

RICARDO LUIZ MARÇAL FERREIRA
Advocacia

Ricardo Luiz Marçal Ferreira
Luiz Gustavo Cordeiro Gomes

Rua General Jardim, 846 – cj. 42 – Higienópolis – São Paulo – SP – Cep: 01223-010 – Telefax: 3211 0688/3258 0285

CÓPIA

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 11ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

0054502-07.2012.8.26.0053 23112 1816 40

A ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO - APESP, associação civil sem fins lucrativos, inscrita na CNPJ/MF sob n. 62.654.124/0002-29, sediada na Rua Líbero Badaró, 377, 23º. andar – conjuntos 2307/2308 – Centro – São Paulo – SP, representada por sua atual Presidente, a dra. Márcia Maria Barreta Fernandes Semer, brasileira, casada, Procuradora do Estado de São Paulo, portadora da cédula de identidade RG n. 10.971.293, inscrita no CPF/MF sob n. 104.901.198-83, residente e domiciliada na Rua Vanderlei, 466, apto. 101 – Perdizes – São Paulo – SP, por intermédio de seus advogados e bastante procuradores, constituídos regularmente *ut* instrumento de mandato anexo, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., em conformidade com o artigo 5º., LXIX e LXX, “b”, da Constituição Federal, e com a Lei Federal n. 12.016/09, impetrar **MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO**, com pedido de **MEDIDA LIMINAR**, contra ato

violador de direito líquido e certo praticado pelo ILMO. SR. SUPERINTENDENTE DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, passando-se a expor, articuladamente, os fundamentos fáticos e jurídicos da presente impetração:

I – INTRODUÇÃO – DA LEGITIMIDADE ATIVA

A Associação impetrante, segundo se infere dos inclusos documentos (*cópia autenticada de seu Ato da Fundação e Atas comprobatórias da eleição de sua atual Presidente*), é entidade civil sem fins lucrativos, criada para representar a classe dos Procuradores do Estado de São Paulo.

Dentre suas finalidades institucionais, de defesa dos direitos da classe, insere-se a possibilidade de impetrar mandado de segurança coletivo, independentemente de autorização obtida em Assembleia Geral ou mesmo de outorga de mandatos (*cf. art. 2º, "f", do Estatuto*).

A causa de pedir e o pedido deduzidos no presente *mandamus* dizem respeito ao desconto compulsório (2%) que os Procuradores do Estado ativos vêm mensalmente sofrendo sobre seus ganhos normais, pagos pela Secretaria da Fazenda, que se destina a fazer frente ao

custeio do Sistema de Assistência Médico-Hospitalar mantido em nível local pela Autarquia Instituto de Assistência ao Servidor Público do Estado de São Paulo.

Constitui **fato notório** que no âmbito estadual - *exceção feita a Magistrados e a Membros do Ministério Público* -, não se concede aos servidores públicos estaduais em atividade opção de filiação, ou não, àquele Sistema.

Com efeito, demonstrando insensibilidade - *na verdade incompreensível recalcitrância, nesta altura* - ao panorama jurisprudencial sobre a matéria, no âmbito do qual se detectam tanto uníssonos precedentes locais quanto sólidas vv. decisões da col. Suprema Corte, o Poder Público estadual prossegue teimando em não reconhecer e deferir aos seus servidores ativos - *no rol deles estando os Procuradores do Estado* - a possibilidade, que emerge da Constituição Federal, de opção no sentido **de figurarem, ou não, como contribuintes do IAMSPE**. Impõe genericamente a alíquota de 2% (dois por cento) sobre seus ganhos, como se obrigatória fosse filiação ao Sistema. A facultatividade, pelos termos da Lei estadual n. 10.504/2000, só se reconhece aos servidores públicos estaduais inativos e aos pensionistas.

A Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, atuando aqui como substituta processual e munida de expressa autorização estatutária, buscará a concessão de medida liminar e de decisão concessiva de segurança final, garantidoras do reconhecimento do direito dos

seus associados em atividade de permanecerem, ou não, como contribuintes do IAMSPE. E isso é o quanto basta para a dedução da legitimação por via extraordinária.

