BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515

CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

SETEMBRO/OUTUBRO 2011

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

www.pge.sp.gov.br - BOLETIM CEPGE, v. 35 - n. 5 - setembro/outubro 2011

Sumário

Editorial

Editorial 3

Cursos e Eventos

Eventos em Parceria com Outras Instituições 5

Peça e Julgado

Agravo Instrumento. Tutela antecipatória. Internação de drogadito em hospital diverso do oferecido pela rede pública 7

Doutrina

Aspectos Constitucionais das Contribuições para a Seguridade Social 37

Parecer

Servidor Público. Policial Civil. Decisão Judicial em sede cautelar para afastamento do cargo por improbidade administrativa. Medidas administrativas relativas a cômputo de tempo para aposentadoria 65

Ementário

Consultoria 75

Contencioso Geral 77

Contencioso Tributário-fiscal 80

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador-Geral do Estado
Elival da Silva Ramos

Procurador-Geral do Estado Adjunto
José Renato Ferreira Pires

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete
Silvia Helena Furtado Martins

Subprocurador-Geral da Consultoria
Adalberto Robert Alves

Subprocurador-Geral do Estado da Área do Contencioso Geral
Fernando Franco

Subprocurador-Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal
Eduardo José Fagundes

Corregedor-Geral
José Luiz Borges de Queiroz

Ouvidoria
Maria Rita Vaz de Arruda Corsini

Assessoria

Adriano Vidigal Martins, Alexandre Aboud, Ana Maria Oliveira Toledo Rinaldi, Bruno Maciel dos Santos, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Daniel Smolentzov, Elizabete Matsushita, Eric Ronald Januario, Fabio Trabold Gastaldo, Flávia Della Coletta Depiné, Geraldo Alves de Carvalho, Guilherme Dario Russo Kohnen, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Lucilia Aparecida dos Santos, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Márcia Aparecida de Andrade Freixo, Marcio Yukio Santana Kaziura, Maria Rita Vaz de Arruda Corsini, Renato Kenji Higa, Renato Peixoto Piedade Bicudo, Rosana Martins Kirschke, Sibele Ferrigno Poli Ide Alves, Telma de Freitas Fontes, Valéria Luchiari Magalhães, Vera Lucia Gonçalves Barbosa, Virgílio Bernardes Carbonieri, Yara Chucralla M. Blasi.

Conselho da PGE

Elival da Silva Ramos (Presidente), José Luiz Borges de Queiroz, Adalberto Robert Alves, Fernando Franco, Eduardo José Fagundes, Celso Alves de Resende Junior, Marcus Vinicius Armani Alves, José Ângelo Remédio Junior, Vanderlei Ferreira de Lima, Mirian Gonçalves Dilguerian, Marcelo Grandi Giroldo, Maria de Lourdes D'Arce Pinheiro, Vera Wolff Bava Moreira e Luciano Corrêa de Toledo.

Centro de Estudos

Procuradora do Estado Chefe
Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria
Ana Sofia Schimidt de Oliveira, Camila Rocha Schwenck e Luiz Henrique Tamaki

Escola Superior da PGE

Diretora
Patricia Ulson Pizarro Werner

Vice-diretora
Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Editorial
Adriana Ruiz Vicentin, Alessandra Obara Soares da Silva, Camila Rocha Schwenck, Carla Pedroza Andrade, Cláudia Garcia Grion, Fernando César Gonçalves Pedrinho, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner, Luiz Henrique Tamaki

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rua Maria Paula, 67 – 10º andar – CEP 01319-906 – São Paulo – SP – Brasil. Telefone: (11) 3130-9500.
Home Page: www.pge.sp.gov.br
E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo
Rua da Mooca, 1.921 – Mooca
03103-902 – São Paulo – SP – Brasil
sac 0800 01234 01
sac@imprensaoficial.com.br
livros@imprensaoficial.com.br
www.imprensaoficial.com.br

Tiragem: 900 exemplares

As colaborações poderão der encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

A área que caminha a passos firmes

É com imensa satisfação que recebi o convite do Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado para elaborar o editorial da edição setembro/outubro de nosso Boletim.

A Subprocuradoria-Geral do Contencioso Tributário-Fiscal é uma área com dois anos e dez meses de idade, já consolidada, caminhando a passos firmes com planejamento e criatividade, vencendo desafios, tal qual um menino que se arrisca a brincar na gangorra, como desenhado nas telas de Cândido Portinari.

No início de 2011 foi dada à área a missão institucional de implementar o saneamento da base referente aos autos de infração e a segmentação do estoque da dívida ativa.

Em agosto, após intensa atividade e colaboração das Unidades, foi concluída a fase I do saneamento dos autos de infração (AIIMs), possibilitando a equalização do valor contábil do estoque. Na sequência, iniciou-se a fase II do saneamento dos autos de infração (AIIMs), que compõe o estoque da dívida ativa, mediante parceria com a Secretaria da Fazenda, com a verificação, caso a caso, de 17 mil AIIMs, realizando a análise do demonstrativo de débito fiscal com os itens e valores cadastrados no Sistema da Dívida Ativa, e as adequações necessárias.

Paralelamente ao saneamento, está sendo realizada a segmentação do estoque da dívida ativa, mediante a classificação do crédito fiscal, decorrente do cruzamento de sua situação fiscal com o faturamento, o que possibilitará identificar aqueles com a maior possibilidade de recuperação e estabelecer metas de arrecadação.

Nesse ano também foram planejadas e implementadas medidas com a colaboração da SEFAZ (regimes especiais de ICMS, cassação de inscrição estadual de revendedores de combustíveis, penhora on-line, cautelares fiscais, penhora de recebíveis de cartões de crédito), o que contribuiu para o incremento da arrecadação.

Operações conjuntas com o MP/GAECO-PGE-SEFAZ propiciaram o combate à sonegação fiscal, com efeito imagem-educativa, em que inúmeros contribuintes equacionaram suas dívidas por meio do parcelamento de seus débitos.

Neste ano, até 31.10.2011, foram inscritos 4.921.397 débitos no Sistema da Dívida Ativa, com a sensibilização automatizada do CADIN Estadual, totalizando R$ 27.047.303.011,01.

Como forma de gerenciamento do ajuizamento, as certidões de dívida ativa do mesmo devedor de ICMS declarado ou de IPVA (por veículo) foram agrupadas numa única execução (proporção média de 3:1). Foram ajuizados neste ano, até 31.10.2011, 520.512 débitos, agrupados em 159.210 execuções, totalizando R$ 22.528.226.232,28.

Com autorização na Lei n. 14.272/2010 e Resolução PGE n. 45/2011, milhares de débitos de pequeno valor de IPVA deixaram de ser ajuizados (até 300 UFESPs por espécie de débito e 600 UFESPs por contribuinte), mantendo-se a pendência no CADIN Estadual e em cobrança exclusivamente administrativa. Módulo de protesto eletrônico de certidão da dívida ativa foi especificado e está em fase de testes.

Da mesma forma, com respaldo nesses dispositivos, está sendo implementada a desistência de execuções fiscais de pequeno valor em tramitação perante o Poder Judiciário, envolvendo cerca de 150 mil débitos.

Essas medidas, somadas às novas inscrições e aos ajuizamentos realizados, com ações coordenadas para recuperação de ativos, contribuíram para uma melhor gestão dos créditos em cobrança, com o consequente incremento da arrecadação da dívida ativa, estimada em 20% em relação ao exercício anterior.

Ah, sabe por que Candido Portinari pintava tantos meninos e meninas em gangorra e balanço?

"Para botá-los no ar, feito anjos..."

Que nossa área sempre esteja no alto da gangorra, na proximidade dos anjos, sob a benção de Deus.

Muito sucesso a todos os Procuradores do Estado que, pelo esforço e dedicação diários, colaboram para o crescimento de nossa área e para a grandeza de nossa Instituição.

EDUARDO JOSÉ FAGUNDES
Subprocurador-Geral do Estado
Área do Contencioso Tributário-Fiscal

Eventos em parceria com outras instituições

18.08 a 27.10 – A Fazenda Pública em Juízo, em parceria com a EPM – Escola Paulista da Magistratura.

01.09 a 02.09 – Simpósios: Planejamento Prévio das Licitações Públicas e Gestão dos Contratos Administrativos, em parceria com a Editora NDJ Ltda.

13.09 – I Fórum Assistência Farmacêutica Segura e Sustentável, em parceria com o Núcleo de Assistência Farmacêutica da Secretaria de Estado da Saúde.

27.09 a 30.09 – XXXVII Congresso Nacional de Procuradores do Estado, em parceria com a APEMINAS – Associação dos Procuradores do Estado de Minas Gerais.

18.10 a 21.10 – XXV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, em parceria com o IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

24.10 a 28.10 – XVI Congresso Brasileiro de Engenharia de Avaliações e Perícias, em parceria com o IBAPE/AM – Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia – Seção do Amazonas.

28.10 - Seminário: Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos, em parceria com a SBDP – Sociedade Brasileira de Direito Público.

EXMO(A). SR(A). DR(A). DESEMBARGADOR(A) DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº. 566.01.2010.011209-2, C. 1.177/2010

Requerente: **LÚCIA DO NASCIMENTO ROCHA**
Requeridos: **MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS E OUTROS**

A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por sua Procuradora, não se conformando, "data maxima venia", com a r. decisão que concedeu a antecipação de tutela pretendida, nos autos em epígrafe, vem apresentar, observado o prazo legal, o presente AGRAVO DE INSTRUMENTO, requerendo seu recebimento, juntamente com as inclusas razões, para que ao final a ele seja dado provimento.

Requer a agravante seja determinada a SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO AGRAVADA até julgamento do presente recurso, nos termos do artigo 558 do CPC, ante o risco de lesão grave e de difícil reparação.

Advogado da agravada: Doutor Rodrigo Emiliano Ferreira, OAB/SP 265.826, Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Regional de São Carlos, Rua Bento Carlos, nº 1028, Centreville, CEP 13.560-660, São Carlos/SP

Advogada da agravante: Procuradora do Estado Doutora Raquel Cristina Marques Tobias, OAB/SP 185.529, com endereço na Rua São Joaquim, 1233, Centro, São Carlos – SP, CEP 13.560-300.

Requer que se determine a intimação em 2ª instância também à Procuradora do Estado Dra. Rosana Martins Kirschke, OAB/SP 120.139.

Acompanham o presente, cópia integral dos autos, cuja autenticidade se reconhece, mais os seguintes documentos, cuja autenticidade também se reconhece e que acompanharão a contestação a ser protocolada: Relatório de Saúde Mental da OMS; Diretrizes para uma política de atenção integral aos usuários de álcool e outras drogas, extraída da política do Ministério da Saúde para a atenção integral a usuários de álcool e outras drogas, de 2003; informações prestadas pela DRS de Araraquara; Lei 10.216/01; informações sobre o PNASH; Portaria 251/GM, de 31 de janeiro de 2002; informações sobre o Cairbar Schutel; Portaria 480, de 20 de setembro de 2010; ficha de estabelecimento da Via Saúde, extraída do "site" cnes. Datasus.Gov. Br; Resolução RDC 101, de 30 de

maio de 2001, Portaria 336/GM, de 19 de fevereiro de 2002; Informações sobre o CAPS II e CAPS-AD de São Carlos; texto do professor Virgílio Afonso da Silva citado nas razões de agravo.

São os termos em que pede e espera deferimento.
Sao Carlos, 05 de outubro de 2010.

RAQUEL CRISTINA MARQUES TOBIAS
Procuradora do Estado
OAB Nº 185.529

MINUTA DE AGRAVO DE INSTRUMENTO
AÇÃO ORDINÁRIA – PROCESSO Nº 1177/2010
VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO CARLOS

Egrégio Tribunal
Colenda Câmara
Ínclitos Julgadores

Histórico do Processado

Cuida-se de ação intentada por Lúcia do Nascimento Rocha em face do filho, Luís Fernando da Rocha Junior, da FESP e da Municipalidade de São Carlos, objetivando sua internação em clínica especializada na desintoxicação de drogaditos por tempo indeterminado que não o Hospital Psiquiátrico Cairbar Schutel.

Afirma que a terapêutica disponibilizada pelo SUS para o tratamento do filho, que consiste, *in casu*, em internações no Hospital Cairbar Schutel durante os períodos de crise, seguido, com a sobrevinda de alta, de tratamento ambulatorial perante o CAPS II e CAPS - AD locais, seria inadequada.

Sustenta que o indicado seria o tratamento do requerido em clínicas especializadas, apontando como paradigmas a instituição privada Via Saúde e a Comunidade Terapêutica Saber Amar, ambas possuidoras de aparato suficiente a impedir a fuga de Luís, segundo afirma.

Foi concedida antecipação de tutela para autorizar a internação compulsória de Luís em estabelecimento especializado no tratamento do vício, que não o Hospital Cairbar Schutel, por tempo indeterminado, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00.

Desta decisão a FESP interpõe agravo de instrumento, pelas razões abaixo expostas.

Das Razões de Agravo

Da Ausência de Verossimilhança das Alegações

Indubitavelmente, falta verossimilhança às alegações da agravada.

Isto porque, conforme se argumentará, resta evidenciado, da análise dos autos, que o requerido adere ao tratamento disponibilizado pela Rede Pública para sua patologia, confirmando que a terapêutica disponibilizada pelo SUS para o tratamento dos drogaditos é plenamente satisfatória.

Com efeito, a política Nacional de Saúde Mental funda o tratamento do dependente químico num tripé formado pelo atendimento ambulatorial, participação da família e participação da sociedade no processo de cura, a par da imprescindível vontade do drogadito de deixar o vício.

Esta tríplice estruturação, fruto de um longo processo de desinstitucionalização do doente mental, vivenciado em nível nacional e internacional, se pauta no consenso mundial acerca da matéria, expresso pela Organização Mundial da Saúde no Relatório de Saúde Mental de 2001.

Assim, as internações dos dependentes químicos somente deverão ocorrer se estritamente necessárias à sua desintoxicação, pelo menor tempo possível (em regra trinta dias), e da maneira menos restritiva aos direitos do paciente.

Neste talante, se demonstrará que a pretensão da agravada, de substituir o tratamento ambulatorial do requerido pelo tratamento nosocomial (internação em instituição que conte com forte aparato de segurança), não só fere a legislação que disciplina o cuidado com o doente mental (notadamente a Lei 10.216/01), como está na contramão do que se entende como melhor para o dependente químico.

Outrossim, que o Hospital Cairbar Schutel, centro de referência no tratamento de doentes mentais local, está habilitado a cuidar de drogaditos, contando com estrutura física e humana para tanto, e programa específico de desintoxicação.

Por fim, se argumentará que esta instituição, por estar conveniada ao SUS, sofre rígido controle dos órgãos públicos de saúde, os quais, periodicamente, verificam a qualidade das terapêuticas lá disponibilizadas, ao contrário das entidades indicadas pela recorrida como referência para o tratamento do requerido (Via Saúde e Saber Amar Comunidade Terapêutica).

A – Da Política Pública de Saúde Mental no Brasil e no Mundo: Evolução Histórica

Conforme já dito, pretendeu a agravada, e obteve, a internação por prazo indeterminado do filho, sob o fundamento de que o tratamento oferecido pela rede pública de saúde para a mazela de Luís é inadequado.

Este tratamento, calcado no atendimento ambulatorial, reinserção do doente na comunidade, participação da família e da sociedade, é fruto da extensa reforma psiquiátrica pela qual passaram as políticas públicas de atendimento ao doente mental, a partir de 2001, no Brasil.

Cuida-se de fenômeno, em verdade, não adstrito ao nosso país. Ele chega ao Brasil após ampla discussão das diretrizes de diagnóstico, prevenção e tratamento dos doentes mentais (dentre os quais se incluem os drogaditos) em diversas esferas mundiais, notadamente a realizada pela Organização Mundial de Saúde, no ano de 2001, culminando com a edição de um Relatório Mundial da Saúde.

Pede-se vênia para acostar aos autos o Panorama Geral deste Relatório, na parte atinente à saúde mental. Na mensagem da Senhora Diretora-geral da OMS, Doutora Gro Harlem Brundtland, destaca-se o seguinte excerto:

> *"O Dia Mundial da Saúde 2001 teve por lema 'Cuidar, sim. Excluir, não'. A sua mensagem era a de que não se justifica excluir da nossa comunidade as pessoas que têm doenças mentais ou perturbações cerebrais – há lugar para todos (...).*
> *"O nosso apelo terá a adesão da Assembleia Geral das Nações Unidas, que celebra este ano o décimo aniversário dos direitos dos doentes mentais à proteção e assistência. Acredito que o Relatório sobre a Saúde no Mundo 2001 vem renovar a ênfase dada aos princípios proclamados, pela ONU, há uma década. O primeiro desses princípios é o de que não deverá existir discriminação por doenças mentais. Outro é o de que, na medida do possível, deve conceder-se a todo o doente o direito de ter os cuidados na sua própria comunidade.* ***E o terceiro é o de que todo o doente deverá ter o direito de ser tratado de forma menos restrita e intrusiva, num ambiente o menos limitativo possível*** *(destacado nosso)".*
> Apenas para que não pairem dúvidas sobre a inserção das drogadições no rol de doenças mentais e, como consequência, açambarcado pelas recomendações dadas pela OMS no Relatório Mundial de Saúde Mental (excerto também extraído da mensagem da Doutora Gro Harlem Brundtland):
> *"Esse relatório aborda as perturbações depressivas, a esquizofrenia, o atraso, as perturbações da infância e da adolescência,* ***a dependência das drogas e do álcool****, a doença de Alzheimer e a epilepsia. Todas essas perturbações são comuns, e todas causam grave incapacidade. A epilepsia, embora não seja uma doença mental, foi incluída porque enfrenta muitas vezes os mesmos estigmas, a mesma ignorância e o mesmo medo associado às doenças mentais (grifos nossos)".*

Confira-se, ainda, a página XXII deste Panorama Geral:

> *"Durante a segunda metade do século XX, ocorreu uma mudança no XX, ocorreu uma mudança no paradigma dos cuidados de saúde mental, devida, em grande parte, a três fatores independentes. Primeiro, registrou-se um progresso significativo na psicofarmacologia, com a descoberta de novas classes de medicamentos, especialmente agentes neurolépticos e antidepressivos, bem como o desenvolvimento de novas formas de intervenção psicossocial.*

Segundo, o movimento dos direitos humanos transformou-se num fenômeno verdadeiramente internacional, sob a égide da recém-criada Organização das Nações Unidas, e a democracia fez avanços em todo o mundo. Em terceiro lugar, foi firmemente incorporado um elemento mental no conceito de saúde definido pela recém-criada OMS. Juntas, essas ocorrências estimularam o abandono dos cuidados em grandes instituições carcerárias a favor de um tratamento, mais aberto e flexível, na comunidade.

O malogro dos manicômios é evidenciado por repetidos casos de maus-tratos aos doentes, isolamento geográfico e profissional tanto das instituições quanto do seu pessoal, insuficiência dos procedimentos para notificação e prestação de contas, má administração e gestão ineficiente, má aplicação dos recursos financeiros, falta de formação do pessoal e procedimentos inadequados de inspeção e controle da qualidade.

Por outro lado, na perspectiva comunitária, o que procura é proporcionar bons cuidados e a emancipação das pessoas com perturbação mental e de comportamento. Na prática, a perspectiva comunitária implica o desenvolvimento de uma ampla gama de serviços, em contextos locais. Esse processo, que ainda não começou em muitas regiões e países, tem em vista assegurar que sejam proporcionadas integralmente algumas funções do asilo e que não sejam perpetuados os aspectos negativos das instituições".

Percebe-se, portanto, uma mudança no paradigma de tratamento do doente mental (dentre o qual se inclui o dependente de drogas), deixando de coisificá-lo e de vê-lo como ser indesejado, passando a compreendê-lo como parte integrante de uma comunidade, devendo, como tal, por ela ser amparado.

Daí a ênfase no tratamento aberto do dependente químico, contando com a participação da sociedade e familiares, priorizando sua manutenção e reinserção no meio, ao invés de segregá-lo via internação, o que também foi possível face ao extraordinário desenvolvimento dos fármacos voltados ao tratamento das drogadições.

Na verdade, Excelências, a desinstitucionalização do dependente químico perpassa pela mudança do olhar que se lança ao mesmo. Antes, ele era visto como o pária, e a medida de internação a solução recomendada, muito mais para resolver os problemas da família (que não querem o doente por perto) do que do próprio paciente.

Hoje, ele é visto como titular de direitos, que deles não se despe em razão de sofrer de moléstia mental. Seu lugar no tecido social existe e deve ser mantido, e o tratamento é norteado, agora, segundo o que for melhor para ele, não pelo que é mais cômodo para a família.

Assim, se o mais adequado ao doente, de acordo com os médicos psiquiatras, é o tratamento aberto, mediante o uso de fármacos (cada vez mais evoluídos) e contando com equipe multidisciplinar no cuidar (psicólogos, médicos, assistentes sociais), instando-se, ainda, a comunidade e a família a participarem deste processo de recuperação do doente, é isto que lhe será oferecido.

O Ministério da Saúde editou diretrizes para uma política de atenção integral aos usuários de álcool e outras drogas, inspirada na III Conferência de Saúde

Mental realizada em 2001, a qual, por sua vez, cuidou de efetivar o quanto decidido no supracitado Relatório Mundial de Saúde elaborado pela OMS.

Neste talante, foi editada a Lei 10.216/01, que encampou a desinstitucionalização do doente mental (grupo no qual se insere o drogadito), promovendo a redução dos leitos hospitalares e buscando a reinserção do dependente químico na sociedade, com ênfase ao tratamento multidisciplinar e ambulatorial. Daí a criação dos CAPS.

