urbano de Carvalho**

Procuradora do Estado

MASP 598.213-7

OAB/MG 63.612