Não fosse bastante esse aspecto, infere-se aqui a perfeita apropriação temática da presente ação mandamental com os fins institucionais que nortearam a fundação e preside a atuação da Entidade impetrante: tenciona-se aqui, **exclusivamente em favos dos seus filiados ativos**, por via coletiva, o reconhecimento de um direito que se conecta ao vínculo funcional que mantêm com o Poder Público.

A *quaestio iuris* que será tratada no presente mandado de segurança tem, portanto, além de tudo, clara compatibilidade com os fins sociais da Entidade impetrante, a ensejar a idoneidade da presente medida no plano processual subjetivo.

E, como a via de questionamento é o mandado de segurança coletivo, prescindível mostra-se a colheita de autorização específica ou mesmo de mandatos individuais, cabendo observar que a súmula n. 629-STF está em perfeita sintonia com o estatuto da Associação impetrante, ao dispensar a autorização específica em caso como o presente:

“A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe de autorização destes.”

Por essas razões, é fácil perceber que a autora tem legitimidade ativa, para, como substituta processual, impetrar o presente *mandamus*, objetivando garantir aos seus associados, que se acham em atividade, o reconhecimento do direito de, em querendo, não mais figurarem como contribuintes do IAMSPE.

*
* *
*

Feitos tais esclarecimentos, destinados a evitar supérfluas alegações contestatórias com matiz processual, passa-se a demonstrar as razões jurídicas que fundamentam a presente postulação.

II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA IMPETRAÇÃO

O cerne da controvérsia reside, como já exposto, no questionamento jurídico da vinculação compulsória ao sistema de assistência médico-hospitalar mantido pelo IAMSPE, e que enseja contribuição mensal da ordem de 2% (dois por cento) dos ganhos normais dos servidores públicos estaduais, dentre eles figurando os Procuradores do Estado de São Paulo.

A legislação local (Decreto-lei n. 257, de 29 de maio de 1970, com alterações subseqüentes - Lei n. 2.815/81, Lei n. 4.475/84, Lei n. 8.934/94, Lei n. 10.504/00 e Lei n. 11.125/02) considera-a obrigatória para os servidores em atividade, donde a incidência vinculada da aludida alíquota de contribuição.

O inciso I, do artigo 3º., do Decreto-lei n. 257/1970, é de clareza lapidar, (*sic*):

"Consideram-se contribuintes de IAMSPE:

I - os funcionários e servidores públicos estaduais, inclusive os inativos, do Poder Executivo e suas autarquias, Legislativo e Judiciário, e do Tribunal de Contas do Estado, excetuando-se os que tenham regime previdenciário próprio e servidores referidos no item anterior."

Dada a letra da aludida norma (*hermeticamente interpretada e aplicada pela Administração local, com clara desconsideração de dispositivos normativos que lhe são hierarquicamente superiores*), os Procuradores do Estado em atividade sofrem, quer queiram ou não, porque a legislação não lhes permite escolha, descontos sobre os seus ganhos que se voltam ao custeio de assistência médica e hospitalar disponibilizadas pelo IAMSPE.

Ocorre que tal **filiação obrigatória**, em cujo âmbito se procura justificar a captação de parte dos ganhos normais dos impetrantes, **revela-se inconstitucional**.

De fato, a redação original do artigo 149, da CF, previa a competência da União para possível instituição de contribuições sociais. Seu parágrafo único (*renomeado para parágrafo primeiro pela Emenda Constitucional n. 33/01*) veiculava regra no sentido de que “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios” poderiam instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social. De seu turno, os artigos 194 e 204, da Constituição Federal, cuidaram de destacar a diferença existente entre sistema previdenciário e sistema de assistência de saúde, institutos distintos como incontroversamente deflui do Texto Maior.

Com a sobrevinda da Emenda Constitucional n. 41/03, alterou-se a redação do artigo 149, da CF, passando a estar veiculada, no

seu parágrafo 1º., regra constitucional que obriga a Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios promoverem a instituição de contribuição para custeio de regime previdenciário de que trata o artigo 40, da CF. Portanto, o que antes era facultativo, tornou-se obrigatório. Mas tal obrigatoriedade vale apenas para o custeio do sistema previdenciário, já que na norma não há qualquer menção a sistema distinto, como, *i.e.*, o de assistência médica e hospitalar.