Confira-se a redação das "Diretrizes para uma Política de Atenção Integral aos Usuários de Álcool e Outras Drogas" formulada pelo Ministério da Saúde:

> "***Assim sendo, a Lei Federal 10.216/2001 também vem a ser o instrumento legal/normativo máximo para a política de atenção aos usuários de álcool e outras drogas, a qual também se encontra em sintonia para com as propostas e pressupostos da Organização Mundial de Saúde. A Lei em questão tem diversos desdobramentos positivos possíveis, se aplicada com eficácia*** **(Delgado, 2002)** (destacado nosso)".
> *Viabilizando as deliberações da III Conferência Nacional de Saúde Mental, no sentido de normalizar a atenção a usuários de álcool e drogas, o Ministério da Saúde publicou portarias voltadas para a estruturação de rede de atenção específica a estas pessoas. A Portaria GM/336 de 19 de fevereiro de 2002 (MS, 2002) define normas e diretrizes para a organização de serviços que prestam assistência em saúde mental, tipo "Centros de Atenção Psicossocial – CAPS" – incluídos aqui os CAPS voltados para o atendimento aos usuários de álcool e drogas, os CAPSad. Já a Portaria SAS/189 de 20 de março de 2002 (MS, 2002) regulamenta a Portaria GM/336, criando no âmbito do SUS os "serviços de atenção psicossocial para o desenvolvimento de atividades em saúde mental para pacientes com transtornos decorrentes de uso prejudicial e/ou dependência de álcool e outras drogas.*
> *A necessidade de estratégias específicas de enfrentamento que visam ao fortalecimento da rede de assistência aos usuários de álcool e outras drogas, com ênfase na reabilitação e reinserção social dos mesmos levou o Ministério da Saúde a instituir, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o Programa Nacional de Atenção Comunitária Integrada aos Usuários de Álcool e outras Drogas, via Portaria GM/816 de 30 de abril de 2002 (MS, 2002); mediante a consideração da multiplicidade de níveis de organização das redes assistenciais localizadas nos Estados e Distrito Federal, da diversidade das características populacionais existentes no País, e da variação da incidência de transtornos causados pelo uso abusivo e/ou dependência de álcool e outras drogas, o Ministério da Saúde propõe a criação de 250 Centros de Atenção Psicossocial – CAPSad, dispositivo assistencial de comprovada resolubilidade, podendo abrigar em seus projetos terapêuticos práticas de cuidados que contemplem a flexibilidade e abrangência possíveis e necessárias a esta atenção específica, dentro de uma perspectiva estratégica de redução de danos sociais e à saúde.*
> *O programa considera ainda a necessidade de estruturação e fortalecimento de uma rede de assistência centrada na atenção comunitária associada à rede de serviços de saúde e sociais, que tenha ênfase na reabilitação e reinserção social dos seus usuários; considera ainda que a atenção psicossocial a pacientes com dependência e/ou uso prejudicial de álcool*

e outras drogas deve se basear em uma rede de dispositivos comunitários, integrados ao meio cultural, e articulados à rede assistencial em saúde mental e aos princípios da Reforma Psiquiátrica".

Assim, o tratamento oferecido pelo SUS ao dependente químico se dá em nível ambulatorial, socorrendo-se de internações se estritamente necessário à desintoxicação do paciente, pelo tempo suficiente a tal mister e da maneira o menos restritiva possível aos direitos dele.

Note-se, Excelências, que as terapêuticas disponibilizadas pelo SUS para tratamento do alcoólatra estão em harmonia quer com o que foi decidido quer na Conferência Nacional de Saúde Mental III, quer no Relatório Mundial de Saúde da OMS (parte referente a saúde mental).

São políticas públicas, portanto, escudadas NO CONSENSO CIENTÍFICO MUNDIAL ACERCA DO TRATAMENTO DOS DEPENDENTES QUÍMICOS, O QUAL, HODIERNAMENTE, REPITA-SE, COMBATE A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DOENTE, BUSCANDO ATENDÊ-LO AMBULATORIALMENTE, SEM PRIVAÇÃO À SUA LIBERDADE, ENVOLVENDO A COMUNIDADE E SUA FAMÍLIA NO PROCESSO DE CURA.

É por tal razão que não existem protocolos clínicos e/ou portarias aprovados pelo Ministério da Saúde ou Secretaria do Estado de São Paulo para internação compulsória de dependentes químicos.

Confira-se os esclarecimentos prestados pela DRS de Araraquara, em caso análogo ao presente:

"Não há protocolos clínicos e/ou portarias aprovados pelo Ministério da Saúde e/ou Secretaria de Estado da Saúde para internação compulsória para o tratamento de dependentes químicos.
O SUS – Sistema Único de Saúde, na área de abrangência deste Departamento Regional de Saúde - DRS III de Araraquara, não dispõe de clínica especializada no tratamento de dependentes químicos.
O Hospital Psiquiátrico Cairbar Schutel está habilitado para receber este tipo de paciente, entretanto, somente para desintoxicação e estabilização, de acordo com período limitado de acordo com a patologia do paciente, retornando ao município de origem para a continuidade do tratamento".

Do arrazoado feito pela Douta Diretora da DRS III, depreende-se também que, ao contrário do alegado, o hospital Cairbar Schutel está sim habilitado ao tratamento de dependentes químicos, tanto que é hospital de referência na região para o tratamento de doentes mentais, o que mais adiante, inclusive, melhor será demonstrado.

O que a instituição não tem é estrutura para acolher um dependente químico "ad eternum", consoante pretende a agravada.

Em verdade, o Hospital Cairbar Schutel possibilita a desintoxicação e estabilização do drogadito, retendo-o na instituição pelo tempo necessário para tanto, de forma a que, depois de controlada a crise, ele possa dar continuidade ao tratamento ambulatorialmente, O QUE ESTÁ DE ACORDO COM AS POLÍTICAS NACIONAIS DE TRATAMENTO DE ALCOÓLATRAS E DROGADITOS, EMBASADAS NA III CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE MENTAL E NA LEI 10.216/01, QUE, POR SUA VEZ, SE LASTREIAM NAS RECOMENDAÇÕES DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE.

Como se não bastasse, outros argumentos, adiante aduzidos, militam em prol do provimento ao presente agravo.

B – Da ausência da prova dos fatos constitutivos do direito do autor.

Oportuno frisar que não há prova nos autos de que a terapêutica oferecida pelo SUS seja ineficaz ao requerido.

Aliás, muito pelo contrário, pois que, da documentação acostada aos autos, depreende-se que o requerido adere ao tratamento disponibilizado pela Rede Pública para sua patologia (vide documento de fl. 30 dos autos, emitido pelo Cairbar Schutel em 06 de janeiro do corrente ano).

Não há razão, deste modo, para ser internado compulsoriamente em entidade sob regime fechado (contando com forte aparato para impedir fugas), conforme pretendido e obtido pela agravada.

Releva notar, ademais, que o relatório médico de fl. 26 dos autos, bem como a guia de internação de fl. 27 NÃO SE ENCONTRAM DATADOS. Assim, não se sabe se a necessidade de internação compulsória do requerido, pressuposto para o ajuizamento da presente demanda, é de agora ou se refere à internação pretérita sofrida pelo mesmo (segundo consta do documento de fl. 30 dos autos, Luís já foi internado outras quatro vezes).

Este mesmo relatório médico, ainda, malgrado recomende a internação psiquiátrica do requerido, não afirma que a medida não deva se efetivar no Cairbar Schutel.

Destarte, percebe-se a fragilidade das alegações da recorrida, o que, em sede de antecipação de tutela, conduz à inevitável ausência de verossimilhança de alegações, ensejadora da cassação da medida de urgência concedida, o que se requer

C – Do Papel dos Hospitais Psiquiátricos Hodiernamente

Conforme já dito, a Política Nacional de Saúde Mental preconiza o tratamento dos drogaditos ambulatorialmente. Assim, a internação é medida excepcional a ser adotada e, por isto mesmo, deve ser de curta duração e se dar da maneira o menos restritiva possível aos direitos do internado.

Nos termos da Lei 10.216/01 a qual, conforme já visto, também é o instrumento legal/normativo máximo para a política de atenção aos usuários de álcool e outras drogas:

> *Artigo 2º. Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.*
> *Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:*
> *I – ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;*
> *II – ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;*
> *III – ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;*
> *IV – ter garantia de sigilo nas informações prestadas;*
> *V – ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;*
> *VI – ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;*
> *VII – receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;*
> *VIII – ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;*
> *IX – ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental (destaques nossos).*
> *Art. 3º É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais,* ***com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais (destaques nossos)***
> ***Artigo 4º. A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes*** *(destaques nossos).*
> *§1º O tratamento visará, como finalidade permanente a reinserção social do paciente em seu meio.*
> *§2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.*
> *§3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no §2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.*

Neste bordo, a Portaria nº 251/GM, de 31 de janeiro de 2002, do Ministério da Saúde (documento em anexo), regulamentando a Lei 10.216/01 (documento em anexo), estabeleceu quais as diretrizes e normas a serem seguidas para a Assistência Hospitalar em Psiquiatria dentro do Sistema Único de Saúde, instituindo o PNASH (Programa Nacional de Avaliação do Sistema Hospitalar) como mecanismo de verificação da qualidade das instituições dedicadas ao cuidado do doente mental, dentre o qual se insere, conforme já mencionado, o drogadito.

Foram estabelecidas exigências mínimas para estas instituições, destacando-se que as mesmas não podem se organizar sob regime fechado (até porque isto feriria os propósitos de desinstitucionalização da Política de Saúde Mental Brasileira). Nos termos dos itens 2 e 2.1 do ANEXO de referida Portaria:

2. Normas para o Atendimento Hospitalar
2.1 Entende-se como hospital psiquiátrico aquele cuja maioria de leitos se destine ao tratamento especializado de clientela psiquiátrica em regime de internação.
2.2 – Determinações gerais:
2.2.1 o hospital deve articular-se com a rede comunitária de saúde mental, estando a porta-de-entrada do sistema de internação situada no serviço territorial de referência para o hospital.
2.2.2. Está proibida a existência de espaços restritivos (celas fortes) (grifos nossos)

Aliás, é exatamente por força destes dispositivos normativos que o Hospital Cairbar Schutel tem que se estruturar sob o regime semiaberto, e uma clínica particular como a Via Saúde, sem nenhum vínculo com o SUS, pode ser concebida como instituição sob regime fechado (conforme dito na inicial, possui forte aparato para impedir fugas).

Pois bem, esta mesma Portaria impõe aos Hospitais Psiquiátricos Públicos, ou àqueles credenciados junto ao SUS, a presença de equipe multidisciplinar (profissional médico, quatro profissionais de nível superior, e equipe de enfermagem), oferecendo, ainda (vide itens 2.2 e 2.3 do ANEXO), ao interno:

A) avaliação médico-psicológica e social;

B) garantia do atendimento diário por, no mínimo, um membro da equipe multiprofissional, de acordo com o projeto terapêutico individual (medicamentoso, psicoterapia breve, terapia ocupacional, dentre outros);

C) atendimento individual (medicamentoso, psicoterapia breve, terapia ocupacional, dentre outros);

D) atendimento grupal (grupo operativo, psicoterapia em grupo, atividades socioterápicas);

E) preparação para a alta hospitalar, garantindo sua referência para a continuidade do tratamento em serviço territorial com programa de atenção compatível com sua necessidade (ambulatório, hospital-dia, núcleo/centro de atenção psicossocial), e para residência terapêutica quando indicado, sempre com o objetivo de promover sua reintegração social e familiar, visando prevenir a ocorrência de outras internações;

F) desenvolvimento de projeto terapêutico específico para pacientes de longa permanência – aqueles com mais de 01 (um) ano ininterrupto de internação. O projeto deve conter a preparação para o retorno à própria moradia ou a serviços residenciais/ terapêuticos, ou a outra forma de inserção domiciliar;

G) desenvolvimento de projetos terapêuticos específicos para pacientes com deficiência física e mental grave e grande dependência;

H) abordagem à família: orientação sobre o diagnóstico, o programa de tratamento, a alta hospitalar e a continuidade do tratamento.

Ainda, nos termos do item 2.4 do ANEXO, com vistas a garantir condições adequadas ao atendimento dos pacientes internados, deverão ser observados, nos espaços hospitalares, os parâmetros das Normas Específicas referentes à área de engenharia e arquitetura e vigilância sanitária em vigor.

Os Hospitais Públicos Psiquiátricos e aqueles conveniados à Rede Pública passam, destarte, por auditorias periódicas, a fim de que se verifique se atendem aos requisitos impostos pela PNASH. Caso não atinjam um piso mínimo, e não promovam as adaptações e melhorias necessárias no prazo assinalado, sofrem descredenciamento da rede pública ou mesmo são fechados.

O Hospital Cairbar Schutel é entidade psiquiátrica conveniada com o SUS para o atendimento de doentes mentais, aí se incluindo quer os portadores de distúrbios como esquizofrenia, psicoses, quer os dependentes químicos.

Nenhum impedimento há para que um Hospital Psiquiátrico se debruce também sob o cuidado de drogaditos, desde que tenha um programa próprio para desintoxicação dos dependentes químicos. Noutros termos, uma terapêutica específica para tais pacientes. E o Hospital Cairbar Schutel, conforme documentos juntados pela própria recorrida, o possui.

Deveras, conforme já dito e demonstrado, o dependente químico é um doente mental. Como tal, sua política de tratamento submete-se, assim como a dos portadores de esquizofrenia, psicoses, à Lei 10.216/01 e normas que a regulamentam.

Logo, obedecendo o Hospital Cairbar Schutel às exigências legais para o tratamento de transtornos mentais, nada obsta a que possua credenciamento com o SUS também para o tratamento de drogaditos.

E, certo é que esta instituição preenche todos os requisitos exigidos ao adequado tratamento dos doentes mentais, dentre os quais os drogaditos, posto que submetida a contínuas auditorias pelos órgãos públicos de saúde, frisando que sua aprovação nas mesmas é condição *sine qua non* à manutenção do seu credenciamento com o SUS.

Para tanto, o Cairbar Schutel conta com equipe multidisciplinar no cuidado do doente mental, composta por psiquiatra, psicológico, assistente social, enfermagem, educador físico e terapeuta ocupacional (vide documento em anexo, extraído do *site* da Associação Médico Espírita do Brasil).

As fotos em anexo, igualmente extraídas do *site* da Associação Médico Espírita do Brasil, também dão conta do belíssimo local onde fica a instituição, sendo suas instalações aptas ao atendimento dos doentes.

Ademais, depreende-se, da leitura do fôlder eletrônico da instituição (extraído do *site* da Casa Cairbar Schutel) que a instituição disponibiliza aos necessitados Serviço Especializado de Atenção ao Alcoolismo e Drogadição, corroborando a sua vocação e habilitação no tratamento dos dependentes químicos.

D – Da Suposta Inadequação do Cairbar Schutel no Tratamento de Drogaditos

Feitas estas ponderações, releva notar que as palavras do senhor Presidente do Hospital Cairbar Schutel foram interpretadas pela recorrida totalmente fora do contexto em que expressas.

Por primeiro, deve-se frisar que as experiências porventura pouco proveitosas tratadas nestes autos não justificam desacreditar toda uma Política Nacional de Saúde, muito menos a excelência do Cairbar Schutel no tratamento da drogadição.

Cuidam-se de vivências pontuais e que, ademais, são trazidas a estes autos sem que se conheça o histórico da doença dos pacientes, o que impede de se apurar as reais responsabilidades pelo aparente insucesso do tratamento havido.

Diga-se aparente porque o resultado de uma terapêutica não é avaliado focando-se apenas no momento "x" ou "y" de um tratamento, mas sim pela análise do processo inteiro de cuidados médicos, psicológicos a que se submeteu o paciente no correr de anos. É leviano pretender que assim não o seja!

Outrossim, pode ser que grande parte do aventado fracasso no tratamento destes drogaditos tenha se dado por responsabilidade de suas próprias famílias, que olvidaram a desempenhar o papel fulcral que lhes compete na reabilitação do ente querido.

Especificamente quanto ao requerido, tem-se que o documento de fl. 30 dos autos, datado de 06 de janeiro de 2010 evidencia, consoante já afirmado, exatamente o contrário do afirmado na inicial: o réu adere ao tratamento que lhe é disponibilizado pela Rede Pública, não havendo razão para ser internado compulsoriamente em entidade sob regime fechado.

No mais, é evidente que o tratamento de um drogadito depende de sua vontade de cura e da participação de sua família neste caminhar.

Por mais que o Estado disponibilize psiquiatras, medicamentos, psicólogos, estrutura para desintoxicação, não é possível imputar-lhe a responsabilidade única pelo sucesso na recuperação de um drogado, como pretende a recorrida.

Se não houver um comprometimento da família neste processo, como inclusive o pontua a Lei 10.216/01, em seu artigo 3º, até mesmo como um direito do doente mental, não há como controlar a moléstia.

É muito simples adotar a postura da recorrida e terceirizar o cuidado do filho ao Estado e ao Município, pretendendo a internação do mesmo em clínica por tempo indeterminado e que conte com forte aparato de segurança para impedir fugas.

Sem dúvida, ela se livra do problema, mas também se escusa de cumprir com seu dever de auxiliar na recuperação de Luís, em claro prejuízo deste último, pos-

to ser evidente que o convívio diário, a troca, o cuidado e o afeto são preteridos quando de uma internação.

Pode-se até questionar: manter o doente numa clínica por mais tempo do que o necessário à sua desintoxicação física não aumentaria as chances de efetiva mudança de comportamento pretendida (largar as drogas), ao invés de valer-se do "simples" apoio ambulatorial?

A pergunta que se lança, em contrapartida, é a seguinte: até que ponto permanecer por mais tempo privado de sua liberdade, num ambiente artificial (porque a clínica não reflete a realidade da sociedade, é um ambiente criado e protegido do mundo externo), permite uma verdadeira mudança interna do drogadito?

Transpondo para uma realidade mais próxima à nossa, ainda que bem menos grave e talvez mais singela, vale tomar como exemplo pessoas que, para emagrecer, se internam num SPA. Enquanto estiver lá, impedido de sair (porque certos SPAs são verdadeiros "bunkers"), o indivíduo vai emagrecer. E quando ele voltar para o seu cotidiano, como vai ser? O problema está resolvido? Voltará a engordar? Manterá o peso? Emagrecerá?

A experiência mostra que, na maioria das vezes, os resultados obtidos num SPA não se mantêm, retornando o indivíduo, geralmente, à compulsão alimentar. Efetivamente, o que resolve é a reeducação alimentar, ou com auxílio de nutricionistas, ou grupos de apoio, ou atendimento psicológico, mas sempre calcada na força de vontade do indivíduo, que, valendo-se de recursos internos e externos, terá que mudar seu pensamento em relação à comida.

Mutatis mutandi, o processo é semelhante com a droga. Sim, não adianta imaginar que colocar o drogado numa "bolha" vai permitir a superação do vício. Mais produtivo e humanizado será o tratamento ambulatorial aliado à participação da sociedade e da família na luta pelo controle da doença.

Repita-se, não é de se descartar a internação, mas atentando-se para o seu real papel e eficácia: permitir a desintoxicação física do drogado. A mudança mental não advirá dela.

Nesta medida, pode-se compreender o alcance da resposta dada pelo senhor Presidente do Cairbar Schutel ao ofício da Defensoria Pública (fl. 28 dos autos), *in verbis* transcrita:

> "O hospital não disponibiliza infraestrutura para um tratamento adequado e completo".

De fato, uma instituição de internação NUNCA DISPORÁ DE APARATO COMPLETO PARA TRATAR A DROGADIÇÃO, SIMPLESMENTE PORQUE É UM COADJUVANTE NESTE TRATAMENTO, CONFORME EXAUSTIVAMENTE EXPOSTO.

ELA NÃO CONSEGUIRÁ SUPRIR O APARATO AMBULATORIAL DISPONIBILIZADO PELO ESTADO AO DROGADITO, VIA CAPS, TAMPOUCO A PARTICIPAÇÃO FAMILIAR, A VONTADE DE MUDAR DO PACIENTE, E MESMO A ATUAÇÃO DA SOCIEDADE NESTE PROCESSO.

No mais, certo é que o Cairbar Schutel é adequado ao tratamento do requerido, vejamos o porquê:

A) atende às disposições trazidas pela Lei 10.216/01, Portaria 251/GM, tanto que conveniado ao SUS para atendimento de drogaditos, submetendo-se a frequentes fiscalizações pelos entes públicos quanto à adequação das terapêuticas lá prestadas, estrutura humana e física existentes;

B) conta com equipe multidisciplinar para cuidar do dependente, composta por médico, psicólogo, terapeuta ocupacional, assistente social e enfermagem;

C) dispõe de programa específico de desintoxicação para os viciados, com duração suficiente a tal mister, permitindo a continuidade do tratamento ambulatorial junto ao seio familiar e social (inclusive disponibilizando Serviço Especializado de Atenção ao Alcoolismo e Drogadição).

É a instituição perfeita? Claro que não, o que é, sabiamente e de maneira muito franca, reconhecido pelo seu Presidente. Não obstante, cumpre a contento o papel a que se destina: permitir a desintoxicação do paciente, habilitando-o ao tratamento ambulatorial.

E – Das Instituições Indicadas pela Defensoria como Paradigmas para Tratamento dos Drogaditos

Indica a Defensoria duas instituições como sendo ideais ao tratamento de Luís, a Via Saúde (instituição privada) e a Saber Amar (Comunidade Terapêutica).

Consoante aduzido seriam as duas plenamente adequadas ao tratamento de drogaditos, em detrimento do Cairbar Schutel, Hospital de Referência local, porque "dispõem de infraestrutura para abrigamento involuntário de dependentes químicos, inclusive para dificultação de fugas, e de vasta experiência no tratamento e recuperação de toxicômanos, e possibilitam, além da desintoxicação, a conscientização e reinserção social dos drogaditos, razões pelas quais são as mais indicadas, na região, para o internamento do requerido Luís".

Permissa vênia, não se consegue vislumbrar em que medida tais instituições seriam mais adequadas do que o Cairbar Schutel no tratamento dos drogaditos. Vejamos o porquê:

A) ambas as instituições (Via Saúde e Saber Amar) alegam, em seu favor, possuírem equipe multidisciplinar no tratamento dos drogaditos. O Cairbar Schutel também tem, conforme já dito. Conta com psiquiatra, psicólogo, enfermeiros, terapeuta ocupacional e assistente social;

B) a Via Saúde e a Saber Amar teriam estrutura para acolher os drogaditos. O Cairbar Schutel também tem. Disponibiliza, conforme informações extraídas do *site* da Associação Médica Espírita (documentos em anexo), 36 leitos para dependentes químicos. Além disso, a beleza e cuidado do lugar são evidenciados pelas fotos acostadas aos autos;

C) a Via Saúde e a Saber Amar seriam instituições sob regime fechado, pois que contam com forte aparato para impedir fugas. Neste ponto, realmente, não há como o Cairbar Schutel se igualar, sob pena de atuação ilegal, inclusive com responsabilização de seus dirigentes pela conduta (violação à Lei 10.216/02 e à Portaria 251/GM 2002, que proíbe instituições sob regime fechado no cuidado de doentes mentais).

Demais disto, questiona-se qual a necessidade de se internar o requerido em instituição que conte com forte aparato para impedir a fuga se, consoante documento de fl. 30 dos autos, juntado pela própria agravada, LUÍS ADERE AO TRATAMENTO QUE LHE É DISPONIBILIZADO PELO SUS;

D) a Via Saúde e a Saber Amar ofereceriam tratamento adequado ao drogadito, calcados em projetos terapêuticos visando à conscientização e reinserção do paciente no meio.