Disso tudo resulta que relativamente aos serviços aludidos, em que pese estarem os Entes Federados aptos a instituí-los e promovê-los, **não podem**, à luz do Texto Constitucional, **fixar a adesão obrigatória**, muito menos, *a fortiori*, incidência compulsória de alíquota contributiva sobre os vencimentos de seus servidores, destinada a custeá-los.

Tem-se, assim, no plano formal, que o *caput* do artigo 149, da CF, deferia apenas à União a competência para a criação de contribuições sociais ou de outras naturezas. As exceções diziam respeito às contribuições previdenciárias e sociais cobradas pelos Estados e Municípios e pelo Distrito Federal de seus servidores, que vigorou até a sobrevivência da Emenda Constitucional n. 41/03. A partir dela, dada a alteração da letra do parágrafo 1º., do indigitado artigo 149, da CF, estão obrigados a instituir (*dito de outro modo: só podem obrigatoriamente exigir*) contribuição de natureza previdenciária, **resultando na óbvia conclusão de que aos Estados falece competência para instituir contribuição (cuja regra é a obrigatoriedade de pagamento) de outra natureza.**

Revela-se, dessarte, a legislação local – o *Decreto-lei n. 257/1970, como sua matriz principal* – em flagrante descompasso com a Constituição Federal. Na verdade, a facultatividade no sistema de assistência médico-hospitalar deveria ser a tônica geral, e não direito hoje reservado apenas aos servidores públicos estaduais inativos e às viúvas dos servidores contribuintes (cf. Lei estadual n. 10.504, de 17 de fevereiro de 2000). Está-se, portanto, diante de típico caso em que legislação vetusta não se viu recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e pelas suas alterações subsequentes, introduzidas por Emendas Constitucionais.

*
* *
*

A jurisprudência, como seria de se esperar, é sólida sobre a matéria, sublinhando a inconstitucionalidade de Leis que determinam a filiação obrigatória de servidores públicos a serviços de assistência médico-hospitalar, mantidos, mercê de instituição de taxa, pelo Poder Público.

Pede vênia a Entidade impetrante para citar, *exemplii gratia*, alguns precedentes oriundos do egrégio Tribunal de Justiça sobre a matéria ora em exame.

No julgamento da Apelação Cível n. 806.561-5/4-00, relator o eminente Des. FRANKLIN NOGUEIRA (1ª. Câmara de Direito Público), restou decidido:

Ora, resta claro, dos preceitos constitucionais, que apenas a previdência social é de caráter contributivo e filiação obrigatória. Essa obrigatoriedade não é extensiva, em absoluto, às contribuições para sistema de saúde. Em relação à saúde, cumpre a cada um a opção, ou valer-se do sistema público (SUS), ou optar por plano que melhor se adapte a seus interesses.

O que não se pode é obrigar quem quer que seja, como faz a legislação estadual impugnada, a contribuir para entidade conveniada para obter assistência médico-hospitalar e odontológica.

A legislação em causa não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, pelo que não pode mais prevalecer sobre os interesses dos autores.

(...)

3. Isso posto, nego provimento aos recursos oficial e voluntário da CBPM e dou provimento ao recurso dos autores para julgar procedente a ação, nos termos da inicial, para declarar inexigível o desconto mensal destinado para a Assistência Médica Hospitalar Cruz Azul, com devolução dos valores pagos, devidamente corrigidos, observada a prescrição quinquenal, desde a propositura da ação. Os juros de mora incidentes a partir da citação, serão de 6% ao ano. A ré arcará coma

as custas processuais e os honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação.”

No mesmo sentido, o v. acórdão proferido na Apelação Cível n. 697.291-5/4-00, relatado pelo eminente Desembargador CORRÊA VIANA:

“Passando ao cerne da demanda, o ponto controvertido diz respeito à inscrição compulsória dos servidores no Instituto de Assistência Médica. E, nesse passo, respeitada posição contrária, entende-se que a razão está com os autores posto que não é dado ao legislador estadual impor aos funcionários, coercitivamente, a condição de contribuinte do IAMSPE, dizendo que a receita seria composta, entre outras, da contribuição obrigatória, dos servidores públicos (Dec. Lei n. 257/70, art. 20, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 2.815/81). Basta ver o artigo 194, ‘caput’, da Constituição da República estipula que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. E no tocante ao custeio, a redação original do artigo 149, parágrafo 1º., dizia que os Estados, Distrito Federal e Municípios poderiam instituir contribuição cobrada de seus servidores para atender ao sistema de previdência e assistência social. Com a E.C. n. 41/03, alterou-se a redação para constar que esses entes instituirão contribuição para o custeio do regime previdenciário de que trata o artigo 40. Logo aquilo que era facultativo (podiam instituir) passou a ser cogente (instituirão), mas contribuição diz respeito somente

ao custeio do regime previdenciário. A saúde conta com disciplina própria da Carta de 1988, como se vê na seção II, do Capítulo I, do Título VIII, enquanto a Previdência Social encontra-se na Seção III e a Assistência Social na Seção IV. Destarte, a única permissão concedida ao Estado foi a de instituir contribuição para custear o 'regime previdenciário', que não se confunde, é claro, com a assistência à 'saúde'. E não se poderá conferir, a tal exceção, interpretação extensiva para autorizar que os Estados exijam de seus servidores contribuição obrigatória para a entidade que cuidar da assistência médica. Nessa esteira decidiu o Supremo Tribunal (RT 812/131).

Aliás, a exigência fica ainda mais sem sentido quando se sabe que os membros da Magistratura e do Ministério Público, por exemplo, não são coagidos a contribuir para o IAMSPE, estabelecendo-se uma inadmissível situação de desigualdade entre os servidores. Portanto, não se discute a validade da criação do Instituto e sua importância módica, bem mais aceitável do que as exorbitantes mensalidades cobradas pelos planos de saúde particulares. Todavia, a inscrição compulsória é que não se pode tolerar porque realmente ofende princípios estabelecidos na Carta Magna."

Também no julgamento da apelação Cível n. 790.532-5/3-00 restou consagrada a mesma tese, como se infere da leitura da ementa do v.acórdão a ele atinente, relatada pelo eminente Des. CARLOS EDUARDO PACHI (6ª. Câmara de Direito Público), (sic):

“PREVIDÊNCIA SOCIAL – Polícia Militar – Associação compulsória à Cruz Azul de São Paulo e pagamento de contribuição de 2% dos vencimentos para assistência médica, odontológica e farmacêutica – Ilegalidade e inconstitucionalidade – O atual regime constitucional não permite ao estado instituir contribuição social de seus servidores visando o custeio do sistema de saúde – Devolução das parcelas com correção e juros a partir da citação – Precedentes.”

Reconhecendo idêntico direito, só que prolatado em sede de mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindicato dos Agentes Fiscais de Renda, há o recentíssimo v. acórdão proferido na Apelação/Reexame Necessário n. 0032847-47.2010.8.26.0053, relatado pelo eminente Desembargador SIDNEY ROMANO DOS REIS, assim ementado:

“Apelação Cível – Mandado de Segurança – Previdenciário – Custeio de assistência médica – IAMSPE – Demanda proposta por SINAFRESP pretendendo que seus sindicalizados tenham opção de escolha em sua permanência ou não na condição de filiado e contribuinte do IAMSPE – Sentença de concessão da segurança – Reexame necessário suscitado e Recurso voluntário pelo IAMSPE – Desprovisionamento de rigor.

- 1. Reexame necessário não conhecido porque não superado o valor de alçada.*
- 2. Descabida a obrigatoriedade da contribuição de 2% dos vencimentos e proventos – Incompatibilidade com a*

Constituição Federal de 1988 – Sistema de saúde que não pode ser de filiação obrigatória – Precedentes da Corte.

3. *Sentença mantida nos termos do art. 252 do Regimento Interno da Corte. Reexame Necessário não conhecido e Recurso de apelação do IAMSPE desprovido.”*

Os precedentes citados, oriundos do egrégio Tribunal de Justiça – e há muitos outros no mesmo sentido (cf. , *verbi gratia*, Apelação n. 0164887-60.2007.8.26.0000, rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, 3ª. Câmara de Direito Público; Apelação n. 990.10.006868-7, rel. Des. Antonio Carlos Villen, 10ª. Câmara de Direito Público; Apelação n. 994.07.155565-0, rel.Des. Alves Bevilacqua, 2ª. Câmara de Direito Público; Apelação/Reexame Necessário n. 0015779.84.2010.8.26.0053, rel. Des. Fermino Magnani Filho, 5ª. Câmara de Direito Público) – espelham e replicam, na verdade, pacífica orientação do col. Supremo Tribunal Federal, que examinou a matéria em exame na presente ação, firmando o entendimento de que a Constituição Federal (parágrafo primeiro, do artigo 149, e 149-A da CF) somente autoriza a criação de sistema de previdência social com filiação e contribuição compulsória, o mesmo não se aplicando ao sistema de saúde disponibilizado aos seus servidores, no qual o viés a ser observado é o da facultatividade.