No entanto, conforme já dito, o Cairbar Schutel, na medida em que credenciado ao SUS para tratamento de doentes mentais, tem que oferecer aos pacientes tratamento tão ou mais completo, vez que a terapêutica deverá seguir o quanto preconizado pela Portaria 251/GM, consistindo em:

1) avaliação médico-psicológica e social;

2) garantia do atendimento diário ao paciente por, no mínimo, um membro da equipe multiprofissional, de acordo com o projeto terapêutico individual (medicamentoso, psicoterapia breve, terapia ocupacional, dentre outros);

3) atendimento individual (medicamentoso, psicoterapia breve, terapia ocupacional, dentre outros);

4) atendimento grupal (grupo operativo, psicoterapia em grupo, atividades socioterápicas);

5) preparação do paciente para a alta hospitalar, garantindo sua referência para a continuidade do tratamento em serviço territorial com programa de atenção compatível com sua necessidade (ambulatório, hospital-dia, núcleo/centro de atenção psicossocial), e para residência terapêutica quando indicado, sempre com o objetivo de promover a reintegração social e familiar do paciente, visando prevenir a ocorrência de outras internações (grifos nossos);

6) desenvolvimento de projeto terapêutico específico para pacientes de longa permanência – aqueles com mais de 01 (um) ano ininterrupto de internação. O projeto deve conter a preparação para o retorno à própria moradia ou a serviços residenciais terapêuticos, ou a outra forma de inserção domiciliar;

7) desenvolvimento de projetos terapêuticos específicos para pacientes com deficiência física e mental grave e grande dependência;

8) abordagem à família: orientação sobre o diagnóstico, o programa de tratamento, a alta hospitalar e a continuidade do tratamento.

Lembrando que a não observância a estas regras acarreta ao Cairbar Schutel o descredenciamento junto ao SUS, e que os órgãos públicos de saúde fiscalizam periodicamente isto.

E) alega a agravada, também, que o tempo de internação no Cairbar Schutel seria insuficiente à desintoxicação, porquanto restrito aos quinze dias custeados pelo SUS.

Não obstante, isto não é verdade.

A Portaria nº 480, de 20 de setembro de 2010, emitida pelo Secretário de Atenção à Saúde (documento em anexo), determina um prazo máximo de 31 dias para tratamento dos pacientes que fazem uso de cocaína e derivados (CRACK, MERLA e OUTRAS FORMAS DE PASTA-BASE), custeados pelo SUS.

Este prazo, todavia, nos termos da Portaria citada, pode ser dilatado, se necessária a continuidade da internação (vide artigo 2º, §§ 2º e 3º da norma).

Ademais, releva notar que:

A) nenhuma das duas instituições sofre o rígido controle pelos órgãos públicos de saúde a que o Cairbar Schutel se submete, visto que não credenciadas junto ao SUS como entidades hospitalares habilitadas ao tratamento dos portadores de transtorno mental.

Aliás, a Saber Amar nem poderia pretender fazer as vezes de entidade hospitalar, como, todavia, parece ocorrer no feito em epígrafe, visto que sua natureza é de serviço de atenção a drogaditos de índole EXTRA-HOSPITALAR (vide Resolução RDC nº 101, de 30 de maio de 2001, em anexo).

Por esta mesma razão, ela não se submete a controle pelos órgãos públicos de saúde, para fins de auferir a qualidade médica das terapêuticas lá dispensadas, mas tão somente fiscalização por autoridades sanitárias.

O Cairbar Schutel, repita-se, para manter o vínculo com o SUS quanto ao tratamento de doentes mentais tem que ser aprovado no PNASH, cujas auditorias são periodicamente realizadas, avaliando a qualidade da estrutura humana e física da instituição, bem como a excelência das terapêuticas lá disponibilizadas.

B) no que tange à Via Saúde, consoante pesquisa realizada sobre a mesma no site http://cnes. datasus.gov.br, constatou-se que é instituição privada COM FINS LUCRATIVOS, sem nenhum vínculo com o SUS, repita-se (documentos em anexo).

Com todo o respeito, Excelências, na qualidade de instituição privada COM FINS LUCRATIVOS, sem liame com a Rede Pública, a Via Saúde ganha dinheiro com a internação do paciente. Então, até que ponto não haveria um conflito de interesses entre manter o drogadito internado e lutar pelo seu breve retorno ao convívio familiar e social?

Demais disto, impor ao Estado o dever de custear a internação do requerido na Via Saúde implicará, por vias transversas, em destinar dinheiro público para instituição que ou não se interessou em conveniar-se ao SUS, ou não preencheu os requisitos para tal mister, em verdadeira burla à legislação que regulamenta a matéria.

C) quanto à Saber Amar, é Comunidade Terapêutica e, como tal, obedece à Resolução RDC nº 101, de 30 de maio de 2001 (documento em anexo).

Assim, na qualidade de serviço de atenção a drogaditos de índole EXTRA-HOSPITALAR, SOMENTE PODE ACEITAR INDIVÍDUOS QUE QUEIRAM VOLUNTARIAMENTE LÁ FICAR.

Neste sentido, a redação do item 4.1 do ANEXO de referida Resolução:

> *4. Procedimentos do Serviço de Tratamento a Pessoas com Transtornos Decorrentes do Uso ou Abuso de Substâncias Psicoativas*
> *4.1. No processo de admissão do residente e durante o tratamento, alguns aspectos devem ser contemplados:*
> *A admissão não deve impor condições de crenças religiosas ou ideológicas.*
> *Permanência voluntária (destacados nossos)*

Causa espécie, portanto, se aventar uma internação compulsória em uma instituição que só pode acolher, por força de norma, pacientes que queiram lá ingressar. O que está em plena consonância com o papel desempenhado pelas Comunidades Terapêuticas no tratamento das drogadições: SERVIÇO AUXILIAR DE CARÁTER EXTRA-HOSPITALAR.

Maior surpresa advém do fato de constar na inicial que a Saber Amar dispõe de forte aparato para coibir fugas. De fato, na qualidade de Comunidade Terapêutica, não pode compelir o paciente a permanecer na instituição, sob pena de violação à resolução que a regulamenta!

Impende mencionar, por fim, que o artigo 5º, da Resolução RDC nº 101/2001, dispõe que "a inobservância dos requisitos desta Resolução, constitui infração de natureza sanitária sujeitando o infrator ao processo e penalidades previstas na Lei 6.437 de 20 de agosto de 1977, ou outro instrumento legal que vier a substituí-la, sem prejuízo das responsabilidades penal e civil cabíveis (grifos nossos)".

F – Dos Centros de Atenção Psicossocial

Conforme já visto, o tratamento do doente mental no Brasil, seguindo o consenso mundial acerca do tema, é predominantemente ambulatorial, contando com a vital participação da família (que fica prejudicada, senão inexistente, num tratamento de índole nosocomial) e da sociedade como um todo.

APENAS PARA QUE NÃO PAIREM DÚVIDAS, IMPORTANTE MENCIONAR QUE A PRÓPRIA NOVEL LEI DE TÓXICOS (Lei 11.343/2006), EM SEU

ARTIGO 28, PARÁGRAFO 7º, ASSEGURA AO DROGADO QUE O TRATAMENTO DO SEU VÍCIO SEJA PREFERENCIALMENTE AMBULATORIAL. Confira-se a redação do artigo 28, parágrafo 7º, do diploma:

> *§7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado (grifos nossos)*

Dentro desta moldura se inserem os CAPS (Centros de Atenção Psicossocial), como protagonistas no cuidado do portador de patologia mental.

Voltam-se, em harmonia com o disposto na Lei 10.216/01, para o tratamento multidisciplinar do doente, atentando-se não só para as variantes psiquiátricas do problema, mas também para as familiares, psicológicas, sociais, laborativas e educacionais.

São disciplinados pela Portaria 336/GM de 19 de fevereiro de 2002, divididos em CAPS I , CAPS II, CAPS III, por ordem de complexidade/porte, de abrangência populacional e pelas maiores especializações dos serviços (caso dos CAPS AD, que cuidam preponderantemente de drogaditos).

Especificamente para a cidade de São Carlos, contamos com um CAPS II e um CAPS AD. Este último, inicialmente, prestava apenas auxílio a drogaditos menores de 18 anos. No entanto, recentemente, passou a atender os dependentes químicos adultos (documentos em anexo).

A Portaria 336/GM (documento em anexo) dá conta da completa e interdisciplinar estrutura de cada CAPS, bem como dos serviços que a unidade presta ao paciente. Quanto ao CAPS II e ao CAPS AD, temos que:

> *4.2.1 – A assistência prestada ao paciente no CAPS II inclui as seguintes atividades:*
> *A - atendimento individual (medicamentoso, psicoterápico, de orientação, entre outros);*
> *B - atendimento em grupos (psicoterapia, grupo operativo, atividades de suporte social, entre outras);*
> *C - atendimento em oficinas terapêuticas executadas por profissional de nível superior ou nível médio;*
> *D - visitas domiciliares;*
> *E - atendimento à família;*
> *F - atividades comunitárias enfocando a integração do doente mental na comunidade e sua inserção familiar e social;*
> *G - os pacientes assistidos em um turno (04 horas) receberão uma refeição diária: os assistidos em dois turnos (08 horas) receberão duas refeições diárias.*
> *4.2.2 – Recursos Humanos:*
> *A equipe técnica mínima para atuação no CAPS II, para o atendimento de 30 (trinta) pacientes por turno, tendo como limite máximo 45 (quarenta e cinco) pacientes/dia, em regime intensivo, será composta por:*
> *A – 01 (um) médico psiquiatra*

B – 01 (um) enfermeiro com formação em saúde mental
C – 04 (quatro) profissionais de nível superior entre as seguintes categorias profissionais, assistente técnico, enfermeiro, terapeuta ocupacional, pedagogo ou outro profissional necessário ao projeto terapêutico.
D – 06 (seis) profissionais de nível médio: técnico e/ou auxiliar de enfermagem, técnico administrativo, técnico educacional e artesão
(...)
4.5.1. A assistência prestada ao paciente no CAPS ad II para pacientes com transtornos decorrentes do uso e dependência de substâncias psicoativas inclui as seguintes atividades:
A – atendimento individual (medicamentoso, psicoterápico, de orientação, entre outros);
B – atendimento em grupos (psicoterapia, grupo operativo, atividades de suporte social, entre outras);
C- atendimento em oficinas terapêuticas executadas por profissional de nível superior ou nível médio;
D – visitas e atendimentos domiciliares;
E – atendimento à família;
F – atividades comunitárias enfocando a integração do dependente químico na comunidade e sua inserção familiar e social;
G – os pacientes assistidos em um turno (04 horas) receberão uma refeição diária; os assistidos em dois turnos (08 horas) receberão duas refeições diárias.
H – atendimento de desintoxicação.
4.5.2 – Recursos Humanos:
A equipe técnica mínima para atuação no CAPS ad II para atendimento de 25 (vinte e cinco) pacientes por turno, tendo como limite máximo 45 (quarenta e cinco) pacientes/dia, será composta por:
A – 01 (um) médico psiquiatra;
B – 01 (um) enfermeiro com formação em saúde mental;
C – 01 (um) médico clínico, responsável pela triagem, avaliação e acompanhamento das intercorrências clínicas;
D – 04 (quatro) profissionais de nível superior entre as seguintes categorias profissionais: psicólogo, assistente social, enfermeiro, terapeuta ocupacional, pedagogo ou outro profissional necessário ao projeto terapêutico;
E – 06 (seis profissionais) de nível médio: técnico e/ou auxiliar de enfermagem, técnico administrativo, técnico educacional e artesão.

Vê-se que a estrutura é complexa e completa, habilitada a fornecer tratamento a contento ao drogadito e, o mais importante, sem excluí-lo do meio social e familiar.

Em resumo, portanto, verifica-se que, ao contrário do decidido, a terapêutica disponibilizada pelo SUS para o tratamento de drogaditos, que na cidade de São Carlos se efetiva pelo atendimento ambulatorial via CAPS II e CAPS – AD, e por internações para desintoxicação, medidas excepcionais, junto ao Cairbar Schutel, está em consonância com o consenso mundial no tratamento do dependente

químico, calcado na desinstitucionalização e atuação conjunta do Estado, família, sociedade, e do próprio paciente, além de revelar-se eficiente.

Da Ausência de Perigo na Demora

Tampouco se vislumbra perigo na demora que justificasse a concessão da tutela antecipada.

Realmente, o Poder Público disponibiliza tratamento para o requerido ambulatorialmente, via CAPS II e CAPS AD, bem como local para sua internação, pelo tempo necessário à desintoxicação, SENDO CERTO QUE ELE ADERE A ESTE TRATAMENTO, CONSOANTE DOCUMENTO DE FL. 30 DOS AUTOS O ATESTA. Onde, então, o perigo na demora?

Da Impossibilidade da Antecipação dos Efeitos da Tutela Pretendida

O instituto da antecipação da tutela está previsto no art. 273 do Código de Processo Civil e consiste na *"providência que tem natureza jurídica de execução lato sensu, com o objetivo de entregar ao agravado, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos"*[1].

Sua finalidade, em poucas palavras, é adiantar os efeitos da sentença de mérito.

Todavia, o art. 1º da Lei nº 9.494/97 determinou a aplicação do disposto no art. 1º da Lei nº 8.437/92 à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil.

Referido dispositivo federal veda a concessão de medida liminar, contra o Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência assemelhada não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal, ou que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (§ 3º).

A mencionada disposição foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4-6, considerando o STF constitucional a norma.

Assim, não cabe mais discutir a constitucionalidade das normas que restringem ou impedem a concessão de liminares contra o Poder Público. O renomado professor J. J. CALMON DE PASSOS opina a respeito, com indiscutível clareza e juridicidade, que merece destaque:

> "Sempre sustentei que a garantia constitucional disciplinada no inciso XXXV do artigo 5º, da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito) diz respeito, apenas, à tutela definitiva, aquela que se

1 Cf. Nelson Nery Júnior, Atualidades sobre o Processo Civil, Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., São Paulo, 1996.

> institui com a decisão transitada em julgado, sendo a execução provisória e a antecipação da tutela problemas de política processual, que o legislador pode conceder ou negar, sem que isto incida em inconstitucionalidade. Vetar liminares neste ou naquele processo jamais pode importar inconstitucionalidade, pois configura interferência no patrimônio ou na liberdade dos indivíduos, com preterição, mesmo que em parte, das garantias do devido processo legal, de base também constitucional. Daí sempre ter sustentado que a liminar, na cautelar, ou antecipação liminar da tutela em qualquer processo, não é direito das partes constitucionalmente assegurado.
> Assim, nada impedirá, amanhã, que disposições especiais de lei eliminem ou restrinjam a antecipação de tutela em algum tipo de procedimento ou quando em jogo certos interesses".[2]

No mesmo sentido, note-se que no julgamento da ADIN nº 223 (pelo eminente relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE) constou do voto proferido que *"já se anotaram precedentes brasileiros de vedação legal à concessão de liminar, sem resistência quanto à sua constitucionalidade"*.

Citando GALENO DE LACERDA, para quem *"desde que não vedado o direito à ação principal, nada impede coíba o legislador, por interesse público, a concessão de liminares"*, o Ministro MOREIRA ALVES, em seu voto no julgamento da referida ADIN nº 223, firmou posição no sentido de que:

> "(...) o proibir-se, em certos casos, por interesse público, a antecipação provisória da satisfação do direito material lesado ou ameaçado não exclui, evidentemente, da apreciação do Poder Judiciário, a lesão ou ameaça ao direito, pois ela se obtém normalmente na satisfação definitiva que é proporcionada pela ação principal, que, esta sim, não pode ser vedada para privar-se o lesado ou ameaçado de socorrer-se do Poder Judiciário".

Aspecto importante para o entendimento desta questão reside na análise do poder geral de cautela, invocado como fundamento no exame particular da concessão de liminares.

Discute-se a natureza desse poder: vinculado ou discricionário? Entretanto, tal distinção é irrelevante se considerado que, mesmo agindo discricionariamente, o magistrado está adstrito à lei, podendo exercer a opção apenas nos limites das variantes oferecidas no texto normativo.

Exemplificando: ao conceder a tutela antecipada o juiz estará adstrito aos casos que reúnam as condições cumulativamente previstas no art. 273 *caput* e inciso I do Código de Processo Civil, além de ter que fundamentar sua decisão, obviamente à luz dos requisitos legais (§ 2°).

---

2 Da Antecipação de Tutela, Reforma do Código de Processo Civil, Editora Saraiva, São Paulo, 1996, pág. 189, Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 132.

Referida norma tem berço constitucional, a teor do disposto no art. 93, inciso IX da Lei Maior, que passou a considerar a medida uma garantia fundamental.

TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER aborda o tema, concluindo que, na verdade, *"o juiz está vinculado à lei. E há de fundamentar, portanto, todas as decisões na lei"*.[3]

Assim, não pode vingar o entendimento de que, no texto legal vigente e embora considerado constitucional o texto legal (Lei nº 9.494/97), que restringe a medida contra o Poder Público, possa ser ele mitigado à frente do caso concreto.

Na hipótese em testilha, se verifica que, em sede de antecipação de tutela, ocorreu a solução definitiva para uma questão que deve aguardar o trânsito em julgado favorável à agravante.

Fatalmente a não reversão da tutela antecipada concedida em face do poder público implicará em se esgotar (total ou parcialmente) o objeto da ação, ante suas peculiaridades: concessão de tratamento de internação em clínica pública ou particular, que poderá, portanto, findar antes da prolação de julgamento definitivo da lide. Daí mais um argumento para o provimento ao presente agravo.

Da Ação Civil Pública 18/2010

Noticia a agravada, na exordial, a existência de ação civil pública interposta pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público bandeirantes em face da Fazenda Pública Estadual e da Municipalidade de São Carlos, na qual foi concedida tutela antecipada para impor ao Estado obrigação de não fazer, consistente em não mais internar pacientes com dependência química, usuários do SUS, no Hospital Cairbar Schutel.

Deve-se esclarecer, contudo, que a tutela antecipada concedida naquele feito não obstaculiza a revisão da tutela antecipada exarada na presente ação, muito menos seja discutida a aptidão/inaptidão do Hospital Cairbar Schutel no cuidar do requerido Luís.

Por primeiro, porque se trata de decisão interlocutória, de índole provisória e calcada em mero juízo de verossimilhança, não de certeza de alegações. Como tal, é insuscetível de fazer coisa julgada e espraiar efeitos extraprocessuais, inclusive eventual eficácia preclusiva.

Segundo, porque as partes na ação civil pública de autos 18/10 são distintas das da presente demanda.

Ademais, a causa de pedir da ação individual de autos 1177/10, quando em cotejo com aquela da ACP de autos 18/2010, apresenta pontos de tangência (discute-se a eficácia da terapêutica disponibilizada pelo SUS a dependentes químicos), mas a ela não se iguala. Basta dizer que, nesta ação de autos 1177/10, é também ob-

3 Da Liberdade do Juiz na Concessão e Antecipação de Liminares e a Tutela Antecipatória, Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela, editora RT, 1997

jeto de discussão a doença de que padeceria Luís, o tratamento mais eficaz para ele. Em síntese, há uma individualização, um casuísmo, não presentes na ação coletiva.

Terceiro: o pedido da ação de autos 1177/10 é distinto do da ACP de autos 18/2010. Na primeira demanda, objetiva-se a internação do requerido Luís em clínica para dependentes químicos, em regime fechado, por tempo indeterminado. Na ação coletiva, o objeto é mais amplo e de índole generalista, visto que o que se pretende é o ministério, pelo SUS, de tratamento a dependentes químicos adequado, sob a alegação de que as políticas públicas que tratam da matéria não estariam supostamente a contento.

Quarto: deve-se ter em mente que, em se tratando de interesses individuais homogêneos como o presente, a impossibilidade de rediscussão da matéria pelo suposto beneficiário da tutela coletiva (no caso, o requerido Luís), em ação individual, é admissível apenas em se mostrando favorável ao mesmo.

Não é o que acontece no feito em apreço.

Com efeito, na lide em curso, o em tese beneficiário da tutela antecipada concedida na ACP de autos 18/2010 (dependente químico) seria Luís, que é, todavia, réu na ação de autos 1177/2010. A tutela antecipada concedida na ação coletiva, que impede a sua internação em Hospital Psiquiátrico menos restritivo à sua liberdade (Cairbar Schutel), causa gravame ao requerido na presente ação individual, visto que a sua internação é compulsória, não voluntária.

Logo, não há impedimento a que se rediscuta a eficácia do tratamento ministrado a drogaditos pelo Cairbar Schutel nesta ação individual, tampouco a revisão da tutela antecipada concedida, porque aproveita a Luís, réu na presente demanda.

Como se não bastasse, o Estado, ora réu, tem pleno direito à ampla defesa, de contrapor-se ao alegado pela agravada, comprovando a adequação do tratamento disponibilizado ao requerido pelo SUS. Não há como fazer letra morta do artigo 5º, LV, da CF.

Ausente, destarte, pelas razões expostas, quaisquer vedações à rediscussão da matéria.

Da Discussão de Políticas Públicas em Sede de Ação Individual

Na lide em curso está se questionando, em verdade, a Política Pública Nacional de Tratamento do Doente Mental, pois que se rechaça a adoção do tratamento ambulatorial ao drogadito, em prol do nosocomial.

Com efeito, a agravada desloca o cerne do tratamento do requerido dos Centros de Assistência Psicossocial para a internação em clínica contando com forte aparato de segurança, por tempo indeterminado. Pretende-se, destarte, que a medida restritiva de liberdade do dependente passe de coadjuvante no tratamento para terapêutica principal.

Deste modo, a procedência da ação implicará a subversão/revisão dos valores e premissas encampados pela Política Nacional de Saúde Mental. Todavia, em sede que não é própria (demanda individual), sem se socorrer dos diversos especialistas e informações necessários à formulação/modificação de uma política pública, e sem que haja suficiente maturação a respeito desta mudança.

Apenas para recordar: a reforma psiquiátrica ocorrida no Brasil foi fruto de décadas de discussões entre agentes públicos, sociedade civil e profissionais da área, e não só em nosso país, mas também no exterior (vide Carta de Caracas, de 1990, e o Relatório Mundial de Saúde Mental da OMS de 2001, à guisa de exemplo).

Demais disto, ainda que assim não o fosse, impende salientar que o direito à saúde, porquanto de índole prestacional, deve ser pensado coletivamente. Tratá-lo como se fosse liberdade pública (direitos negativos), decidindo-se casuisticamente, no afã de se resolver casos isolados, resultará no efeito perverso de prejudicar os demais cidadãos.

Isto porque os recursos são escassos. Não é possível dar tudo a todos, de modo que, para cumprir com a decisão judicial, se retirará dinheiro de outros programas de saúde ou sociais.

Não se trata de alijar o Judiciário das políticas públicas, mas sim de redefinir o seu papel em relação às mesmas. Desejável, assim, que atue como um fiscalizador do cumprimento das políticas públicas, mas não como um criador delas.