O Plenário da col. Suprema Corte firmou, no que se pode considerar o *leading case* da matéria, categórica orientação sobre a matéria jurídica aqui em discussão. No julgamento do RE n. 573.540-MG (o recurso foi julgado na mesma sessão em foi apreciada a ADI n. 3.106-MG, rel. Min. EROS GRAU), relator do v. acórdão proferido o eminente Min. GILMAR MENDES, restou proclamado:

"EMENTA: CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA, HOSPITALAR, ODONTOLÓGICA E FARMACÊUTICA. ART. 85 DA LEI COMPLEMENTAR N. 62/2002, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. COMPULSORIEDADE. DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS. ROL TAXATIVO. INCOMPETÊNCIA DO ESTADO-MEMBRO. INCONSTITUCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. I – É nítida a natureza tributária de contribuição instituída pelo art. 85 da Lei Complementar n. 64/2002, do Estado de Minas Gerais, haja vista a compulsoriedade de sua cobrança. II – O art. 149, caput, da Constituição atribui à União a competência exclusiva para a instituição de contribuição sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais e econômicas. Essa regra contempla duas exceções, contidas nos arts. 149, parágrafo 1º, e 149-A da Constituição. À exceção desses dois casos, aos Estados-membros não foi atribuída competência, privativa ou concorrente, para legislar sobre determinada matéria não implica automaticamente a competência para a instituição de tributos. Os entes federativos somente podem instituir os impostos e as contribuições que lhes foram expressamente outorgados pela Constituição. IV – Os Estados-membros podem instituir apenas contribuição que tenha por finalidade o custeio do regime de previdência de seus servidores. A expressão 'regime previdenciário' não abrange a prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e farmacêuticos."

E em outros precedentes da col. Suprema Corte infere-se a mesma orientação jurisprudencial, tudo a evidenciar a mansidão da interpretação que aqui se propugna.

No julgamento do RE n. 450.199-GO, relator o eminente Min. CARLOS AYRES BRITO, restou proclamado:

“DECISÃO: Vistos, etc. O Estado de Goiás maneja recurso extraordinário, em face de acórdão do tribunal de Justiça local, com fundamento na alínea ‘a’ do inciso III do art. 102 da Constituição Republicana. 2. Da leitura dos autos, observo que o Tribunal de origem garantiu a servidores estaduais o direito de não se sujeitarem à contribuição social para o IPASGO, instituída pela Lei n. 10.150/86. Isto por ser a imposição destinada ao custeio da assistência à saúde dos servidores (serviços médicos, hospitalares, odontológicos etc.), circunstância que não encontra amparo na Lei Maior (parágrafo único do art. 149, redação originária). 3. Pois bem, o recorrente aponta violação ao inciso VI do parágrafo único do art. 194, ao art. 195 e ao caput e ao parágrafo único do art. 198 (redação anterior à EC 29/2000) da Carta de Outubro. 4. A seu turno, a douta Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Roberto Monteiro Gurgel Santos opina pelo desprovemento do recurso. 5. Tenho que o apelo extremo não merece prosperar. É que o aresto recorrido está em harmonia com entendimento já externado por esta colenda Corte.

Entendimento segundo o qual o parágrafo único do art. 149 da Lei Maior (redação originária), que permite aos Estados a instituição de contribuição para o custeio de sistema previdenciário e de assistência social, comporta interpretação restritiva, traduzindo exceção à competência exclusiva da União para a cobrança de contribuições sociais. 6. Sucede, pois, que aos entes federados é dado instituir contribuições para custear apenas sistemas próprios de previdência e de assistência social, sendo-lhes vedada a instituição de contribuição compulsória para a manutenção de sistema de saúde de seus servidores.” (decisão monocrática, publicada em 8.2.2006)

Recentemente, ao julgar os embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário n. 585.919-MG, o eminente Ministro LUIZ FUX sintetizou com concisão e precisão a matéria aqui em discussão, proclamando que a obrigatoriedade de filiação e, portanto, de sujeição ao desconto de contribuição vale apenas para o custeio da previdência oficial; sendo que “a assistência médico-hospitalar dos servidores públicos estaduais não está prevista como benefício previdenciário”. E mais à frente sentencia: “O Estado pode cobrar custeio à saúde se o servidor quer usufruir assistência à saúde; ele não pode é impor uma vinculação compulsória...” (Julgamento 27/03/2012 –DJU de 20/04/2012).

*
* *
*

Demonstrado lapidarmente o direito sobre o qual se funda o presente mandado de segurança, vale ressaltar que os descontos efetuados em favor do IAMSPE operam-se de forma compulsória nos vencimentos normais dos Procuradores do Estado em atividade. Dado o hermetismo com que atua o Poder Público, somente mercê de intervenção judicial é que se torna possível o resguardo do direito de desfiliação para os que optarem por tal caminho, prerrogativa constitucional que detêm.

III – DA FUNDAMENTAÇÃO À CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR

Alinham-se *in casu* fundamentos claros para que seja concedida medida liminar.

O direito vindicado goza claramente do pressuposto da *verossimilhança e relevância jurídica* e os muitos e contundentes precedentes citados, inclusive categóricas manifestações do col. Supremo Tribunal Federal, não constituem senão prova disso. Noutras palavras, o direito sustentado pela impetrante é flagrante, não se divisando no horizonte qualquer factível inflexão no curso de seu reconhecimento. Sob esse prisma, a concessão

de medida liminar afigura-se isenta de riscos. Uma vez deferida, diante de tal quadro, só se espera a sua manutenção por v. decisão definitiva.

Quanto ao *periculum in mora*, revela-se igualmente claro, Exa., na medida em que, fixada a tese de que a regra que deve imperar em relação à participação em sistema destinado à prestação de serviços médico-hospitalares é da facultatividade, a demora na efetivação da ordem aqui pleiteada terá como única consequência adiar, profligar um direito que já hoje se afigura patente e flagrante.

A não concessão da liminar, em relação aos associados da impetrante que querem se desligar do sistema gerido pelo IAMSPE, trará como indesejável efeito que prossigam sofrendo apreensão sobre uma parte dos seus ganhos (*verba alimentar*), sendo que, embora a utilização do sistema esteja a eles franqueada, dele, decerto, não se valerão. Tal ilação, de toda lógica, foi colocada em relevo pelo v. acórdão proferido na Apelação n. 0067800.07.2007.8.26.0000, rel. Des. RONALDO ANDRADE; *in verbis*: “...necessário ressaltar-se que, estivessem os autores satisfeitos com o serviço prestado pelo IAMSPE, não haveria motivos para requerer o desligamento.”

A concessão de provimento antecipatório também se justifica, uma vez que, aqui, não se alvitra pagamento de qualquer vantagem ou benefício, mas apenas o reconhecimento da facultatividade em relação à

participação em sistema de assistência médica, mantido à custa da imposição compulsória de contribuição. Sob um vértice prático, o efeito que se quer obter é o de evitar um desconto sobre os ganhos dos Procuradores do Estado que tencionam deixar de figurar como contribuintes do IAMSPE. Para eles (*impossibilitados hoje de exercer seu direito de escolha*), passa a contribuição a assumir a feição de **tributo indevido**.

O col. Superior Tribunal de Justiça sabiamente destacou o viés acentuadamente tributário da matéria em discussão no presente *mandamus*, profligando o entendimento de que a disponibilidade dos contribuintes relativamente aos sistemas de saúde **não desnatura a inconstitucionalidade da imposição obrigatória da contribuição**, (*sic*):

“O fato de os contribuintes terem ou não usufruído do serviço de saúde prestado pelo Estado de Minas Gerais é irrelevante, pois tal circunstância não retira a natureza indevida da exação cobrada, segundo consignado no aresto recorrido. Nos termos do artigo 165, do CTN, o único pressuposto para a repetição do indébito é a cobrança indevida do tributo.” (RESP 1.167.786-MG, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. em 15/06/2010 – destaque nosso)