Neste sentido, são os ensinamentos do jovem mestre Virgílio Afonso da Silva, Professor Titular de Direito Constitucional da USP, ao discutir o denominado "ativismo judicial":

> *"A conclusão a que se pode chegar após essa breve exposição deste estudo de caso, que, ainda que pontual, reflete bem o enfoque que os juristas dão em geral à justiciabilidade dos direitos sociais, é que, em primeiro lugar, os juízes, ao tratarem os problemas dos direitos sociais como se fossem problemas iguais ou semelhantes àqueles relacionados a direitos individuais, ignoram o caráter coletivo dos primeiros. Esse caráter coletivo exige, como não poderia deixar de ser, políticas que são pensadas coletivamente, algo que os juízes não fazem. Com isso, pretendo sublinhar que a questão discutida neste trabalho não é uma mera questão de opção entre ativismo ou contenção judicial, embora ela seja frequentemente apresentada como se assim o fosse. É certo que os partidários da ideia de contenção judicial têm que defender que os juízes devem se manter afastados de decisões relativas à políticas públicas, mas isso não significa que toda corrente ativista tenha necessariamente de defender o seu oposto, ou seja, que os juízes devam sempre decidir sobre políticas públicas. Nesse sentido, é possível defender uma forma de ativismo judicial – ou seja, defender que os juízes são legítimos para discutir políticas públicas – e, mesmo assim, sustentar que esse ativismo é limitado por uma série de razões estruturais. Isso significa que, embora o ativismo judicial seja uma possibilidade, ele depende de diversas mudanças estruturais na educação jurídica, na organização dos tribunais e, sobretudo, nos procedimentos judiciais, para que passe a ser possível tratar os direitos sociais e sobre eles decidir de forma coletiva.*

Diversos exemplos das consequências do que eu chamaria de "ativismo judicial despreparado" podem ser encontrados na atividade de diversos tribunais brasileiros. Por exemplo, ao distribuir tratamentos médicos de forma individual (i.e. Sem considerar as políticas governamentais na área), os juízes podem estar prejudicando outras políticas públicas na área da saúde (ou em outras áreas), mesmo que eles consigam 'resolver' alguns casos isolados. Isso porque, em um cenário de recursos escassos, o dinheiro tem que ser necessariamente retirado de outros programas para atender às decisões judiciais. Nesse sentido, Alberto Kanamura afirma que:

"Num país onde ainda se morre de desnutrição, por falta de água tratada ou por pura ignorância de preceitos sanitários primários, é difícil não questionar decisões (judiciais) que priorizam gastos em saúde para tratar o raro, quando o mesmo recurso poderia beneficiar milhares que vivem a doença como regra. Doenças que no mundo desenvolvido já não existem e que em tese são muito simples de tratar. Não é demais lembrar que, neste momento, o governo tenta combater a fome endêmica medicando os atingidos com uma ajuda de R$ 50,00 por família mensalmente, talvez menos de R$ 100,00 por pessoa ao ano".

O autor usa o exemplo da doença de Gaucher. No Estado de São Paulo, há cerca de cem portadores da doença que, em razão de decisões judiciais, recebem tratamento grátis. O tratamento custa, por pessoa, US$ 9.620,00 por mês. Para essas pessoas, o custo anual é de mais de US$ 10 milhões. Segundo os dados transcritos acima sobre o combate à fome endêmica, esse valor seria suficiente para ajudar 250 mil pessoas por ano. Ainda que não se queira discutir o que é mais importante combater, o certo é que os juízes, ao decidirem pelo financiamento individual do tratamento de algumas doenças, não têm em mente a dimensão global das políticas de saúde, como seria importante ter. Assim, se não há recursos para tudo, e se a decisão do juiz deve ser cumprida, o dinheiro terá de sair de outras áreas. Com isso fica claro que, ainda que haja boas intenções, as histórias de sucesso individual nem sempre são, de fato, histórias de sucesso coletivo.

Conclusão

Na introdução deste trabalho defendi que a previsão de direitos sociais na constituição brasileira (ou em qualquer outra constituição) não pode ser encarada como se fosse simples "lírica constitucional", ou seja, não seria possível não haver nenhuma consequência associada a essa previsão, porque, para utilizar a expressão de Michelman, normas que garantem direitos sociais não são menos jurídicas do que as outras normas em uma declaração de direitos.

Contudo, o fato de serem "não menos jurídicas" não me parece implicar que as normas que garantem direitos sociais devam ser tratadas como se tivessem a mesma estrutura daquelas que garantem direitos civis e políticos, nem que sejam justiciáveis da mesma maneira. Em outras palavras, talvez a tarefa dos juízes não seja a de conceder remédios, tratamentos médicos, vagas em escolas, etc. a todos aqueles que recorrerem ao Judiciário. Mas, nesse caso, qual poderia ser o papel dos juízes no processo de realização dos direitos sociais? Embora haja diversas respostas possíveis a essa pergunta, eu sustento que todas elas devem partir do pressuposto de que esses direitos não podem ser tratados, exceto em casos excep-

cionais, como se seguissem o mesmo padrão individualista em que se baseiam relações entre um credor e um devedor.

Se isso está correto, e se o Judiciário não é capaz de pensar em saúde, educação, moradia, etc., de forma coletiva e global, talvez ele devesse deixar essa tarefa para o processo político. Mas não é possível ignorar que as demandas individuais continuarão a existir e que os juízes continuarão a ter que decidir sobre elas. Se, pelas razões expostas, o Judiciário não deve distribuir medicamentos ou bens similares de forma irracional a indivíduos, ele deveria ser capaz de canalizar as demandas individuais e, em uma espécie de diálogo constitucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações com os poderes políticos sempre que necessário for. Ainda mais importante seria o papel do Judiciário, em conjunto com o Ministério Público, como controlador das políticas públicas já existentes. Boa parte dos problemas de efetividade do direito à saúde (e também de outros direitos sociais) decorre muito mais de desvios na execução de políticas públicas do que de falhas na elaboração dessas mesmas políticas. Nesses termos – ou seja, como controlador da execução de políticas já existentes –, o Judiciário conseguiria, ao mesmo tempo, pensar os direitos sociais de forma global, respeitar as políticas públicas planejadas pelos poderes políticos, não fazer realocação irracional e individualista de recursos escassos e, sobretudo, realizar com maior eficiência os direitos sociais.

Contudo, é óbvio que, para isso ocorra, o papel do Judiciário e o foco da ação do Ministério Público têm que ser repensados. Ainda mais: em um país no qual a separação de poderes é interpretada como sinônimo de não-diálogo entre os poderes, como muitas vezes ocorre no Brasil, essa é uma tarefa difícil de ser realizada. Como foi demonstrado anteriormente, contudo, soluções simples, como a distribuição de remédios de forma desordenada, irracional e individualista não irá contribuir para a real implementação dos direitos sociais no país (in: "Direitos Sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie", Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 587/599) (destaques nossos).

Da Multa Imposta

Permissa vênia, fixar multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a ainda o disposto no artigo 461, §4º do Código de Processo Civil que determina que a multa a ser imposta em caso de descumprimento da decisão judicial deve ser suficiente e compatível com a obrigação, bem como ser fixado prazo razoável para o seu cumprimento.

Indiscutível que a multa prevista no artigo 461 do Estatuto Processual tem natureza de "astreintes", e existe para forçar o devedor recalcitrante a cumprir a obrigação, assim, a cominação deve cumprir dois requisitos que se complementam, quais sejam: ser ***suficiente***, ou seja, nem tão baixa que se torne ineficaz, e não tão alta que se torne impossível, e ***compatível***, ou seja, viabilidade entre a situação econômica do devedor e o débito que resultar da aplicação da sanção, não podendo se configurar em um ônus excessivo.

Ora, no caso em tela a agravante não é um devedor recalcitrante, que se negue a dar cumprimento às decisões judiciais por puro capricho, agindo com má-fé. Estamos diante da administração pública, que gere recursos alheios – o patrimônio público, formado pela contribuição de toda a sociedade, sendo o administrador obrigado a prestar contas da aplicação dos recursos, e ainda, seguir procedimentos previstos em lei para a sua aplicação.

Encontrando-se administrador público jungido ao princípio da estrita legalidade, sendo tal inclusive comando constitucional (art.37, Constituição Federal), não pode o agente público fazer tábula rasa dos preceitos legais sob pena de ser responsabilizado nas esferas penais, administrativa e civil.

Assim, o julgador, ao conceder este tipo de tutela deve estar atento às peculiaridades que regem a administração pública, e ainda, que quem suporta este tipo de condenação exacerbada não é a agente porventura negligente ou preguiçoso, mas sim toda a coletividade que acabará por arcar com o pagamento da multa.

De fato, não tendo havido desídia ou negligência por parte do ente público no cumprimento da decisão judicial não há que se falar em fixação de multa diária, ainda mais nos patamares fixados na r. decisão recorrida, sem antes apurar-se a responsabilidade do agente, devendo ser comprovado em juízo que houve demora no cumprimento da decisão por pura má-fé.

Em apoio à tese por nós esposada, trazemos à colação os seguintes julgados, e que apontam para urgente necessidade de reforma da decisão recorrida quanto a esta questão:

> *"Em princípio, aplica-se às pessoas jurídicas de direito público a disciplina do art. 461 do CPC. Mas, há que atentar para a razoabilidade no uso dos meios coercitivos, pois a administração, jungida à legalidade, nem sempre exibe condições de atender, prontamente, as chamadas 'prestações positivas', resultantes dos comandos constitucionais. E ainda há que considerar que, por lastimável deficiência do ordenamento jurídico pátrio, a multa grava o Erário, jamais o agente político ou o servidor com competência para praticar o ato, pessoalmente, o que, no fundo, a torna inócua."* (RJ 314/104).
>
> E ainda:
>
> *"Embora a 'astreinte' deva ser expressiva, a ponto de coagir o devedor a cumprir a preceito, não pode configurar-se como ônus excessivo, sob pena de se estar olvidando, com isso, as noções de equidade que devem pautar as decisões judiciais."* (JTJ 260/321)

Demais disto, deve-se ponderar que o Douto Magistrado de primeiro grau concedeu prazo extremamente exíguo para cumprimento da tutela concedida, a saber, singelos dez dias.

Ora, cuidando-se de providência a ser adotada pelo ente público de tal complexidade (disponibilizar a internação do requerido em outra instituição que não

o Hospital local de referência no cuidado de doentes mentais), há de se, ao menos, alargar o prazo para cumprir com dita providência, o que, subsidiariamente, se requer.

Conclusão

"Ex Positis", por tudo o mais que dos autos consta, requer-se de Vossas Excelências, preclaros julgadores, respeitosamente, que ao presente recurso seja dado efeito suspensivo, tendo em vista a existência dos requisitos para tanto, e ao final seja este provido, cassando a liminar deferida em primeira instância, *sendo decisão neste sentido eivada de sabedoria e justiça, própria, aliás, desse Colendo Tribunal.*

Subsidiariamente, requer o provimento ao presente agravo para ao menos deixar de fixar multa diária pelo descumprimento. Ou, quando menos, para minorar o patamar em que fixada, bem como conceder prazo superior a dez dias para cumprimento da medida.

São Carlos, 05 de outubro de 2010.

RAQUEL CRISTINA MARQUES TOBIAS
Procuradora do Estado
OAB Nº 185.529

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0477341-91.2010.8.26.0000, da Comarca de São Carlos, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO sendo agravado(a) LÚCIA DO NASCIMENTO ROCHA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 11a Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. V. U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PIRES DE ARAÚJO (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR E AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 07 de fevereiro de 2011

FRANCISCO VICENTE ROSSI
Relator

VOTO Nº 14588
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº: 0477341-91.2010
COMARCA: SÃO CARLOS

Agravante: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Agravado(a): LÚCIA DO NASCIMENTO ROCHA
Juiz de 1ª Instância: Sidnei Antônio Cerminaro

EMENTA: Obrigação de fazer - Tutela antecipada - Inadmissibilidade - O direito à saúde, constitucionalmente garantido não permite ao paciente o direito de escolher hospital, sob pena de ofensa aos princípios da universalidade e igualdade de acesso às ações e serviços que promovam, protegem e recuperam a saúde - O dever do Estado, no campo da saúde, limita-se a dar condições dignas e técnicas para o atendimento em qualquer entidade que atenda às necessidades do cidadão - Dá-se provimento ao recurso.

I. Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra r. decisão que, nos autos da ação de obrigação de fazer proposta por Lúcia do Nascimento Rocha em face do filho Luís Fernando da Rocha Júnior, da FESP e da Municipalidade de São Carlos, deferiu a tutela antecipada.

Concedido o efeito suspensivo ao agravo, com resposta da agravada às fls. 265/286.

É o relatório.

II. Trata-se de ação objetivando a internação em clínica especializada na desintoxicação de drogaditos por tempo indeterminado que não o Hospital Psiquiátrico Cairbar Schutel.

Foi concedida antecipação de tutela para autorizar a internação compulsória de Luís em estabelecimento especializado no tratamento do vício, que não o Hospital Cairbar Schutel, por tempo indeterminado, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00.

Alega a agravante que falta verossimilhança às alegações da agravada, isto porque, resta evidenciado, da análise dos autos, que o requerido adere ao tratamento disponibilizado pela Rede Pública para a sua patologia, confirmando que a terapêutica disponibilizada pelo SUS para o tratamento dos drogaditos é plenamente satisfatória.

Como já decidido por esta C. Câmara, relativamente ao presente caso, no Agravo de Instrumento n° 716.721, o direito à saúde, garantido pela Constituição Federal, art. 196, não vai ao extremo de permitir ao doente o direito de escolher hospital, o que contraria "os princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que promovam, protegem e recuperam a saúde", como leciona José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo,* 10ª ed., SP: Malheiros, p. 697.

Certo que é dever do Estado, nas três esferas da Federação, formular, implementar as políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos constitucionais, no campo do direito à saúde, mas esta obrigação tem como limite, no caso de internação hospitalar, dar condições dignas e técnicas para o atendimento em qualquer entidade, como ocorreu no caso dos autos, sendo vedado ao Poder Judiciário dar acolhida a situações benéficas ou detrimentosas ao cidadão, desde que amparado pela internação necessária.

III. Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso.

FRANCISCO VICENTE ROSSI
Relator

Aspectos Constitucionais das Contribuições para a Seguridade Social

Lúcia de Faria Freitas[1]

Resumo: O presente artigo tem como objeto o estudo dos aspectos constitucionais das contribuições sociais para o custeio da seguridade social. A Constituição Federal estabeleceu duas formas de financiamento da seguridade social: financiamento indireto, constituído por recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e o custeio direto, caracterizado pela arrecadação das contribuições instituídas para essa finalidade. As contribuições apresentam natureza jurídica tributária e devem ser classificadas como espécie tributária autônoma. Sujeitam-se ao regime jurídico tributário geral, com peculiaridades. Submetem-se aos princípios: da estrita legalidade, da irretroatividade, da isonomia tributária, do não confisco, da capacidade contributiva, da anterioridade (especial), da solidariedade. Tratando-se de contribuições para o custeio da seguridade social prevalece a parafiscalidade. As Emendas Constitucionais números 20/1998, 41/2003 e 42/2003 trouxeram inovações, cuja constitucionalidade tem sido questionada, mas vêm sendo acatadas.

Palavras-chave: CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRIBUIÇÕES. SEGURIDADE SOCIAL.

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar os principais aspectos constitucionais das contribuições para a seguridade social, dando especial atenção às alterações implantadas pelas Emendas Constitucionais números 20/1998,

1 Procuradora do Estado de São Paulo
Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Especialista em Direito Tributário pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

41/2003 e 42/2003, que lhes atribuíram novas feições, cuja constitucionalidade vem sendo questionada pela doutrina.

Inicialmente, se discorrerá acerca da natureza jurídica da contribuição social. Estabelecida sua natureza tributária, o presente estudo abordará a questão de constituir ou não o instituto uma espécie tributária autônoma.

Posteriormente, proceder-se-á a uma breve análise acerca das espécies de contribuições sociais, bem como dos princípios constitucionais tributários aplicáveis ao instituto.

Estabelecidas estas considerações gerais sobre as contribuições, serão estudadas as características específicas da contribuição para a seguridade social, com destaque nos dispositivos constitucionais mais comentados pela doutrina e jurisprudência, especialmente os artigos 149 e 195 da Constituição Federal. Neste momento se dará especial enfoque às alterações provenientes das Emendas Constitucionais nº 20/1998, 41/2003 e 42/2003, principalmente no que tange à discussão da inconstitucionalidade de referidas inovações normativas.

I. A Natureza Jurídica das Contribuições Sociais

A Constituição Federal, no artigo 195, estabeleceu duas formas de financiamento da seguridade social, ou seja, através de recursos advindos dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e de recursos provenientes da arrecadação de contribuições para esse fim destinadas. A primeira espécie de recursos, instituída no *caput* do artigo 195 da Constituição Federal, é denominada "financiamento indireto", enquanto a segunda, prevista nos incisos de I a IV do referido dispositivo constitucional, é chamada "custeio direto" e será objeto deste trabalho.

Antes de avaliarmos a natureza jurídica das contribuições, cumpre levantar algumas considerações gerais sobre os conceitos de "regime jurídico" e "natureza jurídica".

Segundo Tácio Lacerda Gama, regime jurídico consiste no "conjunto de enunciados de autorização, princípios, imunidades e dispositivos complementares que regulam a instituição e interpretação das normas" que veiculam determinado instituto jurídico. [2] Natureza jurídica é o conjunto de características específicas, os atributos que determinado instituto ostenta e que permite ser considerado elemento de determinado grupo. [3]

Há doutrinadores que sequer atribuem natureza tributária às contribuições sociais, apesar de reconhecerem sua sujeição parcial ao regime jurídico tributário.

2 GAMA, 2007, p. 1151

3 GAMA, 2007, p.1144

Destacam que não se pode conferir às contribuições sociais natureza tributária, pelo fato de não se sujeitarem a todos os princípios tributários. Ademais, defendem que, caso apresentassem as contribuições sociais natureza tributária, desnecessário seria que o constituinte determinasse expressamente, no artigo 149, *caput*, que observassem o disposto no artigo 146, inciso III, e artigo 150, incisos I e III, do Texto Constitucional. Se efetivamente se caracterizassem como tributos, sua sujeição aos referidos dispositivos legais seria automática, sendo desnecessária explicitá-la.

Fabiana Del Padre Tomé, entretanto, confere às contribuições sociais natureza jurídica tributária, posicionamento no qual é acompanhada por Roque Antonio Carrazza, Paulo de Barros Carvalho, Hugo de Brito Machado, Eduardo Marcial Ferreira Jardim, Ricardo Conceição Souza.

O primeiro argumento lançado pela autora em abono de tal entendimento é a localização do artigo 149 que institui as contribuições sociais na Constituição Federal, inserido no Título VI: DA TRIBUTAÇÃO E DO ORÇAMENTO, Capítulo I: Do Sistema Tributário Nacional. Apesar de as contribuições para o custeio da seguridade social estarem mais especificamente disciplinadas em capítulo diverso (Capítulo II: Da Seguridade Social, Título VIII: Da Ordem Social, artigo 195), são também mencionadas no artigo 149 do diploma constitucional.[4]

Embora a simples localização do dispositivo legal que institui as contribuições sociais na Constituição Federal, ou seja, o argumento topológico, não seja fator por si só determinante da natureza jurídica de tal instituto, é razoável ponderar que o fato de se sujeitarem, por determinação constitucional expressa, ao regime jurídico tributário, implica que se revistam de natureza jurídica tributária.

Cumpre argumentar que a não aplicação de certos princípios tributários às contribuições sociais constitui exceção, que apenas confirma a regra de que os demais princípios lhes são aplicáveis.

Na opinião de Roque Antonio Carrazza, as contribuições sociais têm natureza jurídica tributária, especialmente porque no *caput* do artigo 149 há expressa referência ao artigo 146, inciso III e ao artigo 150, incisos I e II, da Constituição Federal. Assim, devem as contribuições mencionadas no artigo 149 da Magna Carta atender aos princípios que norteiam a tributação no país. [5]

Paulo de Barros Carvalho compartilha o mesmo posicionamento, destacando que com o advento da Constituição Federal de 1988 (especificamente com o artigo 149, *caput*), a discussão acerca da natureza jurídica das contribuições restou ultrapassada.[6]

---

4 TOMÉ, 2006, P. 86/87

5 CARRAZA, 2007, p. 565

6 CARVALHO, 2007, p.43

Explica o renomado jurista que a natureza tributária atribuída pelo artigo 149, *caput*, da Constituição Federal, às contribuições se vislumbra sobre os seguintes aspectos: a) devem observar o disposto no artigo 146, inciso III do mesmo texto legal, que prevê que as normas gerais sobre matéria tributária devem ser introduzidas no ordenamento jurídico mediante lei complementar; b) sujeitam-se ao princípio da legalidade estrita, pelo qual é vedado exigir-se ou majorar-se tributo sem que a lei o estabeleça (artigo 150, inciso I, Constituição Federal); c) submetem-se aos princípios da irretroatividade e da anterioridade (artigo 150, inciso III, Constituição Federal); d) excepciona o princípio da anterioridade no tocante às contribuições para a seguridade social, estipulando o termo inicial para a vigência da lei que tenha instituído ou modificado estas contribuições para noventa dias após a data da respectiva publicação (artigo 195, parágrafo 6º, Constituição federal).

Conclui Hugo de Brito Machado:

> *É induvidosa, hoje, a natureza tributária dessas contribuições. Aliás, a identificação da natureza jurídica de qualquer imposição do Direito só tem sentido prático porque define o seu regime jurídico, vale dizer, define quais são as normas jurídicas aplicáveis. No caso de que se cuida, a Constituição afastou as divergências doutrinárias afirmando serem aplicáveis às contribuições em tela as normas gerais de Direito Tributário e os princípios da legalidade e da anterioridade tributárias, com ressalva, quanto a este, das contribuições de seguridade, às quais se aplica regra própria.*[7].