Enfatize-se, ademais, inexistir qualquer impedimento legal à concessão de medida liminar - *que mais à frente pleitear-se-á* -, porque, na espécie, não se cuidará de impor **obrigação de pagar** vencimentos ou vantagens, ou que seja efetuada reclassificação ou equiparação de servidores

públicos (cf. art. 1º, da Lei n. 9.494/97 e art. 7º, parágrafo 2º, da Lei n. 12.016/09). Almeja-se **obrigação de não fazer**, cujo efeito financeiro opera-se pela mera abstenção do desconto de 2% (*dois por cento*) dos ganhos dos Procuradores do Estado ativos que não mais desejam ser contribuintes do IAMSPE. Ao fim e ao cabo, o que se quer evitar é uma apreensão de uma parcela dos vencimentos de associados da impetrante que, por lei, uma vez fixado que não desejam mais valer-se dos serviços de assistência médico-hospitalar oficial, deve lhes pertencer. Pretensão de garantia com essa característica encontra claro esteio no artigo 7º, III, da Lei 12.016/09.

Nesse sentido, é oportuna a referência a v. acórdão do col. Superior Tribunal de Justiça que bem distingue as situações em apreço (*obrigação de não fazer versus obrigação de pagar*):

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. SITUAÇÃO PECULIAR. ABSTENÇÃO DE REDUÇÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO EXISTENTE. Lei 9494/97. PRECEDENTES.

As decisões citadas como paradigma pela decisão agravada se amoldam à espécie, na medida em que esta Corte vem deliberando que em situações peculiares, ou seja, quando não se trata de aumento ou extensão de vantagens ou vencimentos, mas sim de uma manutenção de uma situação existente, não se aplica o entendimento sobre a impossibilidade de concessão de tutela antecipada

contra a Fazenda Pública. Precedente. Agravo desprovido." (AA 478721/RJ; AFGRAVO REGIMENTO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2002/0131823-4 DJ DATA: 22/04/2003 PG: 00268, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, 5ª Turma)

A doutrina é pacífica quanto à possibilidade de concessão de medida liminar, e mesmo de tutela antecipada, em face do Poder Público, quando o provimento jurisdicional não se volta à outorga de vantagens, diferenças de vencimentos passadas, reclassificação e equiparação de servidores públicos; em suma, pagamento de qualquer natureza, mas apenas se destina a manter incólume a remuneração legalmente devida, protegendo-a de exação com feição inconstitucional.

De rigor, se se estivesse aqui pleiteando o pagamento de vantagem que seus associados não auferem ou qualquer ascensão ou melhoria funcional em favor deles, o pleito antecipatório certamente resvalaria na vedação prevista no art. 1º, da Lei n. 9.494/97, dispositivo que teve em parte sua constitucionalidade cautelarmente reconhecida pelo col. STF, na ADC n. 4. Mas esse não é o caso! Alvitra a impetrante, em prol de seus associados, provimento que garanta aos que optarem pela desfiliação do IAMSPE a incolumidade de seus ganhos frente à alíquota de 2% (dois por cento), sem que prossiga a Administração absorvendo irregularmente uma parcela que não lhe cabe reter, usar ou mesmo transferir. Em hipótese como a presente, a doutrina é pacífica quanto à possibilidade de deferimento de liminar

em face do Poder Público (cf. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *"Da Antecipação de Tutela no Processo Civil"*, 1998, Ed. Dialética, item 25.1; RENATO LUÍS BENUCCI, *"Antecipação de Tutela em Face da Fazenda Pública"*, 2001, Ed. Dialética, pags. 52 e segs.).

Há de se dar o devido destaque a caso análogo ao presente, em que o egrégio Tribunal de Justiça deu provimento a agravo de instrumento garantindo a Defensores Públicos do Estado, impetrantes do mandado de segurança, o direito à cessação da contribuição destinada ao IAMSPE. Trata-se do v. acórdão proferido no Agravo de Instrumento n. 0010384-08.2012.8.26.0000, relatado pelo eminente Des. URBANO RUIZ (10ª Câmara de Direito Público), que se encontra, em sua parte fundamental, assim disposto:

"O art. 7º, III, da Lei 12.016/09, permite que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso finalmente deferida. O deferimento da liminar exige, assim, fundamento relevante e, possibilidade de prejuízo, caso não seja deferida.