As discussões doutrinárias acerca da natureza tributária das contribuições perderam a importância depois do advento da Constituição Federal de 1988, já que o Supremo Tribunal Federal reiteradamente se manifesta no sentido de conferir-lhes tal natureza jurídica.[8]

No corpo do V. Acórdão referente ao Recurso Extraordinário nº 177.137-2-Rio Grande do Sul, consta transcrição de outro julgado do Supremo Tribunal Federal (RE nº 75.972-São Paulo, Relator Ministro Thompson Flores), tendo por objeto o Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRM), que elucida:

> *Entendo, outrossim, de outro lado, como já exposto, que, não importa o nome que se dê ao adicional em apreço, contribuição parafiscal, contribuição especial, ou contribuição , apenas, o certo é que tem ela caráter tributário, é um tributo, sem regime autônomo, especial, mas sujeita às regras atinentes ao tributo (D. J. 18.abril.1997).*

7 MACHADO, 2008, p.410

8 SOUZA, 2001, p. 490

No mesmo sentido o V. Acórdão do Supremo Tribunal Federal pertinente ao Recurso Extraordinário nº 290.079-6-Santa Catarina (Relator Ministro Ilmar Galvão), em que se declarou a constitucionalidade da contribuição do salário-educação instituída pelo Decreto-Lei nº 1.422/75, face à Constituição Federal de 1988:

> *Registre-se, de logo, que, sob o regime da EC 01/69, a contribuição social do salário-educação foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº 83.662-RS) como contribuição social de natureza diversa da tributária...*
> *(...)*
> *O fato de não revestir a contribuição em apreço natureza tributária é o que a pôs a cobro da incidência do princípio da legalidade estrita, previsto no art.19, I, da EC 01/69 (art. 150, I, da CF/88)...*
> *(...)*
> *Conferiu-lhe a CF/88 caráter tributário, por sujeitá-la, como as demais contribuições sociais, à norma do seu art. 149, que investiu a União na competência exclusiva de "instituir contribuições sociais..., observado o disposto nos arts. 146, III e 150, I e III,...". A remissão aos dispositivos constitucionais enumerados (observância às normas gerais de natureza tributária estabelecidas em lei complementar, bem como aos princípios da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade da lei), com efeito, não deixa dúvida de que, a partir de então, a contribuição do salário-educação, espécie do gênero contribuição social, passou a revestir natureza tributária.*
> *A velha contribuição, portanto, sob nova roupagem tributária, por efeito da menção expressa que lhe fez o §5º do art. 212 da Constituição, foi mantida com a mesma estrutura normativa do Decreto-Lei nº 1.422/75... (D. J. 04.abril.2003).*

Em síntese, sujeitam-se as contribuições, por expressa determinação constitucional (artigo 149, *caput*, do Texto Maior), às normas gerais em matéria tributária e, como regra, aos princípios que regem o sistema tributário pátrio (regime jurídico tributário), assim, não há como se repelir sua natureza tributária. Por outro lado, seus atributos específicos (natureza jurídica) permitem identificá-las como tributo, nos termos da definição encontrada no artigo 3º do Código Tributário Nacional.

II. Classificação dos Tributos

Estabelecida a natureza jurídica tributária das contribuições, imperioso é observar que há divergência entre os estudiosos acerca de sua classificação como tributo, havendo autores que afirmam consistir em espécie tributária autônoma, enquanto outros defendem tratar-se de tributo que ora se reveste das características de imposto, ora de taxa.

A corrente bipartida de classificação dos tributos, representada principalmente por Alfredo Augusto Becker, classifica-os em impostos e taxas, utilizando a "base de cálculo" como critério de classificação. Assim:

...enquanto as taxas têm sua base de cálculo representada por um serviço estatal ou coisa estatal, os impostos encontram a respectiva base de cálculo num fato lícito qualquer, não consistente em serviço estatal ou coisa estatal.[9]

Geraldo Ataliba também defendia a classificação bipartite, partindo da divisão inicial dos tributos em duas espécies: *vinculados* e *não vinculados* a uma atividade estatal. Percebe-se que tal classificação se estrutura no aspecto material da hipótese de incidência tributária. Como ensina Fabiana Del Padre Tomé:

Pela corrente sob comento, os tributos não vinculados a qualquer atividade estatal são impostos, ao passo que os tributos dependentes de uma atuação estatal, denominados vinculados, subdividem-se em dois grupos: taxas e contribuições. Estes, por sua vez, diferenciam-se por ser a atividade do Estado direta ou indiretamente referida ao contribuinte: taxa, se diretamente; contribuição, se indiretamente.[10]

Paulo de Barros Carvalho acompanha Geraldo Ataliba na classificação dos tributos em vinculados e não vinculados, destacando sua conotação eminentemente jurídica, em confronto com as classificações baseadas em critérios extrajurídicos, principalmente econômicos:

... os tributos podem ser vinculados a uma atuação do Estado – taxas e contribuições de melhoria – e não vinculados – impostos. As outras contribuições, por revestirem ora caráter de tributos vinculados, ora o de impostos, não constituem categoria à parte, pelo que hão de subsumir-se numa das espécies enumeradas. [11]

Fabiana Del Padre Tomé também adota a classificação inicial dos tributos em vinculados e não vinculados. Todavia, salientando que a classificação dos tributos apenas em taxas, contribuições de melhoria e impostos não se coaduna com a atual Constituição Federal, a autora subdivide estes últimos em: impostos em sentido estrito; impostos com destinação específica, que seriam as contribuições; e impostos restituíveis, consistentes no empréstimo compulsório. [12]

Bastante difundida no Brasil a corrente tripartite, que classifica os tributos apenas em impostos, taxas e contribuições. Vislumbra-se divergência entre os defensores deste posicionamento havendo aqueles que entendem que as contribuições são espécie tributária autônoma e "aqueles que consideram

9 AMARO, 2009, p.65

10 TOMÉ, 2006, p. 68

11 CARVALHO, 2007, p; 35/36

12 TOMÉ, 2006, p. 82

ser a contribuição de melhoria a única juridicamente possível, sendo que as demais figuras denominadas contribuições caracterizam sempre impostos ou taxas". [13]

A classificação dos tributos em quatro espécies é defendida, entre outros, por Luciano Amaro:

> *...identificamos quatro grupos de espécies tributárias, que permitem, por sua vez, variadas subdivisões, conforme o nível de análise ou o critério de discriminação que seja eleito:*
> *1º) impostos;*
> *2º) taxas (de serviço, de polícia, de utilização de via pública e de melhoria);*
> *3º) contribuições;*
> *4º) empréstimos compulsórios.* [14]

Esclarece Fabiana Del Padre Tomé:

> *Esse autor relaciona os empréstimos compulsórios como figura autônoma por não apresentarem hipótese de incidência especificamente determinada na Constituição, serem restituíveis e possuírem destinação específica, fatores estes que os diferenciariam dos impostos. E, quanto às contribuições, igualmente as considera irredutíveis à categoria de impostos ou taxas: não seriam taxas porque suas hipóteses de incidência não representam atuações do Estado e suas bases de cálculo são iguais às de impostos; não seriam impostos por haver destinação específica constitucionalmente prevista ao produto de sua arrecadação.*[15]

Hugo de Brito Machado também defende a classificação dos tributos em quatro espécies: impostos, taxas, contribuições de melhoria e contribuições sociais, estas subdivididas em contribuições de intervenção no domínio econômico, contribuições do interesse de categorias profissionais ou econômicas e contribuições de seguridade social. Assevera o renomado jurista que o empréstimo compulsório não é tributo. [16]

Por fim, há doutrinadores que classificam os tributos em cinco espécies diferentes: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições e empréstimos compulsórios. Entre eles Eduardo Marcial Ferreira Jardim, que pondera:

13 TOMÉ, 2006, p. 69

14 AMARO, 2009, p. 81

15 TOMÉ, 2006, p.72

16 MACHADO, 2008, p.62

O art. 5º do Código Tributário Nacional dispõe que as espécies tributárias são os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria. Entrementes, o sistema constitucional tributário nos mostra que os empréstimos compulsórios, bem como as contribuições sociais, interventivas e profissionais, também representam modalidades do gênero tributo.

(...)

A bem pensar, o preceito do Código transgride o regime jurídico tributário consagrado no Texto Supremo, razão por que merece considerado como não recepcionado pela ordem constitucional a viger... [17]

A meu ver, razoável a classificação dos tributos em cinco espécies: taxas, impostos, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições (englobando contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e as de interesse das categorias profissionais ou econômicas). Este critério classificatório respeita as diferenças entre as diversas exações, além de evidenciar-se em ampla sintonia com a atual Constituição Federal, que prevê a instituição de impostos, taxas e contribuição de melhoria no artigo 145, de empréstimos compulsórios no artigo 148 e de contribuições no artigo 149.

III. A Contribuição como Espécie Tributária Autônoma

O artigo 149 da Constituição Federal, ao prever a instituição das contribuições sociais, não delineou sua regra-matriz, limitando-se a mencionar suas finalidades, que podem ser: a) intervenção no domínio econômico; b) atendimento a interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas; e c) custeio da seguridade social, alvo do presente estudo.

Assinala Luciano Amaro que a característica peculiar do regime jurídico das contribuições está exatamente na "destinação a determinada atividade, exercitável por entidade estatal ou paraestatal, ou por entidade não estatal reconhecida pelo Estado como necessária ou útil à realização de uma função de interesse público". [18]

Não tendo a Constituição Federal especificado a regra-matriz das contribuições, cabe ao legislador ordinário da União fazê-lo, atendendo a uma das três finalidades previstas no artigo 149 da Carta Magna, respeitando a esfera de competência tributária dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, as normas gerais tributárias e os direitos fundamentais dos contribuintes, aclamados nos princípios constitucionais tributários.

Ressalta Roque Antonio Carrazza que pelo fato de não haver no Texto Maior delimitação das hipóteses de incidência e base de cálculo das contribuições, conforme a previsão legal infraconstitucional relativa a esses aspectos do tributo,

17 JARDIM, 2008, p.106/107

18 AMARO, 2009, p. 84

poderá a contribuição revestir-se da natureza jurídica de imposto ou taxa.[19] A tese é acompanhada por Paulo de Barros Carvalho e Hugo de Brito Machado.[20]

Posicionamento diferente adota Fabiana Del Padre Tomé, defendendo a jurista configurarem as contribuições espécie tributária autônoma, com características específicas. Destaca a autora que nas contribuições a vinculação do tributo a uma atividade estatal é prescindível, o que não ocorre nas taxas e contribuições de melhoria. Neste sentido, as contribuições estariam mais próximas dos impostos "consistindo em uma situação independente de qualquer atividade estatal relativa ao contribuinte, sendo irrelevante a existência de vantagem ou despesa especial por ele ocasionada". [21]

Salienta, ainda, que enquanto nos impostos é vedada a vinculação da receita arrecadada (artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal), nas contribuições a destinação do produto arrecadado é imposta pelo artigo 149 da Carta Magna, tratando-se de elemento essencial desta espécie tributária.

Por fim, observa a tributarista que as contribuições se assemelham aos empréstimos compulsórios no concernente à hipótese de incidência (tributos não vinculados à atuação estatal) e ao destino específico da arrecadação, exigido em ambos. Entretanto, diferenciam-se em virtude da restituibilidade presente nos empréstimos compulsórios e ausente nas contribuições.[22] Este entendimento é compartilhado por Luciano Amaro e por Eduardo Marcial Ferreira Jardim. [23]

Entendo que as contribuições constituem modalidade tributária autônoma, já que não se identificam integralmente com qualquer das demais espécies de tributos.

As contribuições não podem ser classificadas como taxas, "porquanto a atuação da União na área social e de seguridade, econômica ou corporativa, é muito mais ampla e complexa do que o simples exercício do poder de polícia ou de prestação de serviço público específico e divisível".[24]

Não podem ser caracterizadas como impostos, já que é de sua essência a indicação de destinação específica (artigo 149, *caput*, da Constituição Federal), enquanto aos impostos é expressamente vedada a vinculação de receita a órgão, fundo ou despesa (artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal).

As contribuições também não podem ser confundidas com a contribuição de melhoria, pois este tributo é diretamente relacionado a obras públicas (artigo

19 CARRAZZA, 2007, 568/569

20 CARVALHO, 2007, p.44, MACHADO, 2008, p.409

21 TOMÉ, 2006, P. 91

22 TOMÉ, 2006, p. 94

23 JARDIM, 2008, p.118

24 SOUZA , 2002, p. 45

145, inciso III, da Constituição Federal), enquanto as contribuições previstas no artigo 149, *caput*, do Texto Maior serão instituídas para intervir no domínio econômico, para atender a interesses de categorias profissionais ou econômicas, ou para custear a seguridade social.

Por fim, não podem ser classificadas como empréstimo compulsório, já que não se caracterizam como tributos restituíveis, além de sua instituição não estar vinculada a despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra ou sua iminência, ou a investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional (artigo 148, da Constituição Federal).

Neste sentido o V. Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 138.284-8 Ceará, publicado no D.J. em 28 de agosto de 1992, que teve como Relator o Ministro Carlos Velloso, em que se discutiu a constitucionalidade da Lei nº 7.689/88, que instituiu contribuição para custeio da seguridade social sobre o lucro das pessoas jurídicas.

O mesmo entendimento é verificado no V. Acórdão pertinente ao Recurso Extraordinário nº 177.137-2 Rio Grande do Sul, publicado no D.J em 28 de abril de 1997, em que também foi Relator o Ministro Carlos Velloso, e em que se discutiu a constitucionalidade do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM), disciplinado pelo Decreto-lei nº 2.404/87. Naqueles autos afirmou o Ministro Relator que "a contribuição parafiscal ou especial é um terceiro gênero. Vale dizer, não é imposto e não é taxa". [25]

IV. Espécies de Contribuições

O artigo 149 da Constituição Federal faz referência a três modalidades de contribuições, chamadas por Roque Antonio Carrazza de: interventivas (de intervenção no domínio econômico), corporativas (de interesse das categorias profissionais ou econômicas) e sociais. As contribuições sociais, por sua vez, subdividem-se em duas categorias: as genéricas (artigo 149, *caput*, da Constituição Federal) e as destinadas à seguridade social (artigo 149, parágrafo único e artigo 195 do Texto Maior).

Nos termos do aludido artigo 149 da Constituição, compete exclusivamente à União instituir as contribuições. O parágrafo único do referido dispositivo, entretanto, permite aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de contribuição a ser cobrada exclusivamente de seus servidores, para custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.

Como anteriormente mencionado, o artigo 149 da Constituição Federal não indicou a regra-matriz das contribuições, limitando-se a estabelecer suas finalidades. Assim, as contribuições serão instituídas para intervir no domínio econômico, para responder a interesses de categorias profissionais ou econômicas, ou para custear a seguridade social.

25 (RTJ 143/313)

É interessante observar que a função das contribuições diante da vigente Constituição Federal não é a de assegurar recursos financeiros ao Tesouro Nacional. Tais contribuições têm função parafiscal, ou seja, visam obter recursos financeiros para entidades do Poder Público com atribuições específicas e orçamento próprio. Assim, as contribuições de categorias profissionais ou econômicas objetivam recursos para os orçamentos das entidades representativas destas categorias, enquanto as contribuições de seguridade social visam à constituição de receita para o orçamento da seguridade social, e, por fim, as contribuições de intervenção no domínio econômico pretendem a obtenção de recursos para o desenvolvimento de ações intervencionistas pelo Estado ou a Administração.

Neste ponto é vital notar que, apesar das contribuições previstas no artigo 149 da Constituição Federal se sujeitarem às normas gerais tributárias, a elas não se aplica a vedação do artigo 167, inciso IV, do Texto Constitucional, pertinente a não vinculação do valor arrecadado a título de impostos. Isto porque o artigo 167, inciso IV, da Carta Magna refere-se especificamente aos impostos e não às contribuições, mas a estas não deve ser aplicado mesmo que revestidas da natureza de impostos – no caso de ser adotado o entendimento de que as contribuições não constituem espécie de tributo autônoma, podendo ser caracterizadas como impostos, dependendo da previsão legal de sua hipótese de incidência e base de cálculo. O fato é que as contribuições estão intimamente atreladas ao atendimento da finalidade constitucional que autoriza sua instituição.

Diante do teor do artigo 149 da Constituição Federal, imperiosa e inevitável é a vinculação do produto da arrecadação da contribuição à finalidade que justificou sua instituição. Assim, deverá o produto arrecadado através da contribuição ser destinado ao custeio da seguridade social, ao atendimento de interesses de determinada categoria profissional ou econômica, ou viabilizar a intervenção do domínio econômico, não podendo ser dissociado da finalidade que justificou sua criação, sob pena de se revestir de inconstitucionalidade. É que a Constituição Federal autoriza sua instituição taxativamente para o atendimento de uma destas três finalidades.

É certo que o artigo 4º, inciso II, do Código Tributário Nacional estabelece que a destinação legal do produto da arrecadação de um tributo não lhe altera a natureza jurídica. Entretanto, tal ponderação é impertinente à análise das contribuições previstas no artigo 149 da Constituição Federal, pois o próprio texto constitucional prevê a vinculação da receita obtida como essência destes tributos. Portanto, é inevitável concluir, diante do vigente Texto Maior, que tal dispositivo infraconstitucional não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, como ensina Paulo de Barros Carvalho. [26]

26 CARVALHO, 2007, p. 28/30

O vínculo entre a instituição da contribuição e a destinação do produto arrecadado, imposto pelo artigo 149 da Constituição Federal, é tão intenso, que é imprescindível que a própria lei instituidora preveja a destinação da arrecadação, sob pena de inconstitucionalidade.

Interessante é observar a possibilidade de que a mesma hipótese de incidência seja utilizada para um imposto da União e para uma das contribuições referidas no artigo 149 do Texto Constitucional, sem que se possa falar em *bitributação* ou *bis in idem*. Evidentemente não se pode cogitar da bitributação, já que os tributos em questão estão sendo instituídos pelo mesmo ente tributante. Por outro lado, há que se repelir também o *bis in idem*, sendo oportuno transcrever, mais uma vez, os ensinamentos do professor Roque Antonio Carrazza:

> *Mas, também não há que se falar em bis in idem, porquanto a destinação necessária do produto da arrecadação confere, à contribuição, materialidade diversa daquela do imposto sobre a renda, ainda que incidindo sobre base econômica equivalente. Melhor explicitando: um (o imposto sobre a renda), tem por materialidade a obtenção de rendimentos, pura e simplesmente; a outra (a contribuição), a obtenção de rendimentos, tendo em vista o custeio da Seguridade Social.*[27]

Roque Antonio Carrazza não atribui às contribuições natureza tributária específica, reconhecendo-as ora como taxa, ora como imposto, conforme anteriormente mencionado. Todavia, as observações ora transcritas acabam por reforçar o entendimento de que as contribuições são, na realidade, espécie tributária autônoma.

As contribuições de intervenção no domínio econômico têm por objetivo servir ao Estado como instrumento para a consagração dos princípios constitucionais elencados no artigo 170 da Constituição Federal: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

As contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas, também denominadas contribuições corporativas, têm por finalidade "o custeio de entidades que fiscalizem e regulem o exercício de determinadas atividades profissionais ou econômicas, bem como representem e defendam os interesses dessas categorias profissionais".[28]

Como anteriormente mencionado, seguindo os ensinamentos de Fabiana Del Padre Tomé, as contribuições sociais subdividem-se em genéricas e destinadas

27 CARRAZZA, 2007, p. 573/574

28 TOMÉ, 2006, p. 101)

a custear a seguridade social. As primeiras são mais abrangentes, tendo como objetivo financiar as atividades da União relativas à educação, habitação, etc. Exemplo desta espécie de contribuição é o salário-educação, destinado ao custeio da educação básica pública (artigo 212, parágrafo 5º, da Constituição Federal). As contribuições para a seguridade social têm como escopo o financiamento das atividades estatais relativas à saúde, à previdência e à assistência social (artigo 194, *caput*, da Constituição Federal).

Desenvolvidas estas ponderações gerais sobre as contribuições delineadas no artigo 149 do Texto Maior, passemos a tecer comentários mais específicos sobre as contribuições sociais para a seguridade social.

V. Contribuições para a Seguridade Social

Estabelece o *caput* do artigo 194 da Constituição Federal que 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. O Texto Maior, no artigo 165, parágrafo 5º, inciso III, confere autonomia orçamentária à seguridade social, estabelecendo que será organizada não apenas pelo Governo, mas com participação dos trabalhadores, empresários e aposentados (artigo 194, parágrafo único, inciso VII, da Constituição Federal).

As contribuições de seguridade social constituem a espécie de contribuição social cujas bases encontram-se melhor definidas constitucionalmente, tendo sido tratadas no artigo 195, incisos I a IV, e seus parágrafos 4º, 6º, 9º, 12 e 13, bem como no artigo 165, parágrafo 5º, inciso III, e artigo 194, inciso VII, da Carta Magna.

Conforme pincelado no item anterior, as contribuições de seguridade social ostentam flagrante função parafiscal, ou seja, destinam-se a assegurar recursos financeiros a órgão do Poder Público com atribuições específicas (Seguridade Social), desvinculado do Tesouro Nacional. Portanto, estas contribuições não podem constituir receita do Tesouro Nacional, devendo ingressar diretamente no orçamento da seguridade social.

O *caput* do artigo 195 da Constituição Federal estabelece que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I- do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998); II- do trabalhador e dos demais segurados da previdência social,

não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o artigo 201(cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade; proteção ao trabalhador desempregado; salário-família, auxílio-reclusão; pensão por morte) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998); III- sobre a receita de concursos de prognósticos; IV- do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42/2003).

Conforme anteriormente mencionado, estabelece o artigo 149, *caput*, da Constituição Federal ser aplicável às contribuições o artigo 146, inciso III, do mesmo diploma legal. Assim, há previsão constitucional de que lei complementar deve estipular as normas gerais pertinentes às contribuições, inclusive sobre prescrição e decadência (artigo 146, inciso III, alínea "b", *in fine*). Ocorre que o artigo 45 da Lei nº 8.212/1991 (Lei de Organização e Custeio da Seguridade Social) prevê o prazo decadencial de dez anos para a constituição do crédito da Seguridade Social, enquanto o artigo 46 do mesmo texto legal determina o prazo prescricional de dez anos para a cobrança do referido crédito.

Há discussão doutrinária acerca da constitucionalidade dos mencionados dispositivos legais, já que veiculados por lei ordinária, o que confrontaria o disposto nos artigos 149, *caput,* e 146, inciso III, alínea "b", da Constituição Federal. Afinal, determina o texto constitucional, claramente, que as matérias pertinentes à decadência e à prescrição das contribuições para o custeio da seguridade social sejam objeto de lei complementar.

Reconhecida a inconstitucionalidade, prevaleceriam os prazos decadencial e prescricional de cinco anos previstos respectivamente nos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional, recepcionado como lei complementar após o advento da Constituição Federal de 1988. Este é o entendimento ora acatado e que já foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 148.754-2 Rio de Janeiro), diante do expresso mandamento do artigo 146, inciso III, alínea "b", da Constituição Federal, aplicável às contribuições referentes à seguridade social, nos termos do já referido artigo 149, *caput*, do Texto Maior.