O art. 20 do Decreto 257/70 não foi recepcionado pela Constituição. O parágrafo 1º. do art. 149 da CF, com redação dada pela EC n. 41/03 prevê, tão-somente, a instituição de contribuição para o custeio da previdência social, nos termos do art. 40 da CF, não contemplando o sistema de saúde. Ademais, o art. 5º, XX assegura o direito de filiar-se ou não a qualquer entidade associativa.

(...)

Patente, pois a verossimilhança da alegação, o perigo de demora e a necessidade de impedir os descontos."

Pede-se, ainda, vênia para destacar do v. acórdão prolatado no Agravo de Instrumento n. 835.742-5/8-00 (10ª. Câmara de Direito Público), os seguintes e esclarecedores excertos, (sic):

Deferida a cessação do desconto de 2% da contribuição compulsória para assistência médico-hospitalar e odontológica destinada à Cruz Azul, alega a agravante que o art. 1º. Da Lei Federal n. 9.494/97 veda a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

(...)

A suspensão dos descontos de contribuições destinadas à assistência médica pode ser deferida em liminar.

O art. 1º. Da Lei 9.494/97 que estendeu à antecipação de tutela, prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil as restrições da Lei 8.437/92, não veda toda e qualquer liminar contra o Poder Público.

A relevância do fundamento pode justificar antecipação de tutela, principalmente quando limitada à cessação ou

suspensão de um ato, o que não equivale a criar aumento ou conceder vantagem.

(...)

Quanto à verossimilhança no caso concreto, convém lembrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento no sentido de que o parágrafo único do art. 149 da Constituição Federal (redação original), comporta interpretação restritiva, permitindo ao ente federativo instituir contribuições para custear apenas sistemas próprios de previdência e de assistência social, sendo-lhes vedada a instituição de contribuição compulsória para a manutenção de sistema de saúde de seus servidores.

É bem de ver-se, pois, que são sólidos os fundamentos que amparam o pedido de concessão de medida liminar.

IV - DO PEDIDO DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARTE E DO PEDIDO FINAL

Ex positis, roga a impetrante seja concedida MEDIDA LIMINAR, consistente na determinação de que a Autoridade Coatora reconheça o direito de permanência, ou não, dos Procuradores do Estado ativos seus associados, como filiados e contribuintes do INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA DO SERVIDOR PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – IAMSPE, a ser efetivado, pelos que optarem pela negativa, mediante requerimento protocolado na referida Autarquia, operando efeitos imediatos (*a contar da comunicação*), dentre os quais avulta a imediata cessação, em relação e eles, da imposição da alíquota de contribuição fixada em Lei local (2% de seus ganhos pagos pela Secretaria da Fazenda).

Ao final, PLEITEIA-SE A CONCESSÃO DE SEGURANÇA DEFINITIVA, PARA OS SEGUINTE FINS:

A) QUE SEJA RECONHECIDO AOS PROCURADORES DO ESTADO ASSOCIADOS DA IMPETRANTE EM ATIVIDADE O DIREITO DE A QUALQUER TEMPO SE DESFILAREM DO IAMSPE, DEIXANDO COM ISSO DE FIGURAREM COMO SEUS CONTRIBUINTES - GARANTIA A SER EXERCIDA MEDIANTE COMUNICAÇÃO, TAL COMO DESCRITO NO PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR;

B) QUE PROCEDA A AUTORIDADE COATORA, OU A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO INTERNO À QUAL SE ACHA VINCULADA, ÀS DEVIDAS ANOTAÇÕES ADMINISTRATIVAS

RELATIVAMENTE À CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

V – DOS PROTESTOS FINAIS

Requer-se digne-se V. Exa. determinar a citação da Autoridade Impetrada, para que preste informações, no prazo legal.

Dá-se à causa para fins meramente fiscais o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Confia-se que haverá de ser concedidas a medida liminar e a segurança almejada, o que constituirá medida da mais lúdima

JUSTIÇA!

São Paulo, 10 de novembro de 2012.

P.p. RICARDO LUIZ MARÇAL FERREIRA
(OAB/SP n. 111.366)