Posicionamento diverso adota Roque Antonio Carrazza, que defende a constitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, entendendo prevalecerem atualmente quanto às contribuições para custeio da seguridade social os prazos, prescricional e decadencial, de dez anos, em detrimento ao disposto nos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional.[29]

Interessante mencionar que a questão ainda não se encontra definitivamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal. Diante do Recurso Extraordinário nº

29 CARRAZZA, 2007, p. 906/907

556.664-1-Rio Grande do Sul, em que se questiona exatamente a constitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, houve o reconhecimento de que se trata de hipótese de repercussão geral (artigo 543-B do Código de Processo Civil), determinando-se a suspensão dos recursos extraordinários e agravos de instrumento que versem sobre o tema, até que haja manifestação definitiva do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade ou não dos referidos dispositivos legais. Portanto, há que se aguardar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 556.664-1-Rio Grande do Sul.

VI. Princípios Constitucionais Tributários Aplicáveis às Contribuições para a Seguridade Social

O princípio pode ser caracterizado no ordenamento jurídico como uma norma de profundo conteúdo axiológico, que orienta e condiciona toda a produção legislativa, bem como a interpretação e aplicação do direito. Os princípios conferem estrutura e coesão ao ordenamento jurídico.

Os princípios podem ser identificados em qualquer produção legislativa, mas aqueles estampados na Constituição Federal evidentemente assumem maior relevância, posto que hierarquicamente superiores.

No campo do Direito Tributário, os princípios constitucionais mostram-se especialmente importantes, pois visam proteger o contribuinte contra eventuais abusos na instituição e cobrança dos tributos pelo Estado.

Diante da reconhecida natureza jurídica tributária das contribuições sociais é inevitável concluir, de maneira genérica, sujeitarem-se aos princípios constitucionais tributários. Entretanto, tendo em vista as peculiaridades das contribuições para o custeio da seguridade social, imprescindível é a análise dos mais importantes princípios constitucionais tributários sob a ótica deste tributo específico.

1. Princípio da Estrita Legalidade Tributária

A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso II, determina que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", consagrando o princípio da legalidade. Como se não bastasse, optou o legislador constitucional por repetir o comando ao disciplinar a tributação, estabelecendo ser vedado aos entes políticos "exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça" (artigo 150, inciso I, da Constituição Federal). É o princípio da estrita legalidade tributária, a ser observado também no referente às contribuições para a seguridade social, posto que tributos. Assim, todos os aspectos da regra-matriz pertinentes às contribuições de que se fala devem ser estabelecidos por lei ordinária, ou por lei complementar, na hipótese de contribuição social residual (artigo 195, parágrafo 4 º, da Carta Magna).

No tocante às contribuições, cabe à lei instituidora, além de viabilizar a identificação de todos os elementos da hipótese de incidência tributária, indicar os motivos que fundamentam sua criação e o destino da respectiva arrecadação, diante do teor do *caput,* do artigo 149, da Magna Carta.

2. Princípio da Irretroatividade

O artigo 150, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, por sua vez, aclama o princípio da irretroatividade da lei tributária, vedando a cobrança de tributos "em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado". Tal dispositivo mostra-se em sintonia com o artigo 5º, inciso XXXVI, do Texto Constitucional, que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Configura flagrante instrumento de segurança jurídica.

O comando deve ser respeitado por ocasião da cobrança de qualquer tributo, prevalecendo, por óbvio, na hipótese das contribuições para custeio da seguridade social.

3. Princípio da Anterioridade

O princípio da anterioridade, estampado no artigo 150, inciso III, alínea "b", da Constituição Federal, veda que as pessoas políticas cobrem tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, visando evitar a tributação surpresa.

O exercício financeiro em nosso país coincide com o ano civil, compreendendo, portanto, o período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de cada ano, conforme disposto no artigo 34 da Lei nº 4.320/1964, recepcionada como lei complementar, diante do teor do parágrafo 9º, inciso I, da Constituição Federal.

As contribuições em geral devem respeitar o princípio da anterioridade, todavia, as contribuições para o custeio da seguridade social receberam tratamento especial, representando mais uma exceção ao princípio em comento, já que, nos termos do artigo 195, parágrafo 6º, da Carta Magna, tais contribuições podem ser exigidas depois de decorridos apenas noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou majorado, sendo irrelevante se está ou não no mesmo exercício financeiro.

Oportuno salientar que a anterioridade especial prevista no artigo 195, parágrafo 6º, da Constituição Federal afasta, segundo Roque Antonio Carrazza, a possibilidade das contribuições para o custeio da seguridade social serem instituídas ou majoradas por medida provisória, de eficácia imediata.[30]

30 CARRAZZA, 2007, p. 290.

4. Princípio da Isonomia Tributária

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal esclarece que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", celebrando o princípio da igualdade. Como se não bastasse, o constituinte renovou a ordem no artigo 150, inciso II, impondo o princípio da isonomia tributária, que veda a discriminação entre os contribuintes e que, por óbvio, deve ser observado na instituição das contribuições para a seguridade social, já que afeta ao regime jurídico tributário.

Cumpre notar que o princípio da isonomia tributária impõe tratamento diferenciado entre as classes de contribuintes, considerando suas peculiaridades. Assim, a lei instituidora da contribuição para custeio da seguridade social pode e deve estabelecer alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, considerando as especificidades das diversas categorias de contribuintes. Neste sentido o artigo 195, parágrafo 9º, da Constituição Federal.

5. Princípio do Não Confisco

No sentido de proteger o contribuinte de excessos por parte dos entes tributantes, o artigo 150, inciso IV, do Texto Maior, veda que o tributo seja usado com efeito de confisco, impedindo que resulte "em substancial redução do patrimônio ou em dificuldades para a manutenção das atividades do contribuinte". [31]

O princípio do não confisco reforça o valor da livre iniciativa e o direito de propriedade aclamados na Constituição Federal, no artigo 5º, incisos XIII e XXII, bem como artigo 170, do Texto Maior, pregando o direito tributário justo, moderado. Todavia, difícil é a indicação precisa do limite em que passa o tributo a ser confiscatório, devendo cada situação ser concreta e especificamente analisada.

Evidentemente, o princípio do não confisco prevalece no concernente às contribuições para a seguridade social, evitando que eliminem o lucro do empregador ou do importador, ou onerem demasiadamente a folha salarial, o que poderia até motivar a demissão de empregados. Por outro lado, as contribuições assumidas pelos trabalhadores e segurados da previdência social não podem atingir patamares que prejudiquem sua sobrevivência digna, conforme acima mencionado.

31 TOMÉ, 2006, p. 136

6. Princípio da Capacidade Contributiva

O artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição Federal consagra o princípio da capacidade contributiva, que guarda estreita relação com os princípios da isonomia tributária e do não confisco. Ensina Fabiana Del Padre Tomé:

> *(...) o princípio da capacidade contributiva apresenta três significados: a) restrição da tributação a fatos que ostentem sinais de riqueza; b) concretização do princípio da igualdade tributária; e c) determinação de que o contribuinte não seja tributado além de sua capacidade econômica.* [32]

O parágrafo 1º, do artigo 145, do Texto Maior se refere expressamente aos impostos, mas pode ser aplicado às outras espécies de tributos, como asseveram Hugo de Brito Machado e Roque Antonio Carrazza. [33]

Fabiana Del Padre Tomé, por sua vez, pondera que o legislador utilizou o termo "imposto" no sentido amplo, abrangendo todas as espécies de tributos não vinculados à atuação estatal e, portanto, a regra prevista no artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição Federal abrangeria as contribuições para a seguridade social.[34] *Tal* posição, entretanto, não merece prevalecer. O constituinte foi ostensivo ao aclamar o princípio da capacidade contributiva exclusivamente no tocante aos impostos, não sendo razoável que o vocábulo "imposto" empregado no texto seja extensivamente interpretado, ao ponto de se reconhecer prevalente a exigência constitucional em todas as espécies tributárias.

Contudo, o fato de não ter o constituinte consagrado expressamente o princípio da capacidade contributiva em relação aos demais tributos não permite que o legislador infraconstitucional desrespeite a capacidade econômica do contribuinte ao instituí-los. Ocorre ser inevitável a observância dos princípios da isonomia tributária e do não confisco em todas as espécies tributárias, o que, logicamente, acaba por proteger a capacidade econômica do contribuinte de qualquer tipo de tributo.

Por fim, é interessante observar que para os defensores da tese de que as contribuições não constituem espécie tributária autônoma, ora podendo ser identificadas como taxas, ora como impostos, plausível é a aplicação do parágrafo 1º, do artigo 145, da Constituição Federal. Os adeptos desta teoria costumam afirmar que a contribuição para custeio da seguridade social paga pelos empregadores configuraria um imposto, enquanto aquela despendida pelos trabalhadores teria a natureza de taxa, pois os contribuintes auferem benefícios previdenciários em resposta aos pagamentos efetuados. Assim, o princípio da capacidade contributiva prevaleceria quando da instituição das contribuições assumidas pelos empregadores.

---

32 TOMÉ, 2006, p. 138

33 CARRAZZA, 2007, p. 86

34 TOMÉ, 2006, p. 138/140

7. Princípio da Solidariedade

O princípio da solidariedade, estampado no artigo 195 da Carta Magna, é característico das contribuições sociais para o custeio da seguridade social e deve ser aplicado em sintonia com as prescrições constitucionais sobre os limites da tributação, sob pena de ser inadequadamente utilizado para justificar qualquer instituição ou majoração de contribuição desta espécie.

VII. DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Imperioso é que se defenda a estabilidade da Constituição Federal, todavia, inevitável é reconhecer a necessidade de que possua mecanismos de adaptação às mudanças sociais, vislumbrando-se, assim, a importância das emendas constitucionais previstas no artigo 60 da Constituição Federal, que deverão se sujeitar aos princípios constitucionais fundamentais, aos valores considerados superiores pelo poder constituinte originário. Esses valores, que devem ser tidos como imodificáveis pelo poder constituinte derivado, constituem as cláusulas pétreas, consagradas no artigo 60, parágrafo 4º, incisos I a IV, do Texto Maior.

Os direitos e garantia individuais protegidos como cláusulas pétreas não são apenas aqueles elencados no artigo 5º da Constituição Federal, mas também aqueles previstos no artigo 150 do mesmo diploma legal, entre outros (que compõem o "Estatuto do Contribuinte") que visem proteger os interesses dos sujeitos passivos das obrigações tributárias.

Importante é reconhecer a prevalência do princípio da irretroatividade das leis também em relação às emendas constitucionais, que só podem ser aplicadas aos fatos que ocorram em momento posterior ao início de sua vigência.

Feitas estas colocações, inevitável é a conclusão de que emendas constitucionais não podem fundamentar a convalidação de leis consideradas inconstitucionais antes de sua promulgação. As alterações provocadas pelas emendas constitucionais somente podem atingir fatos posteriores ao início de sua vigência. Se norma emitida anteriormente foi considerada inválida por ferir a Constituição Federal, não poderá socorrer-se de posteriores mudanças no texto constitucional para tornar-se válida. Admitir a repristinação, ou seja, a constitucionalização de texto legal que originalmente colidia com o Texto Maior, seria negar vigência aos princípios constitucionais mais elementares, entre eles o da segurança jurídica e o da irretroatividade da lei.

1. Emenda Constitucional Nº 20/1998

O legislador constituinte derivado, através da Emenda Constitucional nº 20/1998, alterou a redação do artigo 195, incisos I e II e parágrafo 8º, da Constituição Federal de 1988, modificando as possíveis fontes de financiamento direto da seguridade social.

Estabelece o inciso I, do artigo 195, da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 20/1998, que a seguridade social será financiada pela contribuição social do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; a receita ou o faturamento; e o lucro.

O texto original dispunha que a seguridade social seria custeada pela contribuição dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.

A redação conferida ao inciso I, do artigo 195, da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 20/1998, criou a necessidade de definição por lei ordinária das entidades que serão equiparadas às empresas.

Interessante observar que nos termos do artigo 195, inciso I, vigente antes da Emenda Constitucional nº 20/1998, somente poderiam figurar no polo passivo da obrigação tributária os "empregadores", entendidos como aqueles que assalariassem empregados. Atualmente, diante da alteração do conceito de "empregador", é possível a exigência do tributo de empregadores, empresas ou entidades a elas equiparadas, podendo até ocorrer a exigência de pagamento da contribuição daqueles que não possuam empregados.

Roque Antonio Carrazza e Hugo de Brito Machado julgam inconstitucional a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 20/1998 ao inciso I, do artigo 195. O primeiro prega que a regra-matriz constitucional dos tributos não pode receber ampliação pelo poder constituinte derivado, constituindo cláusula pétrea.[35] Hugo de Brito Machado, por sua vez, defende que à lei ordinária não cabe definir o sujeito passivo da obrigação tributária já delineada constitucionalmente, sob pena de se conferir ao legislador ordinário a possibilidade de modificar a regra-matriz constitucional, redefinindo conceitos. [36]

A Emenda Constitucional nº 20/1998 também inovou ao prever, na alínea "b" do inciso I, do artigo 195, que as contribuições para a seguridade social incidirão não apenas sobre o faturamento, mas também sobre a receita do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada. Desta forma tornou a incidência mais abrangente, recaindo sobre todo o ingresso de valores, decorrente ou não da atividade do contribuinte.

Originalmente, dispunha o inciso II, do artigo 195, da Constituição Federal que uma das possíveis fontes de custeio da seguridade social seriam as contribuições provenientes "dos trabalhadores". A Emenda Constitucional nº 20/1998

35 CARRAZZA, 2007, p. 586

36 MACHADO, 2008, p. 417/418

ampliou o sujeito passivo da obrigação tributária em estudo, fazendo-a incidir também para os "demais segurados da previdência social", excluídos aqueles cuja aposentadoria e pensão tiverem sido concedidas pelo regime geral de previdência de que trata o artigo 201 da Constituição. Tal ampliação, na visão de Antonio Roque Carrazza, é também inconstitucional, já que atinge cláusula pétrea.

Diante das inconstitucionalidades apontadas, defende Roque Antonio Carrazza, abertamente, que as alterações trazidas aos incisos I e II do artigo 195 da Constituição Federal pela Emenda em comento devem ser ignoradas. [37]

A Emenda Constitucional nº 20/1998 também alterou o parágrafo 8º do artigo 195 do Texto Maior, apenas para excluir dentre os sujeitos passivos da contribuição para o custeio da seguridade social os garimpeiros, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes. Esta pequena alteração não causou maiores polêmicas doutrinárias, já que implica em mera redução do alcance da exação.

Conforme já se ressaltou, mesmo no tocante às emendas constitucionais prevalece o princípio da irretroatividade. Assim, não podem as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 20/1998 alcançar fatos a ela anteriores.

Verifica-se a importância da ponderação diante do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, que alterou a base de cálculo das contribuições para custeio da seguridade social denominadas COFINS e PIS, equiparando "faturamento" a "receita bruta", para que passassem a atingir a receita do empregador e não simplesmente o faturamento. A Lei nº 9.718/98 foi editada antes do advento da Emenda Constitucional nº 20/1998 que, como se viu, ampliou a hipótese de incidência das contribuições para a seguridade social passando a abarcar também a receita do empregador. Ora, por ser esta lei posterior, não teve a Emenda Constitucional o condão de convalidar a norma irregular, conforme decidido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1999.03.00.007567-4, tendo como Relatora a Desembargadora Federal Cecília Hamati (DJU2 de 26. janeiro. 00, p.135). Caso assim não decidisse o TRF da 3ª Região, configurar-se-ia hipótese de repristinação, não aceita por nosso ordenamento jurídico, sob pena de ofensa aos princípios da irretroatividade da lei e da segurança jurídica, como anteriormente mencionado.

Neste sentido o V. Acórdão do Supremo Tribunal Federal pertinente ao Recurso Extraordinário nº 390.840-5-Minas Gerais, publicado no D.J. em 15 de agosto de 2006, que teve como Relator o Ministro Marco Aurélio, e que discutia exatamente a possibilidade de reconhecimento da constitucionalidade superveniente do parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, que ao disciplinar as contribuições sociais denominadas COFINS e PIS ampliou o conceito de "receita bruta".

37 *CARRAZZA, 2007, p. 586/587*

2. Emenda Constitucional N° 41/2003

A Emenda Constitucional nº 41/2003 alterou a redação do artigo 40 da Carta Magna, estabelecendo, no *caput*:

> *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.*

O texto anterior determinava:

> *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, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.*

Até o advento da Emenda Constitucional em tela, a taxação do servidor público inativo havia sido instituída pela Lei nº 9.783/99, que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2.010/DF. A inconstitucionalidade foi reconhecida diante da redação original do artigo 40 da Constituição Federal, que estabelecia que o tributo seria devido pelo "servidor ocupante de cargo efetivo". Ademais, declarou o Supremo Tribunal Federal que a referida lei desrespeitava os princípios da retributividade e da contributividade, já que à necessidade de pagamento da contribuição pelos inativos e pensionistas não se seguia o incremento do benefício recebido.

A Emenda Constitucional nº 41/2003, como salientado por Damares Medina, "procurou incorporar os fundamentos delineados no julgamento da ADI nº 2.010, de forma a contornar os óbices que a jurisprudência do STF havia imposto à taxação dos inativos, produzindo, desta forma, a suficiente matriz constitucional.[38]

Esta Emenda Constitucional, ao determinar a incidência da contribuição para a seguridade social sobre os proventos dos servidores inativos, mostra-se não apenas injusta, mas inconstitucional, na opinião de Roque Antonio Carrazza, pois atinge o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, do Texto Maior), além de ofender o princípio da irredutibilidade de proventos (arts. 37, XV, 95, III e 128, § 5º, I, "c", da Constituição Federal). [39]

38 MEDINA, 2008, p. 2

39 CARRAZZA, 2007, p. 594/595

Interessante, neste ponto, a colocação de Leandro Paulsen e Arthur Ferreira Neto, que afastando o caráter retributivo da contribuição para a seguridade social, entendem constitucional a exigência de pagamento da exação pelos aposentados e pensionistas inaugurada pela Emenda Constitucional nº 41/2003, ressaltando não se poder confundir o direito adquirido ao recebimento do benefício previdenciário com a cobrança de tributo sobre tais valores, pois constituiriam relações jurídicas distintas. [40]

Ressaltam, ainda, os autores, não se vislumbrar qualquer ofensa à segurança jurídica, pois respeitados os princípios constitucionais da legalidade estrita, da irretroatividade e da anterioridade nonagesimal. Por fim, asseveram não se evidenciar ofensa ao princípio da isonomia tributária no tocante à previsão de tributação dos benefícios dos aposentados e pensionistas do serviço público, pois a Emenda Constitucional nº 41/2003 reconhece a imunidade, tanto para os beneficiados pelo regime geral de previdência, quanto para os inativos e pensionistas do serviço público, até o patamar do maior benefício do regime geral da previdência. Assim, há respeito também ao princípio da capacidade contributiva.

Por outro lado, entendem maculado o princípio da isonomia tributária pelo parágrafo único, do artigo 4º, da Emenda Constitucional em tela, que impõe tratamento desigual entre aqueles já aposentados ou pensionistas do serviço público e do regime geral, daqueles que já tinham direito adquirido ao recebimento do benefício, bem como dos servidores que venham a se aposentar ou receber pensão, além de diferenciar o tratamento conferido aos servidores federais e aos estaduais e municipais.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105/DF, assentou a constitucionalidade da contribuição dos servidores inativos e pensionistas, entendendo que o princípio da solidariedade, introduzido pela Emenda, autorizava a cobrança da contribuição dos aposentados e pensionistas, em favor da solvabilidade do sistema previdenciário, modificando, assim, a concepção do princípio da retributividade. O Egrégio Tribunal passou a entender "que o princípio da retributividade direta garante, apenas, o não incremento do benefício sem a correspondente fonte de custeio, e não o inverso".[41]. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a distinção de faixas de não incidência da contribuição entre servidores inativos, repelindo os incisos I e II do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003, determinando a sujeição de todos os servidores à mesma faixa de isenção.

Considerados estes pontos, cumpre esclarecer que a Emenda Constitucional nº 41/2003 determinou a atual redação do parágrafo 1º do artigo 149 da Constituição Federal, que dispõe:

---

40 PAULSEN e FERREIRA NETO, 2004, p. 52

41 MEDINA, 2008, p. 3

§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.

O texto anterior, redigido pela Emenda Constitucional nº 33/2001, estabelecia:

§1° Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.

Defende Roque Antonio Carrazza a inconstitucionalidade da referida alteração, principalmente por entender desrespeitar o princípio federativo.

3. Emenda Constitucional N° 42/2003

A Emenda Constitucional nº 42/2003 acrescentou o inciso IV, ao artigo 195, impondo o pagamento de contribuições para a seguridade social também ao "importador de bens ou serviços do exterior, ou a quem a lei a ele equiparar".

É necessário observar que a inovação trazida pela Emenda Constitucional em tela pode até alcançar pessoas físicas, diante do teor do parágrafo 3º, acrescido ao artigo 149 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 33/2001:

§3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei.

Entende Roque Antonio Carrazza pela inconstitucionalidade do inciso IV, do artigo 195, da Constituição Federal, pois resultou em ampliação da regra-matriz constitucional estabelecida pelo poder constituinte originário, ferindo cláusulas pétreas. Assim, assevera que a contribuição para custeio da seguridade social não pode ser exigida do importador de bens ou serviços do exterior ou a quem a lei a ele equiparar, devendo a inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 42/2003 ser simplesmente desconsiderada.[42]

Conclusão

A Constituição Federal, no artigo 195, estabeleceu duas formas de financiamento da seguridade social. A primeira, denominada financiamento indireto, é aquela

42 CARRAZZA, 2007, p.585/586

constituída por recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A segunda é chamada custeio direto e é caracterizada pela arrecadação das contribuições instituídas para essa finalidade.

As contribuições apresentam natureza jurídica tributária, caracterizando-se como espécie tributária autônoma, já que apresentam especificidades que não são encontradas nas outras espécies de tributos.

É imprescindível que a lei instituidora da contribuição indique precisamente os motivos que ensejaram a sua criação, bem como a destinação do produto a ser arrecadado, sob pena de inconstitucionalidade. Esta exigência constitucional conduz à convicção de que o artigo 4º do Código Tributário Nacional foi repelido pela Constituição Federal de 1988.

Há três tipos de contribuições: sociais, de intervenção no domínio econômico, e de interesse das categorias profissionais ou econômicas (artigo 149, *caput*, da Constituição Federal). As contribuições sociais têm como fim o financiamento das atividades da União no âmbito social, podendo ser de duas espécies: para o custeio da seguridade social e para os demais setores sociais.

A Constituição Federal prevê duas formas de financiamento da seguridade social: através de recursos advindos dos orçamentos das pessoas políticas (financiamento indireto) e da arrecadação de contribuições dos empregadores (sentido amplo), trabalhadores e demais segurados da previdência social (custeio direto), nos moldes do artigo 195 da Constituição Federal.

As contribuições sociais para o custeio da seguridade social, instituídas pela União, sujeitam-se ao regime jurídico tributário geral, especialmente aos princípios constitucionais tributários, mas com peculiaridades. Assim, submetem-se essas contribuições ao princípio da estrita legalidade, sendo imperioso que a lei instituidora deste tributo indique todos os elementos da hipótese de incidência tributária, bem como os motivos que fundamentam sua criação e o destino da respectiva arrecadação (artigo 149, *caput*, da Constituição Federal).

Há que prevalecer, ainda, o princípio da irretroatividade, limitando a cobrança do tributo a fatos geradores ocorridos após o início da vigência da lei que o instituiu ou majorou (artigo 150, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal).

Há igualmente a prevalência do princípio da isonomia tributária, afastando a discriminação entre os contribuintes, nos termos do artigo 150, inciso II, da Carta Magna.

O princípio do não confisco também há que ser respeitado na cobrança das contribuições para o custeio da seguridade social, evitando que eliminem o lucro do empregador/importador ou onerem demasiadamente a folha salarial e, por outro lado, proibindo que a exação alcance patamares que prejudiquem a sobrevivência dos trabalhadores e segurados (artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal).

É igualmente necessário que a lei instituidora das contribuições para a seguridade social consagre o princípio da capacidade contributiva, respeitando a

capacidade econômica do contribuinte, embora não prevaleça no tocante a esta espécie de tributo a previsão do parágrafo 1º, do artigo 145, da Constituição Federal. Apesar do entendimento de que o referido dispositivo constitucional é exclusivamente aplicável aos impostos, há que se ponderar que as contribuições sociais sujeitam-se aos princípios da isonomia tributária e do não confisco, que acabam por assegurar o respeito à capacidade econômica do contribuinte.

É importante salientar, ademais, haver previsão de anterioridade especial no concernente às contribuições para a seguridade social, nos termos do artigo 195, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Assim, poderão ser exigidas depois de noventa dias da publicação da lei que as instituiu ou majorou.

Por fim, no tocante às contribuições desta espécie há a aplicação do princípio da solidariedade, impondo que toda a sociedade financie a seguridade social, conforme se depreende do artigo 195, *caput*, do Texto Constitucional.

Atualmente, embora haja discussão doutrinária acerca da constitucionalidade das inovações trazidas à matéria pelas Emendas Constitucionais números 20/1998, 41/2003 e 42/2003, suas alterações têm prevalecido. Portanto, as contribuições para custeio da seguridade social são atualmente exigidas do empregador, da empresa ou da entidade a ela equiparada na forma da lei, podendo ter como base de cálculo: a receita ou o faturamento; o lucro; e a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos, a qualquer título, a pessoa física que lhe preste serviço, ainda que sem vínculo empregatício. Podem também ser exigidas do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar, podendo mesmo atingir as pessoas naturais, diante do artigo 149, parágrafo 3º, da Constituição Federal. Os trabalhadores e demais segurados da previdência social, excluídos os aposentados e pensionistas pelo regime geral da previdência social de que trata o artigo 201 da Constituição Federal, também são sujeitos passivos da referida exação, devendo ser utilizado como base de cálculo da obrigação o montante dos rendimentos percebidos.

Tratando-se de contribuições para o custeio da seguridade social a parafiscalidade é indispensável, ou seja, a capacidade tributária ativa é atribuída ao órgão que administra a seguridade social, pois a Constituição Federal lhe conferiu autonomia administrativa e orçamentária, sendo certo também prever a incomunicabilidade do orçamento da administração direta com o da seguridade social.

Referências

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009

BALERA, Wagner. As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coordenador). *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro.* São Paulo: Dialética e Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003

BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições Regime Jurídico, Destinação e Controle*. São Paulo: Editora Noeses, 2006

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 05 de outubro de 1988*. 29ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo, Editora Atlas, 2008

_____. *Código Tributário Nacional*. 37ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19ª edição revista. São Paulo: Editora Saraiva, 2007

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário*. 10ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Editora Noeses, 2009

GAMA, Tácio Lacerda. Contribuições Especiais Natureza e Regime Jurídico. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coordenador). *Curso de Especialização em Direito Tributário*. São Paulo: Editora Forense, 2007

HARADA, Kiyoshi, *Tributação dos Inativos e Pensionistas*, texto extraído do Escritório Online, 2003, acessado em 22.maio.2009

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de Direito Financeiro e Tributário*. 9ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2008

MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 5ª edição. São Paulo: Dialética, 2004

----------, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007

MARTINS, Bruno Sá Freire, *O Direito Adquirido e as Contribuições Previdenciárias*, texto extraído do Jus Navigandi nº 494, 2004, acessado em 22.maio.2009

----------, Ives Gandra da Silva. Et al. *Curso de Direito Tributário*. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2001

MEDINA, Damares. *O Supremo Tribunal Federal e a Contribuição Previdenciária dos Servidores Inativos*, texto extraído do Jus Navigandi nº 1920, 2008, acessado em 22.maio.2009

MELO, José Eduardo Soares de. *Contribuições Sociais no Sistema Tributário*. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Revista Dialética de Direito Tributário nº 108*. São Paulo: Editora Dialética, 2004

PAULSEN Leandro e FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Revista Dialética de Direito Tributário nº 106*. São Paulo: Editora Dialética, 2004

SAMPAIO, Alcides da Fonseca. *Revista Dialética de Direito Tributário nº 99*. São Paulo: Editora Dialética, 2003

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004

SOUZA, Ricardo Conceição. *Regime Jurídico das Contribuições*. São Paulo: Editora Dialética, 2002

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *Contribuições para a Seguridade Social à Luz da Constituição Federal*. 1ª edição, 5ª tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 2006

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
PROCESSO: DGP 524/2009/GS 9414/20081PGE 16847-499133-2011 (I e II volumes). Apenso: DGP 8660/2008/GS 8797/20081PGE 16847-499171-2011
INTERESSADO: SEBASTIÃO HORTENSE

PARECER: PA nº 115/2011

ASSUNTO: SERVIDOR PÚBLICO. Policial Civil. Decisão judicial de afastamento do cargo. Medida cautelar prevista no parágrafo único do artigo 20 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade).

No caso específico analisado, deve ser considerado de efetivo exercício, para os devidos efeitos legais, o período em que o interessado executou atividades de natureza administrativa na Sede da Delegacia Seccional de Polícia de Americana. O afastamento com fulcro no parágrafo único do artigo 20 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, se deu a partir de 20 de abril de 2005, que é a data em que a Administração Pública Paulista deu efetivo cumprimento à decisão judicial.

Precedentes desta Especializada sobre férias, licença-prêmio e adicional de tempo de serviço no período em que o servidor é afastado com fundamento no parágrafo único do artigo 20 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992: Pareceres PA ns. 381/2004, 393/2004 e 207/2006.

Se durante o afastamento o interessado contribuiu para o Regime Próprio da Previdência Social (RPPS) dos servidores públicos do Estado de São Paulo, esse tempo deverá ser contado como *"de contribuição, para aposentadoria, em qualquer de suas modalidades"*. Contudo, esse período de afastamento *"não poderá ser considerado de efetivo exercício exigido, juntamente com o tempo de contribuição, para aposentadoria voluntária"*, conforme Parecer PA n. 12/2007.

Para efeito de alcançar a aposentadoria voluntária, o servidor deverá atingir o tempo de contribuição e também o tempo mínimo de efetivo exercício no serviço público e no cargo, conforme previsto na Constituição Federal e nas Emendas Constitucionais que dispõem sobre a aposentadoria na fase de transição. Precedentes: Pareceres PA ns. 5/2006 e 207/2006.

Sugestão de edição de orientação aos órgãos setoriais de pessoal da Administração Pública Estadual pela Unidade Central de Recursos Humanos para a preservação do interesse público em casos dessa natureza.

1. Por proposta da Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública, vieram a esta Especializada dois expedientes administrativos que tratam da situação funcional do Investigador de Polícia Sebastião Hortense, RG n. 9.180.141. Um deles trata exclusivamente do pedido do interessado para se afastar do serviço público com a finalidade de concorrer a cargo eletivo nas eleições municipais de 2008. Porém, para a análise da questão suscitada pela Consultoria Jurídica, basta o exame do processo DGP 524/2009/GS 9414/2008/PGE 16847-499133-2011, composto de dois volumes.

2. Esse último processo se iniciou com uma petição do interessado, subscrita por sua advogada (fls. 2 e 31), recebida no protocolo da Delegacia Seccional de Polícia de Americana em 3 de fevereiro de 2005, na qual alega existir divergência entre a decisão judicial da 2a Vara Cível da Comarca de Americana, proferida nos autos do processo n. 3673/02, que determinou o seu afastamento cautelar do cargo de investigador de polícia, "durante todo o trâmite processual, sem prejuízo do recebimento dos vencimentos", prolatada em 26 de dezembro de 2002 (fls. 4 a 6), e a decisão do Delegado-geral de Polícia, de 10.2.2003, que determinou continuasse a "exercer exclusivamente atividades administrativas na Sede da Delegacia Seccional de Polícia de Americana" (fl. 10).

3. Ao apreciar referida petição, o Delegado-geral de Polícia, por meio do Despacho APT/GPAD n. 755/2005, de 31 de março de 2005, revogou o Despacho APT/STAD n. 00.150/2003, que havia determinado o exercício de atividades exclusivamente burocráticas pelo interessado, reconhecendo que a decisão administrativa revogada destoava da decisão judicial. O interessado e a sua advogada foram intimados dessa decisão respectivamente em 20 e 28 de abril de 2005, conforme se vê de fl. 20 dos autos.

4. Em razão dessa decisão revogatória do Delegado-geral de Polícia, o Investigador de Polícia do Setor de Pessoal da Delegacia Seccional de Polícia de Americana elaborou a representação de fls. 29 a 30, na qual formulou várias indagações sobre a situação funcional do interessado, propondo ao Delegado Seccional a análise delas pela Administração Superior. Constaram da aludida representação as seguintes informações:[1]

a) a frequência do interessado foi normal até 19 de abril de 2005;

b) entre a data da decisão judicial que o afastou de suas funções e 19 de abril de 2005, "usufruiu 75 dias de férias regulamentares, 90 dias de licença-prêmio e, ainda, o afastamento eleitoral em 2004", além de ter havido a contagem desse período para efeito de concessão do 5º adicional de tempo de serviço, alcançado em 12 de maio de 2005.

---

1 Nas folhas dos autos em que há dois números, considerei a numeração da DP A (Delegacia de Polícia de Americana)

5. O Delegado Seccional de Polícia de Americana acolheu a representação do Setor de Pessoal (fls. 31 e 32), remetendo os autos diretamente à Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública, que emitiu o Parecer CJ-SSP n. 638/2008[2], propondo a manifestação preliminar do Departamento de Administração de Pessoal da Pasta e a instrução dos autos com uma série de documentos que arrolou.

6. Depois da juntada dos documentos de fls. 37 a 110 e da manifestação da Divisão de Administração de Pessoal da Secretaria da Segurança Pública, em que afirma desconhecer a matéria por não se encontrar em "manuais e instruções" (fl. 111), os autos seguiram novamente à Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública, que emitiu o Parecer CJ-SSP n. 1124/2009[3], propondo a devolução à origem para informar sobre o trânsito em julgado e juntar a decisão judicial de primeiro grau.[2] [3]

7. Foram então juntados aos autos pelos órgãos administrativos da Secretaria da Segurança Pública os documentos seguintes:

- fl. 124, ofício do juiz de Direito da 2a Vara Cível da Comarca de Americana, encaminhando cópia da sentença de improcedência, proferida nos autos do processo n. 3673/02, em ação de improbidade proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Sebastião Hortense e Lusineide Asbahr Hortense;

- fls. 125 a 142, a cópia da sentença encaminhada pelo JUIZ;

- fls. 144 e 145, certidão de objeto e pé da referida ação.

8. Com o reencaminhamento dos referidos autos à Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública, o referido órgão consultivo entendeu que eles deveriam ser devolvidos à origem, para retornar quando estivessem instruídos com "cópia de acórdão a ser proferido e informação sobre o trânsito em julgado da decisão final". (fls. 147/148).

9. Por meio de petição subscrita por seu advogado e protocolada em 12 de agosto de 2010, na Delegacia Seccional de Americana (fl. 154), o próprio interessado informou que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo havia julgado o recurso pendente e mantido a sentença de improcedência da ação na qual figurava como réu, juntando cópia do acórdão proferido na Apelação Cível n. 994.06.162225-0, Relator Desembargador Reinaldo Miluzzi (fls. 159 a 166).

10. Ao receber essa petição, o Delegado Seccional de Americana determinou que o Setor de Pessoal notificasse o interessado a retornar às suas funções (fl. 153), por despacho de 17 de agosto de 2010. Contudo, em 19 de agosto de 2010, expediu ofício ao Juiz da 2a Vara Cível da Comarca de Americana solicitando *"informações sobre os efeitos do v. Acórdão quanto à recondução do policial civil"*.

---

2 Parecerista Procuradora do Estado, Maria Regina Fava Focaccia.

3 Parecerista Procuradora do Estado, Cristina Aparecida Lorenzetti.

Em 2 de setembro, o Magistrado informou que os autos da ação de improbidade administrativa não haviam retornado do Tribunal de Justiça.

11. Porém, por correspondência que deu entrada na Delegacia Seccional de Americana em 23 de novembro de 2010, o MM Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Americana informou ao Delegado Seccional de Polícia que "o afastamento do Sr. Sebastião Hortense (...) foi cessado, estando o mesmo apto ao exercício do cargo". Nessa mesma data, o interessado tomou ciência dessa comunicação do Juízo, conforme se verifica de fl. 169, reassumindo suas funções em 24 de novembro de 2010, conforme informação de fl. 171.

12. Retomaram, assim, os autos à Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública, que emitiu o Parecer CJ-SSP n. 300/2011, concluindo que eram válidos os benefícios alcançados no período em que o servidor esteve em exercício, embora devesse estar afastado do serviço público em cumprimento à decisão judicial proferida em ação de improbidade. Ponderou a parecerista, com o aval da douta Chefia, que essa conclusão deveria ser submetida à análise desta Especializada.

13. No tocante ao período em que o servidor esteve efetivamente afastado por determinação judicial, concluiu que não poderia ser considerado de efetivo exercício, conforme Pareceres PA ns. 381/2004 e 393/2004, para a aquisição de férias e de licença-prêmio. Por fim, propôs a devolução dos autos à origem para (I) informar sobre o trânsito em julgado pelo acórdão proferido na Apelação Cível n. 994.06.162225-0, (II) "juntar o correlato processo disciplinar que se encontra sobrestado"; e (III) manifestar-se sobre a frequência do interessado.[4]

14. Devolvidos à origem, que providenciou a juntada de documentos, retornaram novamente os autos à Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública, que reiterou a proposta de oitiva desta Especializada. Este é o relatório. Passo a opinar.

15. O interessado é Investigador de Polícia e respondeu a uma ação de improbidade, na qual o Magistrado decidiu pelo seu afastamento cautelar das funções públicas, com fundamento no parágrafo único do artigo 20 da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, que estabelece:

Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

16. Embora tenha sido intimada dessa decisão judicial na ocasião em que proferida, a Administração Pública Paulista somente a cumpriu integralmente a partir de 20 de abril de 2005 (vide informação de fl. 192).

---

4 Parecerista Procuradora do Estado, Adriana Moresco.

17. Por meio do Parecer CJ-SSP n. 300/2011, concluiu a Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública que esse período deveria ser considerado de efetivo exercício para os devidos efeitos legais.

18. Destarte, vieram os autos a esta Especializada exclusivamente para analisar essa conclusão, que entendo acertada.

19. Não há nulidades a serem declaradas em relação ao período transcorrido entre a prolação e o cumprimento da decisão judicial que afastou o interessado do serviço público, notadamente em relação aos dias de férias, de licença-prêmio e de licença eleitoral efetivamente usufruídos pelo servidor. Nesse interregno, o servidor esteve em efetivo exercício ou foi regularmente afastado.

20. Se a Administração Pública teria errado por não ter afastado o servidor assim que foi intimada da decisão judicial nesse sentido, a consequência é de outra natureza – relativa ao descumprimento de uma ordem judicial por autoridade administrativa – e não pode ser debitada a quem cumpriu, nesse período, com seus deveres funcionais, comparecendo ao trabalho e executando as tarefas estabelecidas por seus superiores hierárquicos, ainda que de natureza meramente administrativa, conforme certificado nestes autos.

21. Deve o órgão de pessoal, portanto, considerar que o interessado esteve afastado, com fundamento no parágrafo único do artigo 20 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, a partir de 20 de abril de 2005, que é a data em que a Administração Pública Paulista deu efetivo cumprimento à decisão judicial proferida pelo MM Juiz de Direito da 2a Vara de Americana.

22. No tocante à concessão de férias e de licença-prêmio durante o período em que o servidor esteve efetivamente afastado por determinação judicial, conforme previsto no parágrafo único do artigo 20 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, a Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública prestou a orientação solicitada pelo órgão de pessoal da Delegacia Seccional de Americana, com base nos Pareceres anexos desta Especializada, de ns. 381/2004 e 393/2004. Remanesceram, contudo, as indagações relativas à contagem de tempo de serviço para efeito de adicional de tempo de serviço e de aposentadoria (fl. 103).

23. Esta Especializada já teve a oportunidade de apreciar a questão relativa à contagem de tempo de serviço para efeito de adicional de tempo de serviço, na hipótese de afastamento por determinação judicial, no Parecer PA n. 207/20065, quando concluiu que esse caso não estava dentre aqueles de efetivo exercício, previstos nos incisos no art. 78, incisos I a XVI, do Estatuto, razão pela qual esse período não poderia ser computado para efeito de adicional quinquenal.

24. Reafirmam-se, ***in casu***, os sólidos fundamentos expostos no aludido Parecer desta Unidade, devidamente aprovado pelo Procurador-Geral do Estado, para também concluir que não é possível a contagem para efeito de concessão de adicional quinquenal do tempo em que o servidor esteve afastado do serviço público por determinação judicial.

25. Passo, então, a analisar a contagem do tempo de afastamento por ordem judicial para efeito de aposentadoria.

26. No caso analisado, o afastamento se deu sem prejuízo da remuneração e, portanto, suponho que o interessado continuou contribuindo para o Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo, mediante o correspondente desconto mensal em seu contracheque, razão pela qual esse tempo deverá ser contado como "de contribuição, para aposentadoria, em qualquer de suas modalidades". Contudo, esse período de afastamento "não poderá ser considerado de efetivo exercício exigido, juntamente com o tempo de contribuição, para aposentadoria voluntária", conforme afirmado no Parecer PA n. 12/2007 [5] [6].

27. A ilustre Procuradora do Estado Chefe desta Procuradoria Administrativa, Dra. Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves, ao manifestar sua concordância com o Parecer PA n. 5/2006, salientou:

"As reformas constitucionais de cunho previdenciário trouxeram, como é sabido, novas regras para a aposentadoria própria dos ocupantes de cargos públicos, salientando-se, dentre elas, a necessidade de contribuição pecuniária efetiva do funcionário para o órgão de previdência próprio e, tratando-se da norma do art. 6° invocada no requerimento de fls. 200, ainda a necessidade de o funcionário contribuir, também efetivamente, com seu trabalho para o serviço público, nele permanecendo por vinte anos e, mais ainda, desempenhando de modo específico e efetivo, por tempo mínimo, fixado em cinco anos, as atribuições próprias do cargo do qual pretende obter o benefício permanente da aposentadoria". (destaquei)

28. Destarte, para efeito de alcançar a aposentadoria voluntária, o servidor deverá atingir o tempo de contribuição e também o tempo mínimo de efetivo exercício no serviço público e no cargo, conforme previsto na Constituição Federal e nas Emendas Constitucionais que dispõem sobre a aposentadoria na fase de transição. Também nesse sentido o Parecer PA n. 207/2006, cuja ementa é a seguinte:

"AFASTAMENTO JUDICIAL. Decisão Liminar. Ato de improbidade (Art. 20, § único, da Lei n. 8.429/92). Cômputo do período de afastamento para fins de adicional por tempo de serviço. Precedentes: Pareceres PA ns. 381/2004 e 393/2004. Contagem para fins de aposentadoria proporcional. Nova ordem constitucional (art. 40, § 1°, III, da CF, com redação da EC n. 20/98), que adotou o caráter contributivo do sistema previdenciário, a par dos requisitos de idade e do tempo de serviço, com exigência do tempo mínimo de cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria... ".

---

5 Parecerista Procurador do Estado, Luiz Francisco Torquato Avólio.

6 Parecerista Procuradora do Estado, Maria Emília Pacheco.

29. Por outro lado, diante da afirmativa da Divisão de Administração de Pessoal da Secretaria da Segurança Pública, segundo a qual o afastamento judicial com fundamento no parágrafo único do artigo 20 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, não consta de "manuais e instruções" (fl. 111), sugiro – ante as mesmas razões expostas no Parecer PA n. 112/2011, pendente de aprovação – que o Procurador-Geral do Estado proponha ao Secretário da Gestão Pública a edição pela Unidade Central de Recursos Humanos de orientação aos órgãos setoriais de pessoal sobre essa matéria, especialmente com a finalidade de: (I) fixar a periodicidade em que deverá ser solicitada informação ao juízo sobre a manutenção da medida de afastamento; (II) estabelecer os termos da notificação do servidor quanto à sua obrigação de entrar em exercício imediatamente depois de cessado o afastamento; e (III) dispor sobre a informação aos órgãos responsáveis por apuração disciplinar da aplicação ao servidor da medida de afastamento.

30. Reputo importante constar dessa orientação que os órgãos setoriais de pessoal deverão solicitar à Procuradoria-Geral do Estado a adoção de medidas judiciais para cessar o afastamento do servidor quando tiver sido encerrada a instrução processual[7].

31. Ocorre que o afastamento previsto no artigo 20 da Lei n.8.429, de 2 de junho de 1992, tem a finalidade exclusivamente de resguardar a instrução processual, não havendo razão para que se estenda além dessa fase processual, como ocorreu no caso em exame. Esse é o entendimento da doutrina e da jurisprudência:

"Em relação ao prazo de afastamento, cremos que o mesmo perdura o tempo necessário à investigação; prazo determinado, que deve coincidir com as investigações, cessando após a sua conclusão" (Marcelo Figueiredo, *Probidade administrativa,* 6a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 230)

"Colhidos os elementos que deram ensejo à decretação da medida, encerrada a instrução processual, deve o juiz revogar o afastamento provisório (art. 807 do CPC). A mesma providência deve ser tomada se, durante o processo, desaparecer o ***fumus boni iuris*** e o ***periculum in mora*** que o levaram a decidir pelo afastamento." (Emerson Gardia e Rogério Pacheco Alves, *Improbidade Administrativa,* 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.742)

"5. A possibilidade de afastamento ***in limine*** do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, porquanto medida extrema, exige prova incontroversa de que a sua permanência poderá ensejar dano efetivo à instrução processual, máxime porque a hipotética possibilidade de sua ocorrência não le-

7 Dispõe o artigo 281 do Código de Processo Civil: "Art. 281 – Findos a instrução e os debates orais, o juiz proferirá sentença na própria audiência ou no prazo de dez dias".

gitima medida dessa envergadura. Precedentes do STJ: REsp 604.832/ES, DJ de 21.11.2005; AgRg na MC *10.155/SP,* DJ de 24.10.2005; AgRg na SL 9/PR, DJ de 26.09.2005 e REsp 550.135/MG, DJ de 08.03.2004. (STJ, REsp *929483 1* BA, Ministro Luiz Fux , DJe. De 17.12.2008)

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. A norma do art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429, de 1992, que prevê o afastamento cautelar do agente público durante a apuração dos atos de improbidade administrativa, só pode ser aplicada em situação excepcional, quando, mediante fatos incontroversos, existir prova suficiente de que esteja dificultando a instrução processual. Agravo regimental não provido." (STJ, AgRg na SLS *955/CE,* Relator Ministro Ary Pargendler, DJe 4.12.2008)

"7. Para que seja lícito e legítimo o afastamento cautelar com base no art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, não bastam simples ilações, conjecturas ou presunções. Cabe ao juiz indicar, com precisão e baseado em provas, de que forma – direta ou indireta – a instrução processual foi tumultuada pelo agente político que se pretende afastar." (STJ, AgRg na SLS 857/RJ, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJe 14.8.2008)

32. Para elaborar a orientação acima sugerida, a UCRH também deverá observar o item 27 do Parecer PA n. 143/19998, que já advertia:[8]

"Se na situação concreta, entender a Administração que o afastamento do servidor determinado pelo Juízo é desnecessário e lesivo ao erário, premiando o acusado, deverá o administrador, mediante provocação à Procuradoria-Geral do Estado, pleitear a intervenção desta nos autos judiciais, inclusive, se for o caso, para que se requeira ao Juízo seja aclarada a extensão dos efeitos do afastamento determinado (com possibilidade ou não de classificação do servidor em órgão diverso, e/ou limitação de suas atribuições) ... ".

Este é o parecer.

São Paulo, 19 de setembro de 2011.

MARCELO DE AQUINO
Procurador do Estado
OAB-SP 88.032

8 Parecerista Procuradora do Estado, Dora Maria de Oliveira Ramos.

Processo: DGP nº 524/2009 (GS nº 9414/2008 - PGE nº 16847-499133-2011) - vols. I e II **+** Apenso DGP nº 8660/2008 (GS nº 8797/2008 - PGE nº 16847-499171/2011)

Interessado: SEBASTIÃO HORTENSE

Parecer: PA nº 115/2011

De acordo com o Parecer PA nº 115/2011.

Encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria-Geral do Estado - Consultoria.

São Paulo, 28 de setembro de 2011.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS
Procuradora do Estado
Chefe Substituta da Procuradoria Administrativa
OAB/SP 78.260

Processo: SSP-GS nº 9414/08 (PGE/GDOC nº 16847-499133/2011)

Interessado: Sebastião Hortense

Assunto: Regularização de situação funcional e afastamento

Com amparo na Resolução PGE-11, de 09/02/2007, aprovo o Parecer PA nº 115/2011, acolhido pela I. Chefia Substituta da Procuradoria Administrativa.

Remeta-se cópia da peça jurídico-opinativa à Unidade Central de Recursos Humanos - UCRH, da Secretaria de Gestão Pública.

Após, restituam-se os autos à Secretaria da Segurança Pública, por intermédio de sua Consultoria Jurídica.

São Paulo, 19 de outubro de 2011.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador-Geral do Estado
Área da Consultoria Geral

Consultoria

102) Complementação de Aposentadoria.

Benefício indevidamente concedido a ex-empregada da DERSA admitida na empresa após a vigência da Lei Estadual n° 200, de 13 de maio de 1974. Omissão dos dirigentes da empresa em anular o ato indevido. O transcurso do prazo decadencial previsto na Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, não impede o ajuizamento de ação de anulação no prazo prescricional do Código Civil, conforme entendimento aprovado nos Pareceres PA nºs 148/2009 e 163/2009. Proposta de encaminhamento de cópia dos autos à CGA - Corregedoria Geral da Administração. (Parecer PA nº 9/2011 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria-Geral em 16.02.2011)

103) Constitucionalidade. Atendimento às Vítimas de Violência Sexual. Direito à Saúde.

Lei Estadual n° 13.813, de 13 de novembro de 2009, que institui, no âmbito do Estado, o procedimento de atendimento especial às mulheres e crianças vítimas de violência sexual. Promulgação pelo Presidente da Assembleia Legislativa, em razão de rejeição integral de veto oposto pelo Governador. Violação do artigo 61 parágrafo 1°, inciso II, "e" c.c artigo 84, inciso VI, "a" e 165, inciso III, da Constituição Federal. Viabilidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante o STF. (Parecer PA n° 37/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 31.10.2011)

104) Férias.

Férias referentes ao exercício de 2009, que não foram oportunamente requeridas nem usufruídas, nem tiveram seu gozo indeferido por absoluta necessidade de serviço – Pedido de gozo das férias formulado em 2010 deferido, pois não atingido pela prescrição. Entendimento da Secretaria da Fazenda pelo não recebimento de adicional de um terço sobre a remuneração. Impossibilidade. Situação em que a Administração está obrigada a pagar o adicional de férias. Decreto n° 29439/1988. Precedente: Parecer PA nº 112/2009. (Parecer PA nº 79/2011 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria-Geral em 23.09.2011)

105) Licença-Prêmio. Indenização.

Beneficiárias de servidor falecido. Direito ao recebimento relativo aos dias não usufruídos dentro do prazo previsto na Lei Complementar nº 857, de

20.5.1999, restabelecidos pelo inciso II do artigo 10 das Disposições Transitórias da Lei Complementar nº 1.048, de 10.6.2008. O direito à indenização abrange também os casos em que o óbito do servidor ocorreu antes da vigência da Lei Complementar nº 1.048, de 10.6.2008. Precedente: Parecer PA nº 224/2008. (Parecer PA nº 90/2011 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria-Geral em 23.09.2011)

106) Licitação.

Princípio da obrigatoriedade de licitar (artigo 37, XXI, da Constituição Federal). Contratação direta – dispositivos que regulem situações de exceção devem sempre merecer interpretação estrita, não comportando exegese ampliativa (Parecer PA-3 nº 11/97). Competência privativa de a União legislar sobre normas gerais de licitações e contratos (artigo 22, XXVII, da Constituição Federal) – PA-3 nº 113/94. Prevalência de dispositivo da lei federal havendo incompatibilidade com dispositivo da lei estadual – Precedentes pareceres: PA-3 nº 328/93, 144/94 e 179/98. Empresa pública estadual – Lei 13.560, de 1º.07.2009. Dispensa ou inexigibilidade (artigos 1º, 2º, 24, VIII, e 25, *caput,* Lei federal 8.666, de 21.06.1993; Lei estadual 6.544, de 22.11.1989 – artigo 24, inciso IX, parágrafo único). Distinção entre atividade econômica e serviço público – precedente parecer GPG-04/2004. Inviabilidade de competição: necessidade de comprovação cabal – PA-3 nº 11/97. Descabida a contratação direta com fundamento (I) no inciso VIII do artigo 24 da Lei de Licitações, pois a empresa foi constituída após a vigência da lei federal (parecer Subg. Cons. nº 056/2004); (II) no *caput* do artigo 25 da lei federal, pois a instrução dos autos não demonstra ser inviável a competição; (III) no inciso IX, combinado com parágrafo único do artigo 24 da lei estadual, em face da incompatibilidade da hipótese excepcional com a regra fixada por meio de norma geral. (Parecer PA nº 182/2010 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 15.09.2011)

Contencioso Geral

107) Prescrição - Prazo - Ação civil pública - Meio ambiente - Decurso de mais de dez anos entre a aquisição da propriedade, já desprovida de vegetação nativa, inclusive em área de preservação permanente, e o ajuizamento desta ação - Tutela do meio ambiente não encerra natureza de direito patrimonial disponível, alcançável pelo instituto da prescrição - Viabilidade apenas de sua valoração para efeito de indenização - Caracterização do meio ambiente como direito fundamental indisponível, de abrangência meta individual, imprescritível, inalienável e irrenunciável - Alegação de prescrição rejeitada. (Apelação n. 0626790.5/7-00 - Ribeirão Preto - Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez - 25/08/2011 - 2817/11 - Maioria de votos)

108) Sentença - Julgamento *"citra petita"* - Ação de indenização por danos morais - Pedido formulado pelo autor menor não apreciado - Nulidade, neste capítulo - Julgamento em grau de recurso - Admissibilidade - Indenização devida nos mesmos moldes fixados para os demais autores - Recurso parcialmente provido. (Apelação n. 0941320.5/0-00 - São João da Boa Vista - 1ª Câmara de Direito Público - Relator: Vicente de Abreu Amadei - 25/10/2011 - 1170 - Unânime)

109) Recurso - Extemporaneidade - Renúncia do procurador do autor no curso do prazo recursal, sem o atendimento ao disposto no artigo 45 do Código de Processo Civil e artigo 5°, § 3°, do Estatuto da Advocacia - Decisão que suspendeu o prazo para interposição do recurso de apelação até constituição de novo patrono - Inadmissibilidade - Prazo peremptório - Caso concreto que não se enquadra nas hipóteses previstas no artigo 180 do Estatuto Processual - Intempestividade configurada - Recurso não conhecido. (Apelação n. 0012036-98.2005.8.26.0196 - Franca - 6ª Câmara de Direito Público - Relator: Carlos Eduardo Pachi - 24/10/2011 - 11570 - Unânime)

110) Medida Cautelar - Cautela inominada - Liminar – Indeferimento, considerando as informações prestadas pela requerida - Pretendida reabertura de posto de combustíveis interditado pela CETESB por descumprimento da legislação ambiental - Ausência do requisito da relevância da fundamentação declinada, não sendo caso de se deferir a cautelar sem prévia formação do contraditório - Recurso improvido. (Agravo de Instrumento n. 0210162-90.2011.8.26.0000 - Espírito Santo do Pinhal - 11ª Câmara de Direito Público - Relator: Aroldo Mendes Viotti - 10/10/2011 - 20399 - Unânime)

111) Julgamento Antecipado da Lide - Ação de responsabilidade civil - Acidente de trânsito - Alegação de cerceamento de defesa - Inadmis-

sibilidade - Suficiência dos elementos dos autos para a decisão - Inteligência do artigo 130, do Código de Processo Civil - Preliminar de nulidade da decisão rejeitada. (Apelação n. 0000534-43.2007.8.26.0116 - Campos do Jordão - 13ª Câmara de Direito Público - Relator: Luciana Almeida Prado Bresciani - 05/10/2011 - 4821 - Unânime)

112) Uniformização de Jurisprudência - Instauração - Ausência dos requisitos necessários - Falta de posições divergentes consolidadas no Tribunal sobre a matéria - A simples menção de posição divergente não tem o condão de dar guarida à pretensão de uniformização - Artigo 476 do Código de Processo Civil - Norma reguladora que não disciplina imposição ao Julgador - Instauração facultativa, a critério do magistrado - Pedido indeferido. (Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 0101555-80.2011.8.26.0000 - Araçatuba - Turma Especial - Publico - Relator: Regis de Castilho Barbosa - 16/09/2011 - 21939 - Unânime)

113) Cominatória - Obrigação de fazer - Fase de execução - Aprovação de projeto de reserva legal em um ano junto ao órgão administrativo competente, além do reflorestamento e averbação de tal área - Intimação por advogado - Determinação de nova intimação, agora pessoal, para cumprimento, em um ano, dessa obrigação de fazer - Súmula n. 410 do Superior Tribunal de Justiça - Desnecessidade - Executados que já iniciaram o processo administrativo - Cabimento apenas de decisão sobre justificativa para o atraso, à vista do artigo 461, § 6º, do Código de Processo Civil, com expedição, se for o caso, de novo ofício à Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais - Recurso parcialmente provido. (Agravo de Instrumento n. 0239038-55.2011.8.26.0000 - Tanabi - Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez - 20/10/2011 - 3409/11 - Maioria de votos com voto declarado)

114) Rescisória - Violação literal de disposição de lei - Pretensão de pensionistas de ex-contribuintes da Carteira de Previdência das Serventias Não Oficializadas da Justiça do Estado de São Paulo que, recebendo pensão de 75% dos vencimentos, objetivam sua integralidade, na forma do artigo 40, § 7º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98 - Inadmissibilidade - Não aplicabilidade do dispositivo aos contribuintes da referida carteira, uma vez que os serventuários do foro extrajudicial não são funcionários públicos - Entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal, a teor da Súmula n. 343 - Ação rescisória procedente. (Ação Rescisória n. 994.07.157862-3 - São Paulo - 5º Grupo de Direito Público - Relator: Pedro Cauby Pires de Araújo - 10/10/2011 - 22914 - Unânime)

115) Rescisória - Violação de literal disposição de lei - Inocorrência - Ação de cobrança ajuizada objetivando o recebimento dos valores decorrentes de serviços de assistência médica presta-

dos - Procedência confirmada em sede de recurso - Questionamento no que pertine à correção monetária, aos juros e à multa contratual fixada - Ausência de fixação do valor da causa, inexistência de interesse de agir, bem como não ocorrência da hipótese prevista no artigo 485, V, do Código de Processo Civil - Indeferimento da inicial que se impõe - Extinção do processo sem julgamento do mérito. (Ação Rescisória n. 0497364-58.2010.8.26.0000 - Casa Branca - 6º Grupo de Direito Público - Relator: Wanderley José Federighi - 19/10/2011 - 12987 - Unânime)

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Boletim Informativo da Seção de Direito Público, Agosto e Setembro de 2011.

Contencioso Tributário-Fiscal

116) Imposto - Serviço de qualquer natureza - Serviços bancários - É legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao Decreto Lei n. 406/1968 e à Lei Complementar n. 56/1987, conforme orientação jurisprudencial consolidada na Súmula n. 424 do Superior Tribunal de Justiça - Cobrança do imposto sobre operações bancárias que não se enquadram no rol de serviços previstos nos itens 95 e 96 da Lei Complementar n. 56/87, caso correspondam, embora com nomenclatura diversa, a serviços idênticos aos previstos expressamente - Incidência do ISSQN, que não pode existir fora do quadro, sobre operações bancárias - Recurso improvido. (Apelação n. 0562194.5/1-00 - Barueri - 1ª Câmara de Direito Público - Relator: Vicente de Abreu Amadei - 30/08/2011 - 683 - Unânime)

117) Ação Civil Pública - Improbidade administrativa - Ex-prefeito - «Restos a pagar» - Artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal - Prejuízo ao erário - Falta de configuração - Sanções impostas reduzidas ao pagamento da multa civil - Recurso do réu provido em parte e recurso do autor desprovido. (Apelação n. 0762840.5/9-00 - Patrocínio Paulista - 2ª Câmara de Direito Público - Relator: Francisco Roberto Alves Bevilacqua - 02/08/2011 - 30412 - Unânime)

118) EXECUÇÃO FISCAL - Penhora - Incidência sobre créditos provenientes de vendas realizadas por cartão de crédito e débito - Admissibilidade - Hipótese em que o bloqueio de ativos financeiros restou inócuo em razão da elevada dívida - Tentativa de satisfação do crédito por longo período - Agravante em recuperação judicial - Fato que não impede o prosseguimento da execução fiscal - Recurso não provido. (Agravo de Instrumento n. 0034583-31.2011.8.26.0000 - Santos - 6ª Câmara de Direito Público - Relator: Decio Leme de Campos Júnior - 08/08/2011 - 16362 - Unânime)

119) Repetição de Indébito - Taxa - Limpeza pública e conservação de vias e logradouros públicos - Ausência de atuação do ente tributante em relação ao sujeito passivo (especificidade e divisibilidade) - Serviço prestado em prol de toda a coletividade - Cobrança indevida - Inteligência do artigo 145, II, da Constituição Federal - Juros a partir do trânsito em julgado (artigo 167, parágrafo único, do Código Tributário Nacional e Súmula n. 188 do Superior Tribunal de Justiça) - Restituição, pela municipalidade, dos valores pagos somente a partir de quando a empresa autora adquiriu a propriedade do bem - Necessidade - Recurso da autora desprovido e parcialmente provido o do município-réu. (Apelação n. 994.05.132736-0 - São Caetano do Sul - 7ª Câmara de Direito Público - Relator: Maria Beatriz Dantas Braga - 08/08/2011 - 10909 - Não consta)

120) Imposto - Transmissão de bens imóveis - Recolhimento do tributo com base no valor venal do imóvel utilizado para fins de IPTU - Base de cálculo do ITBI que se encontra definida sobre dois parâmetros: ou é o valor venal do qual o contribuinte já tem prévio conhecimento e é definido pela Fazenda Pública, ou então é o valor indicado no instrumento de compra e venda - Impossibilidade do Município surpreender o contribuinte com outro valor que não reflita nenhuma destas realidades - Arbitramento de outro valor somente após ampla defesa, à luz do que dispõe o artigo 148 do Código Tributário Nacional, para possibilitar que o negócio seja realizado de forma segura e eficaz, levando em consideração a segurança jurídica necessária no ato da transação imobiliária - Segurança concedida - Recurso provido. (Apelação n. 0127543-46.2008.8.26.0053 - São Paulo - 15ª Câmara de Direito Público - Relator: Eutálio José Porto Oliveira - 18/08/2011 - 15651 - Unânime)

121) Execução Fiscal - Certidão da dívida ativa - Embargos à execução - Execução fundada em retribuição por uso de imóvel - Embargos julgados procedentes - Retribuição pelo uso de imóvel dado em pagamento a autarquia municipal - Impossibilidade de inscrição em dívida não tributária - Cobrança não conferida por lei à entidade - Invalidade, ademais, da prévia apuração da liquidez e certeza - Artigo 39 e §§ da Lei n. 4320/64 e artigo 1º, "caput", e § 1º do artigo 2º da Lei n. 6830/80 - Precedente do Superior Tribunal de Justiça - Recursos oficial e voluntário não providos. (Apelação / Reexame Necessário n. 0522654.5/9-00 - São José dos Campos - 15ª Câmara de Direito Público - Relator: Oswaldo Erbetta Filho - 18/08/2011 - 17232 - Unânime)

122) Execução Fiscal - Imunidade - Fazenda municipal contra fazenda estadual - Rito da Lei Federal n. 6830/80 - Impossibilidade - Aplicação da regra do artigo 730, do Código de Processo Civil - Adaptação dos ritos - Economia processual - Necessidade - Multa administrativa por violação das posturas municipais - Autarquia - Responsabilidade pelo pagamento - Imunidade recíproca não caracterizada - Inaplicabilidade do artigo 150, VI, "a" e § 2º, da Constituição Federal - Embargos improcedentes - Recurso provido. (Apelação n. 991.03.083926-0 - São Paulo - 18ª Câmara de Direito Público - Relator: Carlos Alberto Giarusso Lopes Santos - 25/08/2011 - 12152 - Unânime)

123) Execução Fiscal - Auto de infração - Fundação PROCON - Ajuizamento de ação anulatória e depósito judicial do valor principal do débito exequendo - Recolhimento do mandado de penhora em ação executiva - Pretensão de cancelamento ou suspensão do registro da empresa executada junto ao CADIN estadual - Admissibilidade - Artigo 8º, "caput", da Lei Estadual n. 12799, de 11/1/2008, além de terem sido preenchidos os requisitos necessários previstos na Lei Federal n. 10522 de 19/7/2002 (artigo 7º), aplicados por analogia - Decisão reformada - Recurso provido. (Agra-

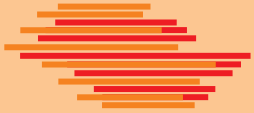
vo de Instrumento n. 0036914-83.2011.8.26.0000 - São Paulo - 6ª Câmara de Direito Público - Relator: Israel Góes dos Anjos - 24/10/2011 - 8227 - Unânime)

124) Imposto - Circulação de Mercadorias e Serviços - Empresa autuada que reputa tempestivo recurso ordinário interposto ao Tribunal de Impostos e Taxas, em face da decisão proferida em processo administrativo tributário - Desacolhimento - Direito intertemporal - Incidência das disposições da Lei n. 13457/09, de caráter processual e que entram em vigor imediatamente, atingindo os procedimentos já em andamento - Regem-se pela lei nova os fatos ainda a praticar, mesmo na mesma fase procedimental pendente quando da passagem da lei velha para a nova. A lei que regula o recurso é a vigente à data em que a decisão é publicada e não a que vigia quando da propositura da ação, pois que, com relação aos meios de impugnação então existentes àquela época, as partes nutriam simples e singelas expectativas - Ausência de ilegalidade - Sentença mantida - Recurso não provido. (Apelação n. 0368523-45.2010.8.26.0000 - São Paulo - 9ª Câmara de Direito Público - Relator: Oswaldo Luiz Palu - 26/10/2011 - 5468 - Unânime)

125) Execução Fiscal - Imposto - Débito declarado e não pago - Dívida líquida, certa e exigível - Previsão legal da multa de mora nos artigos 87 e 98 da Lei Estadual n. 6374/89 - ICMS admitido por força do artigo 33, da Lei Paulista n. 6374/89 - Preliminar de cerceamento de defesa - Inadmissibilidade - Sentença mantida - Recurso improvido. (Apelação n. 3005360-02.2010.8.26.0037 - Araraquara - 12ª Câmara de Direito Público - Relator: Luiz Burza Neto - 05/10/2011 - 19499 - Maioria de votos com voto declarado)

125) Imposto - Serviços de qualquer natureza - Ações declaratória de inexigibilidade e anulatória de lançamento fiscal - Incidência sobre serviços prestados por notários e oficiais de registro - Serviços delegados exercidos em caráter privado - Remuneração do agente delegado passível de sujeição ao ISS - Matéria julgada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 3089, decidindo pela constitucionalidade da incidência do ISS sobre os serviços prestados pelos notários e registradores - Não incidência do artigo 9º, § 3º, do Decreto-lei n. 406/68 - Ausência de caráter pessoal na prestação do serviço - Recursos oficial e voluntário da municipalidade providos. (Apelação/Reexame Necessário n. 0730390.5/5-00 - São Vicente - 14ª Câmara de Direito Público - Relator: Rodrigo Lobato Junqueira Enout - 29/09/2011 - 9781 - Unânime)

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Boletim Informativo da Seção de Direito Público, Setembro e Outubro de 2011.



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO