

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos

JANEIRO/FEVEREIRO 2017

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho



PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
Centro de Estudos

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

Sílvia Helena Furtado Martins

Subprocurador Geral da Consultoria

Cristina Margarete Wagner Mastrobuono

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral

Fernando Franco

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal

Maria Lia Pinto Porto Corona

Corregedor Geral

Sergio Seiji Itikawa

Ouidoria

Lucia de Faria Freitas

Conselho da PGE

Elival da Silva Ramos (Presidente), Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Fernando Franco, Maria Lia Pinto Porto Corona, Sergio Seiji Itikawa, Mariângela Sarrubbo Fragata, Anna Cândida Alves Pinto Serrano, Henrique Martino Monteiro, Priscilla Souza e Silva Menário Scofano, Rebecca Correa Porto de Freitas, Renan Raulino Santiago, Rodrigo Augusto de Carvalho Campos, Rogério Augusto da Silva, Valéria Cristina Farias.

Centro de Estudos

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

*Camila Rocha Schwenk,
Joyce Sayuri Saito, Mirian Kiyoko Murakawa*

Escola Superior da PGE

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Coordenador Geral

Fábio André Uema Oliveira

Comissão Editorial

Presidência

Mariângela Sarrubbo Fragata

Secretária Executiva

Joyce Sayuri Saito

Membros da Comissão Editorial

Alessandra Obara Soares da Silva, Amanda Bezerra de Almeida, Anselmo Prieto Alvarez, Luciana Rita Laurenza Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Maria Márcia Formoso Delsin, Rafael Carvalho de Fassio

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227, 10ª andar – CEP 01405-100 – São Paulo/SP – Brasil. Tel.: (11) 3286-7016/7009. Homepage: www.pge.sp.gov.br E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado S/A – IMESP

*Rua da Mooca, 1.921 – Mooca
03103-902 – São Paulo – SP – Brasil
sac 0800 01234 01
www.imprensaoficial.com.br*

Tiragem: 350 exemplares

As colaborações poderão ser 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.

Editorial	7
<i>Cursos e Eventos</i>	
Cursos do Centro de Estudos	9
Cursos e eventos em parceria com outras instituições	9
<i>Peças e julgados</i>	
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Ação proposta para obter o reconhecimento da inconstitucionalidade da letra “f”, inciso I, artigo 16, da Lei nº 14.256/2006 do Município de São Paulo, com a supressão dos termos “relacionados ao transporte público de passageiros realizado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ”, e que a interpretação do inciso III do mesmo artigo se faça na conformidade da Constituição do Estado de São Paulo, afastando-se a incidência do tributo municipal na prestação de serviços de transporte metroviário intermunicipal por concessionários públicos. Ação julgada procedente	11
<i>Parecer do Gabinete do Procurador Geral do Estado</i>	
ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CESSAÇÃO DA VANTAGEM COM FUNDAMENTO EM LAUDO PERICIAL HOMOLOGADO PELO DPME. AUTORIZAÇÃO PARA DISPENSA DE REPOSIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS PELO SERVIDOR ENTRE A DATA DA CIÊNCIA DA HOMOLOGAÇÃO DO LAUDO PERICIAL E A DATA DA CIÊNCIA DO ATO ADMINISTRATIVO QUE DETERMINAR A CESSAÇÃO DA VANTAGEM. PRECEDENTE: PARECER PA 76/2012. A boa-fé do servidor não cessa pelo fato de ter sido cientificado da homologação do laudo que concluiu pela ausência de condição insalubre, mas sim pelo fato de ter sido cientificado do ato proferido pela autoridade competente que determinou a cessação da vantagem	57
<i>Parecer da Procuradoria Administrativa</i>	
IAMSPE – INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. Dúvida quanto à exegese do artigo 3º do Decreto-Lei Estadual nº 257/1970, que estabelece o rol de contribuintes do IAMSPE. Profunda alteração da realidade fática e jurídica que circunda o diploma in casu, a recomendar que o artigo 3º, I, do Decreto-Lei Estadual nº 257/1960 seja interpretado de maneira a albergar na categoria de contribuinte do IAMSPE todos os servidores públicos estaduais, inclusive os inativos, exceto aqueles regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e outros que não poderiam ser abrangidos à	

época em que definido o universo de contribuintes da Autarquia pelo referido decreto. Orientação que não alcança as leis específicas que enquadram indivíduos em situação diversa como contribuintes da Autarquia de Assistência Médica. Caso concreto em que a interessada, admitida nos termos da Lei Estadual nº 500/1974 na vigência da Lei Complementar Estadual nº 1.010/2007, deixou de ostentar a categoria de contribuinte do IAMSPE no momento em que excluída dos quadros da Administração Pública Estadual. Imperiosa alteração legislativa do diploma em tela, a fim de amoldá-lo ao contexto vigente. Precedente: Parecer PA nº 56/2015 67

Ementário

Consultoria	87
Contencioso Geral	91
Contencioso Tributário-Fiscal	93

Prezados leitores, caros colegas,

Mais um ano se inicia e, com ele, a esperança de novas realizações.

Em 2017, o Centro de Estudos prosseguirá na busca de seus melhores resultados, organizando cursos de excelência e primando pela qualidade ímpar do material de seus periódicos.

Em um período em que a crise financeira assola o País, temos de preservar algo que não sofre qualquer tipo de pressão: o mundo das ideias, onde se situa a produção intelectual. E é por isso que temos sempre incentivado os colegas a produzir e compartilhar estudos, seus trabalhos, os quais podem ser aproveitados para a atualização da carreira, por meio deste Boletim, em que a leitura é mais dinâmica, por meio da Revista da PGE, em que se propaga a doutrina de Advocacia Pública, e, ainda, por meio da Revista da Escola Superior da PGE, em que o foco é a produção científica.

Estou certa de que os colegas têm um olhar firme pautado na propagação de seus trabalhos, e para isso estamos aqui, no nosso Centro de Estudos, atentos às oportunidades de engrandecimento dos Procuradores e dos servidores da Instituição.

Neste número, na seção reservada às “peças e julgados”, temos a Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra legislação municipal que autorizava a cobrança de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), sobre a prestação de serviços de transporte metroviário intermunicipal de passageiros, hipótese sujeita ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre prestação de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal (ICMS), consoante art. 165, I, “b”, da Constituição do Estado de São Paulo.

Também temos um parecer que tratou sobre o momento em que o adicional de insalubridade deve cessar quando o laudo concluir pela ausência de condição insalubre, analisando se a cessação deve ocorrer na data da ciência do ato administrativo que a determinou ou na data da ciência da homologação do laudo pericial.

Por fim, o parecer PA nº 2/2017 enfrenta dúvida relativa ao art. 3º do Decreto-lei Estadual nº 257/1970, que estabelece o rol de contribuintes do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual (IAMSPE).

Como podem constatar, assuntos diversos revelam a atuação da nossa Instituição, em várias frentes, para tutelar os interesses da Administração. O compromisso dos colegas, ao lado de sua competência, certamente, afirma e reafirma a grandeza da PGE/SP.

Boa leitura e um excelente 2017 a todos!

MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA

Procuradora do Estado Chefe
Centro de Estudos – Escola Superior

Cursos do Centro de Estudos

22.02 – “Capacitação de Procuradores – Projeto Acesso SUS”.

Cursos e eventos em parceria com outras instituições

26.01 – “Reunião Técnica de apresentação das regras de negócios que orientam o funcionamento do Sistema Informatizado Unificado de Gestão Arquivística de Documentos e Informação – SPdoc” – Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

**EXCELENTÍSSIMO SR. DESEMBARGADOR JOSÉ ROBERTO BEDRAN,
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.**

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, nos termos do artigo 74, inciso VI, e artigo 90, ambos da Constituição do Estado de São Paulo vem, respeitosamente perante esse Colendo Tribunal de Justiça, propor

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

com pedido de Medida Cautelar

em face da norma contida no artigo 16, inciso I, alínea “f” da Lei do Município de São Paulo nº 13.701/03, com a redação que lhe foi dada pela Lei 14.256/2006, por evidente confronto com o disposto no artigo 165 inciso I, alínea “b” da Constituição do Estado de São Paulo, que enuncia a competência tributária para instituição de impostos sobre operações relativas à prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, nos termos da repartição de competência tributária estabelecida pela CF/88.

INTRODUÇÃO

O objetivo desta ação é a declaração de inconstitucionalidade de norma editada pelo Município de São Paulo que, sob argumento da competência para instituição de “tributos sobre serviços de natureza municipal”, pretende a cobrança indevida do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) sobre prestação de serviços de transporte **metroviário** intermunicipal de passageiros, fato típico da tributação estadual.

A legislação municipal, como adiante se explicitará, viola frontalmente o dispositivo constitucional estadual, na medida em que fundamenta pretensão à cobrança de tributo sobre prestação de serviços que não configura a hipótese de incidência do ISSQN, que prescreve que o serviço de transporte deve exibir “natureza municipal”, invadindo a competência estadual para tributar o transporte intermunicipal de passageiros, no qual se inclui o serviço metroviário.

Parâmetros de controle – A legislação municipal impugnada em face da Constituição Estadual

O artigo de lei municipal ora impugnado dispõe:

Lei Municipal nº 14.256 de 29/12/2006

Artigo 16 – O valor do imposto será calculado aplicando-se à base de cálculo a alíquota de:

I - 2% (dois por cento) para os serviços previstos:

f) no subitem 16.01 da lista do “caput” do artigo 1º relacionados ao transporte público de passageiros realizado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo (METRÔ), bem como aqueles relacionados ao transporte de escolares e transporte por táxi (inclusive frota);¹

III - 5% (cinco por cento) para os demais serviços descritos na lista do caput do art. 1º.

Verifica-se que tais dispositivos tratam da alíquota aplicável à hipótese de incidência do ISSQN prevista pelo artigo 1º daquele diploma, relativamente aos serviços de transporte de “natureza municipal” (constantes dos itens 16 e 16.01 da lista de serviços do referido artigo 1º), tendo a Municipalidade embutido, neste conceito restrito, a prestação de serviços de transporte intermunicipal **metroviário** ao lado daqueles prestados por táxi e veículos escolares.

Tais dispositivos, consoante será demonstrado na presente ADI, sustentam a pretensão à cobrança do ISSQN sobre serviços de transporte (inter) municipal à alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) em relação ao METRÔ e 5% (cinco por cento) em relação às concessionárias que prestam o mesmo serviço.

A aplicação da letra “f” do inciso terceiro do dispositivo ao transporte metroviário prestado pelo METRÔ e a aplicação em caráter residual do inciso III (“todos os demais serviços”) ao transporte metroviário prestado por concessionários consistem uma afronta expressa ao artigo 165, I, “b” da Constituição estadual, que assegura ao Estado de São Paulo a competência para instituição do ICMS sobre a prestação de serviços de transporte intermunicipal, assim redigido:

¹ Artigo 1º lei 13701/03 – O imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da seguinte lista, ainda que não constitua a atividade preponderante do prestador.

SEÇÃO III

Dos Impostos do Estado

ARTIGO 165 - Compete ao Estado instituir:

I - impostos sobre:

- a) transmissão “*causa mortis*” e doação de quaisquer bens ou direitos;
- b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
- c) propriedade de veículos automotores.

Esclarece-se que a ação focaliza o conjunto normativo municipal, ressaltando-se que, muito embora o artigo 1º, item 16 da Lei 13701/03 permita a instituição do tributo (ISSQN) sobre serviço de transporte de interesse municipal, sua amplitude não permite abranger a prestação de serviços metroviários, de interesse e natureza metropolitanos, sejam eles realizados pela Companhia do Metropolitano (METRÔ) ou por concessionários públicos.

Reitere-se: os dispositivos indicados foram editados com fundamento em dispositivo legal (itens 16 e 16.1 da lista do artigo 1º da lei 13.701/03) que não abrange a prestação de serviços de interesse metropolitano, consistindo uma indevida ampliação, flagrantemente violadora da Carta Estadual, a interpretação de que o transporte público de passageiros prestado pelo METRÔ e/ou concessionários integraria a referida “lista de serviços”, bem como a respectiva previsão da alíquotas.

Controle de constitucionalidade pelo Tribunal local

A questão da inconstitucionalidade da norma municipal merece apreciação por este Tribunal, à vista da coexistência das jurisdições constitucionais, expressamente prevista pelo artigo 125 parágrafo segundo da Constituição Federal². Registre-se que as normas que tratam do tema em debate – instituição do tributo sobre transporte intermunicipal e serviços de qualquer natureza – constam em idêntica redação, tanto na Constituição Federal quanto na Constituição do Estado de São Paulo.

2 Artigo 125 CF/88 - Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Nesse sentido, ensina a doutrina de Gilmar Mendes :

“O parâmetro de controle do juízo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal haverá de ser apenas a Constituição Federal. Já o parâmetro de controle abstrato de normas perante o Tribunal de Justiça estadual será apenas e tão somente a Constituição estadual.(..) Não obstante a existência de esferas normativas diferenciadas, afigura-se legítima a conclusão de Pestalozza, segundo a qual a existência das jurisdições estaduais e federal outorga ao lesado uma dupla proteção, seja quando o ato se afigure incompatível com as disposições federais e estaduais materialmente diversas, seja quando malfira preceitos concordantes da Constituição Federal ou da Carta Estadual.(..)

Todavia, parece lícito enfatizar que a possibilidade de coexistência entre jurisdições constitucionais federal e estadual pressupõe, em uma estrutura federativa, expressa previsão constitucional e uma definição dos “parâmetros de controle”. Dessarte, mesmo quando as disposições dos textos constitucionais federal e estadual tiverem idêntico conteúdo, há de se admitir a autonomia dos pronunciamentos jurisdicionais da Corte Federal ou de tribunal estadual.”

Lembra o autor a discussão acerca da inconstitucionalidade da progressividade de alíquotas do IPTU levada a efeito perante este TJSP:

“Sob o império da Constituição de 1988, suscitou-se, entre nós, questão relativa à competência de tribunal estadual para conhecer de ação direta de inconstitucionalidade, formulada contra lei municipal em face de parâmetro constitucional estadual que, na sua essência, reproduzia disposição constitucional federal. Cuidava-se de controvérsia sobre a legitimidade do IPTU instituído por lei municipal de São Paulo – Capital (Lei municipal nº 11.152, de 30.12.91). Concedida a liminar pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, opôs a Prefeitura Municipal de São Paulo reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, sustentando, fundamentalmente, que, embora fundada em inobservância de preceitos constitucionais estaduais, a ação direta acabava por submeter à apreciação do Tribunal de Justiça do Estado o contraste entre a lei municipal e normas da Constituição Federal (Reclamação 383, Rel. Min Moreira Alves).(....) Portanto, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 383 veio restabelecer a melhor doutrina, assentando que, posta a questão da constitucionalidade da lei municipal (ou da lei estadual) em face da Constituição estadual, tem-se uma questão constitucional estadual.³”

3 “O controle de constitucionalidade do direito estadual e municipal na Constituição Federal”, artigo de julho de 1999, parcialmente reproduzido em “Curso de Direito Constitucional”, 6. ed., Saraiva, 2011, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet, p. 182

E a esse respeito, a jurisprudência do STF assim se expressa:

“Impende assinalar, nesse ponto, por necessário, que o processo objetivo de fiscalização normativa abstrata, instaurável perante os Tribunais de Justiça locais, somente pode ter por objeto leis ou atos normativos municipais, estaduais ou distritais, desde que contestados em face da própria Constituição do estado-membro, (ou, quando for o caso, da Lei Orgânica do Distrito Federal), que representa, neste contexto, o único parâmetro de controle admitido pela Constituição da República. (...) **Registre-se, por necessário, que esta Suprema Corte também reconhece possível a instauração de jurisdição constitucional “in abstracto” dos Estados-membros, a ser exercida pelos respectivos Tribunais de Justiça, mesmo que se cuide de impugnação a leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, desde que contestados em face da Constituição estadual, ainda que a norma de parâmetro necessária e formalmente incorporada ao texto da Constituição local seja reprodução de dispositivos constitucionais federais de observância compulsória pelas unidades federadas** (RTJ 155/974), admitindo-se, em tal específica hipótese, a possibilidade de controle recursal extraordinário da decisão local, por parte do Supremo Tribunal Federal. (Recl 3436 MC /DF – Ministro Celso de Mello, j. 1/7/2005 - destaquei)

No corpo daquele acórdão, destaca-se a jurisprudência de referência:

“Controle abstrato de constitucionalidade: ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, perante o Tribunal de Justiça, fundada em violação de preceitos da Constituição do Estado, ainda que se cuide de reprodução compulsória de normas da Constituição da República: admissibilidade afirmada na Recl. 383, 10.6.92, aplicação do precedente, com ressalva do relator.” (RTJ 155/974, Rel. Min. Sepúlveda Pertence)”

“COMPETÊNCIA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL CONTESTADA EM FACE DA CARTA DO ESTADO, NO QUE REPETE PRECEITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O par. 2º do artigo 125 da Constituição federal não contempla exceção: define a competência para ação direta de inconstitucionalidade a causa de pedir lançada na inicial; sendo esta o conflito de norma atacada com a Carta do Estado, pouco importando que ocorra repetição de preceito da Carta da República de adoção obrigatória.(RE 177.865/SP Rel. Min. Marco Aurélio)

“COMPETÊNCIA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – BALIZAS – NORMA LOCAL – CARTA DO ESTADO – A competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade em que impugnada norma local contestada em face da Carta estadual é do Tribunal de Justiça respectivo, ainda que o preceito atacado revele-se como pura repetição de dispositivos da Constituição Federal de observância obrigatória pelos Estados (RTJ 163/836 Rel. Min. Marco Aurélio)

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello tornou a abordar a questão na Reclamação 5049/RJ, como se vê de decisão publicada no DJE de 24.10.2008, com a seguinte ementa:⁴

“FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. POSSIBILIDADE (CF, ART. 125, § 2º). PARÂMETRO ÚNICO DE CONTROLE: A CONSTITUIÇÃO DO PRÓPRIO ESTADO-MEMBRO OU, QUANDO FOR O CASO, A LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, TRATANDO-SE DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ‘IN ABSTRACTO’ DO ESTADO-MEMBRO (OU DO DISTRITO FEDERAL), DE ERIGIR-SE A *PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA À CONDIÇÃO DE PARADIGMA DE CONFRONTO*. A QUESTÃO DA INCORPORAÇÃO FORMAL, AO TEXTO DA CARTA LOCAL, DE NORMAS CONSTITUCIONAIS FEDERAIS DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. ‘ESTADUALIZAÇÃO’, NESSA HIPÓTESE, DE TAIS NORMAS CONSTITUCIONAIS, NÃO OBSTANTE O SEU MÁXIMO COEFICIENTE DE FEDERALIDADE. LEGITIMIDADE DESSE PROCEDIMENTO. HIPÓTESE EM QUE AS NORMAS ‘ESTADUALIZADAS’ PODERÃO SER CONSIDERADAS COMO PARÂMETRO DE CONFRONTO, PARA OS FINS DO ART. 125, § 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA QUE IMPUGNA, PERANTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DIPLOMA NORMATIVO LOCAL, CONTESTANDO-O, EM TESE, EM FACE DE NORMAS DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE, AO JULGAR PROCEDENTE A *AÇÃO DIRETA*, DECLARA A INCONSTITUCIONALIDADE DE DETERMINADA LEI DISTRITAL (LEI Nº 2.721/2001), CONSIDERANDO-A INCOMPATÍVEL COM NORMAS DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INADMISSIBILIDADE. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADMISSIBILIDADE DA RECLAMAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.”

Plenamente admitida, pois, a discussão da matéria perante este E. Tribunal de Justiça, destacando-se como parâmetro de controle a Constituição do Estado de São Paulo.

Da usurpação da competência estadual para a tributação do serviço

Revela a lei municipal ora questionada uma ação independente do Executivo Municipal que, dentre as hipóteses de incidência previstas para instituição do imposto sobre serviços de transporte de natureza municipal, escolheu justamente

⁴ “in” Informativo/STF nº 394.

aquela que desborda da competência estabelecida originariamente pela Carta Federal e que viola diretamente a Constituição Estadual – o serviço de transporte intermunicipal, metropolitano, de interesse metropolitano, que compreende o território do Município de São Paulo e aqueles que lhe são adjacentes.

A inconstitucionalidade da legislação municipal ora apontada enseja um suposto confronto entre as normas de incidência de duas figuras tributárias diversas, que em verdade não se estabelece. Basta analisar a incidência tributária através da construção da norma padrão de cada uma das exações, a partir do texto dos diplomas acima citados. (ICMS – art 165, I, “b” da Constituição Estadual e ISSQN – artigo 1º da Lei 13.701/03).

Tratam as figuras tributárias do ICMS e do ISSQN de fatos diversos, como não poderia deixar de ser. O tributo estadual incide sobre prestação de serviços de transporte intermunicipal; o tributo municipal, sobre serviços de transporte de interesse municipal.

De saída é fácil observar que a pretensão impositiva estadual possui escopo mais amplo do que a municipal, eis que os interesses municipais não podem extravasar os limites do território do município. O interesse estadual, por outro lado, necessariamente se projeta sobre região em que se contêm todos os respectivos municípios. Importante constatar como premissa que há uma superposição de territórios em que a prestação de serviços ocorre, mas não uma coincidência dos interesses afetados.

Das normas padrão de incidência dos tributos estadual e municipal

A regra matriz de incidência do ICMS, no caso em exame, exhibe como antecedente a prestação de serviços de transporte intermunicipal, ensejando como consequente a obrigação tributária de pagamento do tributo ao Estado de São Paulo. O antecedente ou descritor, na conhecida síntese doutrinária⁵, é informado pelos critérios material, espacial e temporal; ou seja, o evento, que se recolhe pela norma como fato jurídico típico, é definido por uma ação ou estado, condicionado por circunstâncias de tempo e espaço. Já a obrigação tributária é o centro da relação jurídica que se estabelece como efeito da incidência, definida pelo critério pessoal (sujeitos ativo e passivo) e critério quantitativo (base de cálculo e alíquota).

Hipótese:

- Critério material – prestar serviço de transporte intermunicipal
- Critério temporal – data da prestação do serviço
- Critério espacial – território do Estado de São Paulo

5 “Curso de Direito Tributário”, Paulo de Barros Carvalho. Editora Saraiva, 17. ed., 2005, p. 243.

NIT

Consequência:

- Relação jurídica obrigacional (ICMS)
- Sujeito ativo: Estado de São Paulo
- Sujeito passivo: prestador do serviço
- Base de cálculo: valor da prestação do serviço
- Alíquota: fixada pelo Senado Federal

Já a regra matriz de incidência do ISSQN exhibe, como antecedente, a prestação de serviços de transporte de interesse municipal, ensejando como consequente a obrigação tributária de pagamento do tributo ao Município de São Paulo.

Hipótese:

- Critério material – prestar serviço de interesse municipal
- Critério temporal – data da prestação do serviço
- Critério espacial – território do Município de São Paulo

NIT

Consequência:

- Relação jurídica obrigacional (ISSQN)
- Sujeito ativo: Município de São Paulo
- Sujeito passivo: prestador do serviço de interesse municipal
- Base de cálculo: valor da prestação do serviço
- Alíquota: fixada pela lei municipal

O critério material da hipótese de incidência do ISSQN, enunciado pela lei ora questionada, impõe que o serviço de transporte seja de interesse exclusivo do município. Ora, a pretensão impositiva da Municipalidade implicaria conceber que o transporte intermunicipal exibiria característica exclusiva de interesse municipal, o que é uma contradição em termos.

Por outro lado, vislumbrar que o território do Município é o que define o interesse municipal significaria baralhar indevidamente o critério espacial da hipótese de incidência com o seu critério material, como se verifica facilmente da esquematização acima.

Tal confusão é bastante comum, como alerta Paulo de Barros Carvalho:

“Em face da grande difusão desses últimos (*tributos sob abrigo de hipótese de critério espacial bem genérico*), tornou-se frequente o embaraço dos especialistas ao conceituar o critério espacial das hipóteses tributárias. Muita vez o encontramos identificado com o próprio plano de eficácia territorial da lei, como se não pudesse adquirir feição diferente. A despeito disso, porém, percebemos, com transparente nitidez, que critério espacial da hi-

hipótese e campo da eficácia da lei tributária são entidades ontologicamente distintas. (...) propõe-se uma inferência que vemos iluminada com forte claridade metodológica: o critério espacial das normas tributárias não se confunde com o campo de validade da lei.“⁶(grifei)

Aclarando o critério material da hipótese de incidência do ICMS, verifica-se que é da índole da prestação de serviço de transporte metroviário o caráter metropolitano, ou seja, sua faculdade de promover o deslocamento de pessoas do território de um município até além de suas fronteiras, alcançando o território de outro município. Ora, tal pretensão é da essência do transporte intermunicipal metroviário, pois este se caracteriza pela implantação de projeto de grande escopo, levado a efeito por Secretaria de Estado, com o fim de promover a integração regional de municípios, como adiante se explicitará.

Diversa é a essência do interesse municipal, que, por mais amplo que se afigure ser, encontra seus limites no território da urbe. O transporte de interesse municipal não implica necessariamente integração com outros municípios. Há uma intenção de que esta integração se realize, mas ela não é da essência do transporte municipal e não pode ser viabilizada sem o concurso do Estado. Aliás, o regramento de interesses municipais diversos, com objetivos de integração, tem pertinência com a competência estadual, por definição.

Conforme ensina Hely Lopes Meirelles, ao analisar a experiência internacional das Regiões Metropolitanas,

“a complexidade e o alto custo das obras e serviços de caráter intermunicipal ou metropolitano já não permitem que as prefeituras os realizem isoladamente, mesmo por que seu interesse não é apenas local, mas regional, afetando a vida e a administração de todo o Estado e não raro da União.”⁷

Trata a regra padrão de incidência do ISSQN, ora questionada, de norma aberta, ampla, cuja regulamentação pelo Município não poderia desvirtuar os limites traçados pela Carta Estadual, estes delineados em estrita obediência ao desempenho da competência constitucionalmente atribuída ao Estado-membro.

O conteúdo material do dispositivo legal questionado, dada a abstração e generalidade – serviços de natureza municipal – não se afigura, em princípio, passível de controle de constitucionalidade, pois na *aparência* ele não confronta o preceito constitucional estadual. Ocorre que, em desdobramento da competência impositiva, o Município desbordou expressamente dos limites que regulam a

6 Ob cit., p. 262

7 Direito Municipal Brasileiro, 16. ed., Editora Malheiros, p. 83

prestação de serviços de “natureza municipal”, fazendo inserir equivocadamente a hipótese de incidência do tributo estadual, determinando alíquota aplicável, em evidente invasão de competência tributária.

Das características do serviço de transporte metroviário

O transporte metroviário realizado na capital do Estado de São Paulo não exhibe interesse municipal exclusivo, muito ao contrário: reveste-se de características que necessariamente ultrapassam o interesse local, vez que é previsto para deslocamento de passageiros de um município a outro, como se pode verificar do Mapa do Transporte Metropolitano, cuja cópia ora se encarta.

Ali se visualiza a previsão para estabelecimento do transporte metroviário entre os Municípios de Jundiaí, Taboão, Arujá, Paranapiacaba, Ferrazópolis, Varginha, Cotia e Amador Bueno, através da malha de trilhos que percorrem também o território do Município de São Paulo.

Observa-se inicialmente que o serviço de transporte executado pela Companhia do Metropolitano (METRO) e também por concessionárias contratadas sob a modalidade de Parceria Público-Privada é executado no âmbito da Região Metropolitana de São Paulo.

A região metropolitana constitui-se pelo agrupamento dos Municípios limítrofes que se unem com certa continuidade urbana em torno de um Município – o Município-polo, que exerce influência sobre os demais com vistas a viabilizar a execução de funções públicas de interesse comum.

Na dicção do artigo 153 da Constituição Estadual:

SEÇÃO II

Das Entidades Regionais

ARTIGO 153 - O território estadual poderá ser dividido, total ou parcialmente, em unidades regionais constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, mediante lei complementar, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, atendidas as respectivas peculiaridades.

§ 1º - Considera-se região metropolitana o agrupamento de Municípios limítrofes que assumam destacada expressão nacional, em razão de elevada densidade demográfica, significativa conurbação e de funções urbanas e regionais com alto grau de diversidade, especialização e integração

socioeconômica, exigindo planejamento integrado e ação conjunta permanente dos entes públicos nela atuantes.

A regulamentação estadual sobre o transporte de passageiros encontra apoio no artigo 158 da Constituição do Estado de São Paulo que prescreve:

ARTIGO 158 - Em região metropolitana ou aglomeração urbana, o planejamento do transporte coletivo de caráter regional será efetuado pelo Estado, em conjunto com os municípios integrantes das respectivas entidades regionais.

Parágrafo único - Caberá ao Estado a operação do transporte coletivo de caráter regional, diretamente ou mediante concessão ou permissão

Ora, se até mesmo no que pertine à alteração de *itinerário* já se pronunciou este Tribunal em favor da competência estadual para regular o tema, com maior razão se pode afirmar como indevida a pretensão *tributária* da municipalidade. Confira-se o julgado proferido em mandado de segurança impetrado em face da Municipalidade de Campinas, ementado nos seguintes termos:⁸

Apelação Cível - Transporte intermunicipal - Competência de organização do Estado em conjunto com o Município - Resolução do Município alterando itinerário dentro de seu território - Inadmissibilidade - Decisão que somente pode ser tomada em conjunto com o Estado - Interpretação do art. 158, da CE - Recurso provido.

E do voto do Desembargador Marrey Uint destaca-se:

“Desse modo, mesmo o itinerário realizado no território Municipal se sujeita às disposições do Estado, uma vez que é ele quem tem a macrovisão das linhas de modo a melhor atender à população. Isso se extrai da conjugação do art. 25 da Constituição Federal com o art. 158, da Constituição Estadual, *verbis*, (...) claro ao afirmar que “o planejamento do transporte coletivo será efetuado pelo Estado, em conjunto com os municípios integrantes das respectivas entidades regionais”. Assim, afirma que o Estado é quem deve proceder ao planejamento em conjunto com o Município, o que impede o Município de, sozinho, alterar o que, antes, havia sido definido em conjunto.”

A Região Metropolitana da Grande São Paulo, tendo como Município-polo o de São Paulo, foi instituída pela Lei Federal Complementar nº 14, de 8

8 Apelação Cível nº 813.494.5/4, 3ª Câmara de Direito Público, julgado em 2 de dezembro de 2008.

de junho de 1973. Em seu artigo 5º, inciso IV, já se indicava que os serviços comuns dos municípios dela integrantes, tais como transportes e sistema viário, seriam objeto de interesse metropolitano, afetados à competência do Estado. No mesmo sentido dispôs a Lei Estadual Complementar nº 94 de 29 de maio de 1974 que, ao definir os municípios integrantes da Região Metropolitana da Grande São Paulo, classificou expressamente o transporte e o sistema viário como serviços de interesse comum aos integrantes da região. (artigo 2º inciso II).

Além disso, o diploma estadual estabeleceu em seu artigo 3º:

Art. 3º - Compete ao Estado:

III - a unificação, sempre que possível, da execução dos serviços comuns de interesse metropolitano

IV - (..)

V - a concessão, permissão e autorização dos serviços comuns de interesse metropolitano e a fixação das respectivas tarifas.

A lei complementar estadual criou igualmente o CODEGRAN (Conselho Deliberativo da Grande São Paulo), integrado por representantes do Estado de São Paulo, do Município de São Paulo e dos demais Municípios que compõem a Região Metropolitana. A Deliberação CODEGRAN nº 5, de 5 de julho de 1976, definiu que, na área do sistema de transportes e sistemas viários, estariam compreendidas as seguintes atividades:

“4. Transportes e Sistema Viário:

4.1. Sistema de Transportes de massa eletrificados (Subúrbio - FEPASA - RFFSA, Metrô, Trólebus);

4.2. Sistema de transportes públicos sobre pneus;

4.3. Conexões intermodais de transportes, tais como estacionamentos, terminais e outras;

4.4. Infraestrutura viária expressa e as de articulação com os sistemas viários federal, estadual e municipal;

4.5. Corredores metropolitanos;

4.6. Sistema de estradas locais (vicinais) para incentivar, através da melhoria do sistema de transportes (passageiros e cargas), o desenvolvimento leste-oeste.”

Desde sempre, também no âmbito da legislação municipal não se vislumbrava qualquer dúvida, como se observa do Decreto Municipal nº 29.945, de 25 de julho

de 1991, que regravava o serviço de transporte de interesse municipal, estampando logo nos seus artigos iniciais:

Artigo 1º - O Sistema Municipal de Transportes Urbanos do Município de São Paulo será gerenciado exclusivamente pela Secretaria Municipal de Transportes – SMT (..)

Artigo 2º: O Sistema Municipal de Transportes Urbanos compreende:

- I - O transporte coletivo de passageiros por ônibus, trólebus ou outra modalidade, **exceto o metroviário**;
- II - O transporte individual;
- III - O transporte de passageiros por fretamento;
- IV - O transporte de cargas;
- V - O transporte escolar;
- VI - As conexões intermodais, tais como estacionamentos, terminais de integração e outros;
- VII - Os terminais, abrigos, pontos de parada e pátios de estacionamento.”(g.n.)

Ali elencava o Município, corretamente, quais seriam os serviços de transporte de interesse municipal, ressaltando expressamente o serviço metroviário, sabidamente regional, de interesse metropolitano.

Dez anos depois, ao promover a reorganização dos Serviços de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na urbe, através da Lei nº 13.241, de 12 de dezembro de 2001, a Municipalidade revogou expressamente a legislação anterior e passou a definir as linhas metroviárias e ferroviárias **metropolitanas** como **funcionalmente** integrantes do Subsistema Estrutural, nos seguintes termos:

Artigo 2º - O Transporte Coletivo de Passageiros no Município de São Paulo fica organizado da seguinte forma, respeitados o Plano Diretor da Cidade e a Lei Orgânica do Município:

I - Sistema Integrado composto por:

a) **Subsistema Estrutural: conjunto de linhas de Transporte Coletivo Público de Passageiros que atendem a demandas elevadas e integram as diversas regiões da cidade;**

b) Subsistema Local: conjunto de linhas de Transporte Coletivo Público de Passageiros que atendem a demandas internas de uma mesma região e alimentam o Subsistema Estrutural.

II - Serviços Complementares (..)

Parágrafo único: **As linhas metroviárias e ferroviárias metropolitanas são funcionalmente consideradas como parte do Subsistema Estrutural.**(g.n.)

Importante registrar que o termo “**funcionalmente**” promove a compreensão do dispositivo, pois supera a aparente contradição que se estabeleceria, caso se firmasse, “*tout court*”, que as linhas metropolitanas consistiriam parte do subsistema estrutural, já que este integra tão somente as diversas regiões da cidade, nos termos da letra “a”.

De fato, o conceito expresso na locução “regiões da cidade” colide com aquele expresso no termo “metropolitanas”, razão por que a legislação municipal aparentemente cuidou de destacar **que esta integração se dá apenas em termos funcionais**. Trata-se, pois, de expediente que logra harmonizar o critério material e o critério espacial da hipótese da incidência, como se indicou no item precedente.

E o objetivo desta integração funcional transparece do artigo terceiro do mesmo diploma:

Artigo 3º - Para a consecução das competências previstas no artigo 172 da Lei Orgânica do Município, o Poder Público deverá observar as seguintes diretrizes:

V - integração com os diferentes meios de transporte, em especial com o metrô e com as ferrovias metropolitanas;

Ora, uma coisa é a previsão de necessária integração com o transporte intermunicipal metroviário, considerando-se a malha de linhas como funcionalmente integrantes de seu subsistema estrutural – já que em determinados trechos haverá coincidência de territórios por ela percorridos – e outra, bem diversa, é considerar o transporte metroviário metropolitano como de interesse municipal para fins de tributação.

E esta é a pretensão municipal, veiculada pelo dispositivo de lei que confronta expressamente a Constituição bandeirante, como se vê.

Da prestação de serviços metroviários pelo METRÔ

Uma breve digressão se faz necessária, em esforço de sistematização do tema. Os serviços de transporte metropolitano ficaram a cargo da Companhia do Metropolitano de São Paulo (METRO), como se lê das justificativas lançadas no convênio anexo à Lei Municipal 8.830, de 12 de dezembro de 1978:

“Considerando que os serviços de transporte de passageiros a cargo da Companhia do Metropolitano de São Paulo –METRÔ foram definidos como de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo, com apoio na Lei Complementar Estadual nº 94, de 29 de maio de 1974;

Considerando que a Empresa Metropolitana de Transportes urbanos de São Paulo – EMTU/SP, cuja constituição foi autorizada pela Lei Estadual nº 1.492, de 13 de dezembro de 1977, tem a seu cargo o Sistema Metropolitano de Transporte Público de Passageiros da Região metropolitana da Grande São Paulo;

Considerando que, em consequência dessa nova definição, a nível regional (sic), dos serviços de transporte prestados pela Companhia do Metropolitano de São Paulo - METRÔ, a Prefeitura pode dispensar-se do controle acionário desta última empresa;

Considerando, porém, o interesse da Municipalidade de São Paulo nos serviços do METRÔ, tendo em vista a população urbana por eles servida.”

De fato, a EMTU, criada pela Lei Estadual 1.492/77 e o METRÔ, praticamente, revezaram-se ao longo do tempo na execução de serviços metroviários, até o advento da lei supra, através da qual a EMTU assumiu efetivamente o sistema de transportes públicos sobre trilhos (metrô, ferrovias de subúrbios e outros), sobre pneus, hidroviário e de pedestres, operados nas áreas urbanas. Pode ser afirmado com tranquilidade que a prestação do serviço metroviário jamais se afastou da esfera de interesses regionais, sendo de se mencionar, apenas como registro histórico que, a despeito de ter sido criado pelo Município de São Paulo, o METRÔ passou a ser uma sociedade de economia mista estadual, por força da diluição do capital social municipal operada ao longo do tempo.

No âmbito da região metropolitana, cabe ao Estado, como se viu, planejar e por vezes executar os serviços a ela diretamente afetados. Nos termos da Lei Estadual 7.450, de 16 de julho de 1991, compete à Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos a execução da política estadual de transporte urbano de passageiros para as regiões metropolitanas, no que se incluem os sistemas metroviário, ferroviário e demais modais de interesse metropolitano.

Portanto, afigura-se claro que o estabelecimento de base de cálculo para cobrança de ISSQN sobre prestação de serviços intermunicipais, através do METRÔ ou concessionário que lhe faça as vezes, é procedimento que viola flagrantemente a Constituição Estadual, extravasando os limites da competência impositiva.

Nem se argumente que, em um primeiro momento, as linhas metroviárias não extravasem ainda as fronteiras do Município para alcançar os municípios adjacentes, realizando-se o transporte em caráter misto, por integração da malha

metroviária com ônibus, até a efetiva implantação dos trilhos até os destinos finais: trata-se efetivamente de serviço de alta complexidade e longo planejamento, implementado através de várias etapas operacionais e supervisionado exclusivamente pelo Estado de São Paulo.

Como já se explicou, não se define a hipótese de incidência pelo seu critério espacial; o que define a tributação estadual é o caráter regional, metropolitano do serviço prestado. E não há como fugir à constatação de que o transporte metroviário se insere nesta categoria especial de serviço de transporte, ainda que realizado no território municipal, como reconhece remansosa jurisprudência:

EMENTA: DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃOS DA MESMA TURMA SÚMULA nº 353. DISSENSO DEMONSTRADO. TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS. Não incide, no caso, o óbice do verbete mencionado, porque a composição da Turma, ao tempo dos paradigmas, era majoritariamente diversa da que tinha quando do julgamento do acórdão embargado. Demonstrado o dissenso, apreciam-se os embargos. **A Carta de 1988 estabelece as esferas de competência dos entes federados para a definição das linhas de transporte coletivo de passageiros, cabendo ao Estado as intermunicipais e aos Municípios as intramunicipais, nada impedindo, obviamente, que o serviço de transporte intermunicipal se exerça no território municipal, utilizando-se, mesmo, de logradouros que também servem de itinerário para o transporte local.** Acórdão que se acha em conformidade com essa orientação. Embargos rejeitados. (RE 107337 EDb/RJ (Emb Div no RECURSO EXTRAORDINÁRIO). Relator para acórdão: Min. ILMAR GALVÃO. Julgamento 20/2/1992, Órgão Julgador Tribunal Pleno. Embgte: VIAÇÃO N.SRA DE LOURDES S/A E OUTRO, Embdo: TRANSPORTE FABIO'S LTDA. E ESTADO DO RIO DE JANEIRO – destaquei)

Da prestação de serviços metroviários no Estado de São Paulo. O exemplo da Linha 4 – Amarela

Na qualidade de gestor e Poder Concedente relativamente à Parceria Público-Privada firmada para expansão das linhas metroviárias em seu território, o Estado de São Paulo vem outorgando a diversas empresas privadas, sob forma de “concessão patrocinada”, a exploração do serviço de transporte metroviário, compreendendo as atividades necessárias e convenientes para a operação do transporte público de passageiros pelo sistema de trens sobre trilhos, com a aquisição de bens e serviços, montagem e manutenção de equipamentos.

Dentre tais contratações figura, por exemplo, aquela firmada com a Concessionária da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo, que viabilizará o

transporte de passageiros entre os Municípios de São Paulo e Taboão da Serra. Neste caso, nos termos do Edital de Concorrência Internacional nº 4232521, foi firmado entre a vencedora e o Estado o Contrato de Concessão nº 4232521201 e posteriores aditamentos, integrado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo (METRO) na qualidade de interveniente.

A execução do contrato está distribuída em três fases de implantação: a primeira entre a estação da Luz e Vila Sônia através dos trens de metrô; a segunda, em sequência, através de ônibus, no trecho entre Vila Sônia e o Município de Taboão da Serra, até a derradeira etapa, em que o transporte intermunicipal será prestado exclusivamente sobre trilhos.

O contrato foi celebrado sob a premissa da isenção do tributo estadual sobre transporte intermunicipal de passageiros (ICMS), em vista da isenção concedida pelo Decreto Estadual 45.490/2000 em seus artigos 8º e 78, inciso I, assim redigido:

Artigo 78 (TRANSPORTE DE PASSAGEIROS) – Prestação de serviços de transporte (Convênios ICMS 37/89 e ICMS 151/94, cláusula primeira, VI, “n”)

I – de estudantes ou trabalhadores, realizado sob fretamento contínuo em área metropolitana, assim entendida a formada por municípios adjacentes, constituintes de um mesmo mercado de trabalho, com urbanização contínua.”

O benefício fiscal atendeu ao previsto pela Constituição Federal para seu estabelecimento, o que se configurou com a assinatura do Convênio CONFAZ ICMS 37/89, prorrogado pelo Convênio CONFAZ ICMS 151/94 por prazo indeterminado.

A contratação entre o Estado e a concessionária ora utilizada como exemplo, exibiu igualmente como premissa a não configuração de qualquer outra hipótese de incidência de tributo sobre a referida prestação de serviço de transporte, menos ainda o imposto sobre serviços de natureza municipal, tudo a teor do artigo 165, I, “b” da Constituição Estadual que repete a norma de competência constante da Carta Federal.

Estreme de dúvidas que tal fato típico tributário – prestação de serviços de transporte intermunicipal – enseja a hipótese de incidência exclusiva do ICMS.

Tal entendimento, aliás, veio de ser confirmado integralmente por sentença proferida por ocasião do julgamento de ação movida pela Cia. Metropolitana (METRO) em face do Município de São Paulo, com confirmação por acórdão

unânime da 15ª Câmara de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça, relator Desembargador Paulo Fadigas, publicado em novembro de 2008.⁹

Aquele julgado foi assim ementado:

TRANSPORTE MUNICIPAL E INTERMUNICIPAL. O Metrô de São Paulo presta serviço de transporte intermunicipal, portanto, fora da hipótese da norma matriz do ISSQN. Revisão necessária considerada interposta e ambos os recursos improvidos.

No corpo do acórdão, ficou registrado:

“A hipótese de incidência do ISSQN é a prestação de serviço de transporte, portanto, não é irrelevante o fato de que o preço do serviço, passagem, permita que o transportado seja conduzido para outro município, mesmo que através de serviços de terceiro. O contrato entabulado entre o passageiro e o transportador é de transporte cumulativo, art. 733 do Código Civil; portanto, este transporte é intermunicipal. (...) Evidentemente que ninguém pode alegar que o serviço de transporte efetivado pela apelada somente tem efeitos no transporte desta Urbe sem afetar a região metropolitana, portanto, não é sustentável a tese pela qual o serviço e o interesse são exclusivamente municipais.”

Ora, a indevida pretensão de cobrança do ISSQN sobre tais serviços ensejará potencial desequilíbrio das condições contratadas, pois contradiz expressamente os termos em que fora avençado o ajuste celebrado no bojo da Concorrência Internacional na qual a concessionária se sagrou vencedora, com a melhor proposta. De fato, uma das hipóteses de reequilíbrio da contratação é a eventual incidência tributária, por ora suspensa pela isenção estadual concedida, conforme previsto na cláusula 12ª do Contrato nº 4232521201.

O Estado de São Paulo tem interesse manifesto na manutenção das condições contratadas, sendo sua a prerrogativa de reativar a incidência tributária por eventual revogação da isenção concedida, devendo, se o caso, promover o reequilíbrio nestes termos. Não é razoável que seja instado a fazê-lo por conta de ingerência externa e indevida da Municipalidade, consubstanciada por pretensão impositiva incabível, conforme se demonstrou.

9 Acórdão proferido na Apelação 766.591.5/0-00, cópia anexa.

Da necessidade de concessão da medida cautelar

Nada obstante tudo quanto foi demonstrado, a legislação municipal que ora se pretende seja declarada inconstitucional, bem como os termos de resposta à Consulta formulada pela concessionária, cuja cópia ora se encarta, evidenciam intenção de cobrança do imposto sobre serviços de transporte de natureza intermunicipal, em violação direta ao artigo 165, I, “b” da Constituição Estadual, bem como desrespeito à coisa julgada produzida nos autos acima identificados.

Assim operando, em procedimento que configura evidente invasão na esfera de competência para instituição de tributo, o Município acaba por ameaçar o equilíbrio do contrato firmado pelo Estado com a concessionária Linha 4 e coloca em risco todas as contratações similares em andamento no Estado, ao pretender impingir a cobrança indevida de ISSQN, não incidente na hipótese de prestação de serviços de transporte intermunicipal, por meio das linhas metroviárias atualmente existentes, bem como daquelas em fase de implantação.

É inequívoca a presença dos requisitos autorizadores da concessão de Medida Cautelar, já que evidente a invasão de competência tributária em violação da Carta Estadual, restando demonstrado o *fumus boni iuris*.

Por outro lado, a indevida invasão da competência tributária acabará por ocasionar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado com os prestadores de serviços metroviários, restando configurado o *periculum in mora*.

Por tal motivo, requer-se a concessão de medida liminar determinando-se imediata suspensão de quaisquer medidas tendentes à cobrança do ISSQN sobre serviços de transporte intermunicipal de passageiros pelo sistema metroviário, seja em relação à Companhia do Metropolitano de São Paulo (METRO), seja em relação a quaisquer dos prestadores dos mesmos serviços sob a modalidade de concessão, ora contratados pelo Estado de São Paulo ou em fase de contratação, como medida de direito.

Requer-se ainda o reconhecimento da inconstitucionalidade da letra “f” do artigo 16, com a supressão dos termos “relacionados ao transporte público de passageiros realizado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ”, e que a interpretação do inciso III do mesmo artigo se faça na conformidade da Constituição do Estado de São Paulo, afastando-se a incidência do tributo municipal na prestação de serviços de transporte metroviário intermunicipal por concessionários públicos.

Nestes termos,
pede deferimento.

São Paulo, 5 de outubro de 2011.

GERALDO ALCKMIN
Governador do Estado de São Paulo

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador Geral do Estado

Obs.: A peça foi originalmente minutada pela Subprocuradora Geral Adjunta do Tributário-Fiscal, Dra. **Ana Lucia C. F. Pires O. Dias**, e revisada/assinada pelo Governador do Estado de São Paulo e pelo Procurador Geral do Estado, com fundamento nas Rotinas Administrativas do Contencioso Geral. (Resolução PGE nº 22, de 27 de junho de 2012, alterada pela Resolução PGE nº 8, de 30 de abril de 2014.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 0304416-55.2011.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, é réu PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR OS EXMOS. SRS. DES. WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, PAULO DIMAS MASCARETTI E DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO O EXMO. SR. DES. ROBERTO MAC CRACKEN”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, ALVES BEVILACQUA, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (com declaração), XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, CAETANO LAGRASTA, ARTUR MARQUES, CAUDURO PADIN, PAULO DIMAS MASCARETTI (com declaração), LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO, ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES e SAMUEL JÚNIOR, julgando a ação procedente; e CASTILHO BARBOSA, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN (com declaração), ENIO ZULIANI e GRAVA BRAZIL, julgando improcedente.

São Paulo, 6 de março de 2013.

LUIS SOARES DE MELLO

Relator

Voto nº 26.654

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0304416-55.2011.8.26.0000

Comarca: São Paulo

Órgão Julgador: Órgão Especial

Requerente: Governador do Estado de São Paulo

Requerido: Prefeito do Município de São Paulo

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigo 16, I, alínea “f”, da Lei nº 13.701/2003, com a redação dada pela Lei nº 14.256/2006, do Município de São Paulo, que permite a cobrança do ISSQN à prestação de serviços de transporte intermunicipal metroviário. Alegação de ofensa à competência tributária. Ocorrência. Serviço de transporte metroferroviário que possui dimensão metropolitana, de competência estadual, e não simplesmente municipal. Possibilidade de o usuário do serviço utilizar-se de metrô e trem, para alcançar municípios vizinhos à capital do Estado. Enorme quantidade de pessoas, ademais, que utilizam do serviço para deslocar-se de um Município a outro, a demonstrar que o transporte metroviário possui evidentes características metropolitanas. Impossibilidade, em suma, de o Município de São Paulo tributar o transporte intermunicipal de passageiros, por exigência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN). Possibilidade, em tese, de tributação estadual por ICMS. Precedente da Eg. Seção de Direito Público. Ação julgada procedente.

Visto.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Exmo. Sr. Governador do Estado de São Paulo contra o Exmo. Sr. Prefeito Municipal de São Paulo, tendo por objeto o artigo 16, I, alínea “f”, da Lei nº 14.256/2006, do Município de São Paulo – *que permite a cobrança do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) à prestação de serviços de transporte intermunicipal metroviário.*

Alega-se, essencialmente, que o ato normativo combatido está eivado de inconstitucionalidade, vez que acarretaria em ofensa direta à competência constitucional tributária.

Distribuídos os autos inicialmente ao **Exmo. Des. Campos Mello** (fl. 32), foi a liminar concedida (fl. 33).

Interposto agravo regimental contra a decisão (fls. 38-65), foi negado provimento ao recurso, por votação unânime (fls. 117-120).

Posteriormente, vieram informes do Exmo. Sr. Prefeito do Município de São Paulo, a defender a improcedência da ação direta (fls. 127-142).

Neste grau de jurisdição, registra-se parecer ministerial ilustre da douta Procuradoria Geral de Justiça, que conclui pela procedência da ação – fls. 163-169.

Diante do término da investidura do **Exmo. Des. Campos Mello** no C. Órgão Especial, foram os autos redistribuídos ao subscritor, e conclusos aos **21 nov. 2012** – fl. 174.

É o relatório.

A ação direta de inconstitucionalidade **deve ser julgada procedente**, confirmando-se a liminar outorgada e mantida no agravo regimental julgado por este Colendo Órgão Especial, para declarar **inconstitucional** o art. 16, alínea “F”, da Lei nº 14.256/2006, do Município de São Paulo, suprimindo-se os termos “*relacionados ao transporte público de passageiros realizado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ*”, bem como interpretar o inciso III do mesmo artigo, para **afastar** a incidência do tributo municipal na prestação de serviços de transporte metroferroviário intermunicipal operado por empresas atuando em regime de concessão.

É que tais dispositivos violam, sem sombra de dúvidas, respeitosamente, a competência tributária prevista na Constituição Bandeirante.

De efeito.

Assim dispõe a **Constituição Estadual**, *litteris*:

Art. 165. Compete ao Estado instituir:

I - impostos sobre:

b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviço de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

No que toca ao ISSQN, prevê a **Constituição Federal**:

Art. 156: Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar;

Da leitura dos dispositivos transcritos, nota-se que o tributo estadual incide sobre a prestação de serviços de transporte **intermunicipal**, enquanto o tributo municipal, sobre serviços de transporte de interesse **municipal**.

Anotadas essas premissas, e para o que aqui interessa, há de se perguntar se o **transporte metroviário** se restringiria ao **interesse** municipal – *unicamente da cidade de São Paulo* – ou se abrangeria interesses maiores, notadamente **metropolitanos**.

Entende-se ser correta a segunda posição.

Data venia e respeitosamente.

Afinal, muito embora haja inegável interesse local, não é ele exclusivo, unicamente municipal, mas verdadeiramente **regional**, por atingir uma gama de municípios limítrofes envolvidos.

Quer dizer.

Embora inicialmente municipal, com o passar dos anos e o crescente interesse da população em utilizar-se do transporte metroviário, passou ele a assumir uma dimensão muito maior, **de interesse do Estado**, por atingir a **região metropolitana, como um todo**.

Tanto é verdade que, como informa o Governo do Estado, embora criado pelo Município de São Paulo, “o **METRÔ** *passou a ser uma sociedade de economia mista estadual*, por força da diluição do capital social municipal *operada ao longo do tempo*”, fl. 23 (g. do A).

Perceba-se, sob outro enfoque, que diariamente e por diferentes razões, um sem-número de pessoas, de **variadas localidades da região metropolitana**, desloca-se através dos serviços prestados pelo Metrô.

E tal fato será ainda mais visível com a conclusão das obras que interligarão a malha de trilhos que percorrem o território da capital deste Estado, com aquela prevista para os **Municípios de Jundiaí, Paranapiacaba, Arujá, Ferrazópolis, entre outros**.

Vale dizer, entretanto e desde logo, que atualmente já é possível a plena integração entre metrô e trem, pelo sistema denominado “Bilhete Único”, atingindo outros municípios da região metropolitana.

Tudo a demonstrar que o interesse pela coisa transcende aquele meramente local.

E nem se diga que por ser executado, por ora, apenas nos limites da cidade de São Paulo, seria ele, o METRÔ, de competência municipal.

Ora.

Como antecipou o requerente, “*a implantação de sistema metroviário demanda alta complexidade e longo planejamento, implementado através de várias etapas operacionais e supervisionado exclusivamente pelo Estado de São Paulo*” (fl. 24), além de exigir enormes investimentos.

Ao analisar idêntico argumento, assim se manifestou o Eg. Pretório Excelso, em v. acórdão colacionado na inicial pelo Estado de São Paulo:

“A Carta de 1988 estabelece as esferas de competência dos entes federados para a definição das linhas de transporte coletivo de passageiros, cabendo aos Estados as intermunicipais e aos Municípios as intramunicipais, nada impedindo, obviamente, que o serviço de transporte intermunicipal se exerça no território municipal, utilizando-se, mesmo, de logradouros que também servem de itinerário para o transporte local. Acórdão que se acha em conformidade com essa orientação. Embargos rejeitados”. (Supremo Tribunal Federal, Pleno, RE 107.337-RJ, r. Min. Francisco Rezek, j. 20.02.1992)

Demais disso, quando da criação da região metropolitana da Grande São Paulo, já se indicava que os serviços dos municípios dela integrantes, tais como transportes e sistema viário, seriam objeto de **interesse metropolitano**, quer dizer, **do Estado**, e não simplesmente municipal (art. 5, IV, da Lei Complementar nº 14, de 8 de junho de 1973).

“Art. 5º - Reputam-se de interesse metropolitano os seguintes serviços comuns aos Municípios que integram a região:

I - planejamento integrado do desenvolvimento econômico e social;

II - saneamento básico, notadamente abastecimento de água e rede de esgotos e serviço de limpeza pública;

III - uso do solo metropolitano;

IV - transportes e sistema viário,

V - produção e distribuição de gás combustível canalizado;

VI - aproveitamento dos recursos hídricos e controle da poluição ambiental, na forma que dispuser a lei federal;

VII - outros serviços incluídos na área de competência do Conselho Deliberativo por lei federal”.

No mesmo sentido, a Lei Estadual Complementar nº 94/1974 (art. 2º, IV).

Este último diploma legal também estabeleceu, *litteris*:

Artigo 3º - Compete ao Estado:

III - a unificação, sempre que possível, da execução dos serviços comuns de interesse metropolitano;

V - a concessão, permissão e autorização dos serviços comuns de interesse metropolitano e a fixação das respectivas tarifas;

Como se vê e com todo respeito à tese contrária, não se pode negar que o transporte metroviário possui evidentes características metropolitanas, maiores, por óbvio, do que aquelas simplesmente municipais.

Os serviços prestados pelo METRÔ, em suma, **não se circunscrevem ao Município de São Paulo**, mas, ao contrário, apresentam nítidos **reflexos metropolitanos**.

Daí que, sendo estadual o serviço, não possuía o Município de São Paulo competência para tributar o transporte intermunicipal de passageiros.

Este o entendimento já manifestado por esta C. Corte de Justiça:

TRANSPORTE MUNICIPAL E INTERMUNICIPAL. O Metrô de São Paulo presta serviço de transporte intermunicipal, portanto, fora da hipótese da norma matriz do ISSQN. Revisão necessária considerada interposta e ambos os recursos improvidos. (15ª Câmara “B” de Direito Público, r. Juiz Paulo Roberto Fadigas Cesar, Apelação nº 766.591-5/0-00, j. 10.10.2008, v.u.)

Donde ser imperiosa a procedência desta direta de inconstitucionalidade.

POSTO, julga-se procedente a presente ação direta, para declarar inconstitucional o art. 16, alínea “f”, da Lei nº 14.256/2006, do Município de São Paulo, suprimindo-se os termos “relacionados ao transporte público de passageiros realizado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ”, bem como interpretar o inciso III do mesmo artigo, para afastar a incidência do tributo municipal na prestação de serviços de transporte metroferroviário intermunicipal operado por empresas atuando em regime de concessão.

LUÍS SOARES DE MELLO
Desembargador

VOTO Nº 14.458

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0304416-55.2011.8.26.0000

COMARCA: São Paulo

AUTOR: Governador do Estado de São Paulo

RÉU: Prefeito do Município de São Paulo

DECLARAÇÃO DE VOTO

I - Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado de São Paulo, objetivando declaração de inconstitucionalidade do artigo 16, I, letra “f”, e III, da Lei nº 14.256/2006, do Município de São Paulo – *que permite a cobrança do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) à prestação de serviços de transporte intermunicipal metroviário.*

II - Alegações do autor: a) **competência estadual** – e não municipal – para instituição do tributo (ICMS), afastada a pretensão de cobrança do ISSQN; b) **precedente** deste Tribunal de Justiça nesse sentido: “o Pleno do C. Supremo Tribunal de Justiça estabeleceu que transporte é serviço público somente permitido ao particular por concessão e que, ultrapassado o interesse local, a competência é do Estado. Evidentemente ninguém pode alegar que o serviço de transporte efetivado pelo METRÔ somente tem efeitos no transporte desta Urbe sem afetar a região metropolitana, portanto, não é sustentável a tese pela qual o serviço e o interesse são exclusivamente municipais” (Ap. nº 766.591.5/0-00); c) **o transporte intermunicipal**, ou seja, o transporte de passageiros realizado em região metropolitana, por qualquer tecnologia, inclusive metrô e monotrilho, possui amplo escopo, no sentido de permitir o deslocamento de pessoas de vários municípios adjacentes que integram a Região Metropolitana, da qual a capital de São Paulo é o município-polo, conforme define a Lei Complementar nº 14/1973; d) **as linhas da CPTM, EMTU e METRÔ, compreendem, integradamente**, o transporte das pessoas por trilhos, monotrilhos, ônibus e demais modais, atendendo usuários provenientes de vários municípios integrantes da Região Metropolitana de São Paulo, atingindo localidades como Capão Redondo, Jundiaí, Varginha, Diadema, Paranapiacaba, Arujá, Taboão da Serra e outros; e) **não se pode desvirtuar a natureza metropolitana** do serviço de transporte intermunicipal, convertendo-o em serviço de interesse exclusivo do município, não podendo o transporte metroviário ser tipificado como serviço de natureza ou interesse exclusivamente municipal; f) **sob o ponto de vista tributário, a Municipalidade confunde** o aspecto espacial da hipótese de incidência do ICMS (território do Estado de São Paulo, nele compreendida a cidade de São Paulo) como critério

material da hipótese de incidência do ISSQN (serviço de interesse municipal); g) a Municipalidade, com sutileza legislativa, pretende que se haja **transmudado interesse metropolitano em exclusivamente municipal**, enxergando cabível a cobrança do ISS sobre “prestação de serviços de transporte”; h) **se cada município integrante da Região Metropolitana**, servido pelo transporte metroviário, fosse dado tributar pelo ISS a prestação de serviço, fácil ver que a previsão constitucional de tributação do transporte intermunicipal seria letra morta: i) **não importa que**, em um primeiro momento de implantação do projeto, os trechos compreendidos não sejam exclusivamente percorridos pelo metrô, sendo necessária a integração com outros modais de transporte (trens e ônibus) para servir a integridade das linhas; j) **a jurisprudência deste Tribunal de Justiça** é no sentido de reconhecer ao Estado a competência para o planejamento do transporte intermunicipal; k) o artigo 16, incisos I e III, da lei objurgada, contrariam a competência estadual para instituição e cobrança do tributo, estatuída pelo artigo 165 da Constituição do Estado de São Paulo; l) **pedido**: inconstitucionalidade da letra “f” do artigo 16, com a supressão dos termos “relacionados ao transporte público de passageiros realizado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ”, e que a interpretação do inciso III do mesmo artigo se faça na conformidade da Constituição do Estado de São Paulo, afastando-se a incidência do tributo municipal na prestação de serviços de transporte metroviário intermunicipal por concessionários públicos.

III - Alegações da Municipalidade, ao prestar informações: a) **a legislação municipal não prevê tributação** sobre transporte intermunicipal, pois aí, sim, haveria afronta à Constituição Federal (artigo 155, II) e do Estado de São Paulo (artigo 165, I, **b**), mas apenas tributação sobre o transporte do METRÔ; b) **o transporte feito pelas linhas metroviárias** é – única e exclusivamente – realizado dentro do território do Município de São Paulo. E assim continuará sendo, ao menos por um bom tempo; c) é intenção do Governo Estadual estender a linha 4, concedida a empresas privadas e causadora desta ADIN, que extravasará, um dia, os limites municipais paulistanos, alcançando Taboão da Serra, mas isso só ocorrerá em 2016; d) **não se sustenta** o argumento de que “interesses regionais” ou “metropolitanos” fariam oposição aos ditos “interesses locais”. A clássica diferenciação entre “interesses regionais” e “locais” vem do Direito Constitucional (e não Tributário) e relaciona-se com competência legislativa, não guardando qualquer relação com a incidência do ICMS ou ISS sobre o serviço de transporte; e) **o constituinte determinou** que, se o transporte abrange mais de um Município, deve ser objeto de tributação pelo Estado e trocar a objetividade e clareza do conceito “intermunicipal” da Constituição pelas referências difusas e subjetivas à ideia de “interesses regionais” é jogar mais uma incerteza (desnecessária e à revelia do constituinte); f) **em nenhum mo-**

mento o texto constitucional indica qualquer relação entre transporte intermunicipal e “interesse regional”; g) **hoje nenhuma linha de METRÔ** sai do Município de São Paulo, sendo pertencentes ao Município de São Paulo todas as estações iniciais e finais das linhas existentes; h) **não há METRÔ intermunicipal** e a ADIN não trata de tributação de ônibus, trem ou qualquer outro meio de transporte, referindo-se apenas aos bilhetes cobrados nas linhas do METRÔ; i) **o Município nunca tributou**, não quer e nunca poderá tributar o transporte intermunicipal, mas também não pode admitir que seja privado de sua competência para tributar o transporte que se inicie e termine em seu território; j) **A discussão é futura** e, quando as linhas do METRÔ ultrapassarem as fronteiras paulistanas, São Paulo não tributará as passagens utilizadas em qualquer Estação porventura localizada fora dos seus limites territoriais; k) **argumento formal**: a impugnação é feita relativamente apenas à alínea *f* do artigo 16, I, da lei em apreço, mas esse dispositivo trata tão somente da fixação da alíquota do tributo, não tendo sido impugnados os dispositivos que tratam do fato gerador da obrigação tributária, e não o foram porque o artigo que trata do fato gerador não poderia ser impugnado porque apenas repete os dizeres da Lei Complementar nº 116/03.

IV - O relator, ínclito Desembargador Luís Soares de Mello, julga procedente a ação, em voto encapsulado na seguinte ementa:

“EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigo 16, I, alínea ‘f’, da Lei nº 13.701/2003, com a redação dada pela Lei nº 14.256/2006, do Município de São Paulo, que permite a cobrança do ISSQN à prestação de serviços de transporte intermunicipal metroviário. Alegação de ofensa à competência tributária. Ocorrência. Serviço de transporte metroferroviário que possui dimensão metropolitana, de competência estadual, e não simplesmente municipal. Possibilidade de o usuário do serviço utilizar-se de metrô e trem, para alcançar municípios vizinhos à capital do Estado. Enorme quantidade de pessoas, ademais, que utilizam o serviço para deslocar-se de um Município a outro, a demonstrar que o transporte metroviário possui evidentes características metropolitanas. Impossibilidade, em suma, de o Município de São Paulo tributar o transporte intermunicipal de passageiros, por exigência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN). Possibilidade, em tese, de tributação estadual por ICMS. Precedente da Eg. Seção de Direito Público. Ação julgada procedente”.

V - Meu voto.

1. Dispõe o artigo 153, § 1º, da Constituição do Estado de São Paulo que se considera “*região metropolitana o agrupamento de Municípios limítrofes que assumam destacada expressão nacional, em razão de elevada densidade demográfica, significativa conurbação e de funções urbanas e regionais com alto grau de*

diversidade, especialização e integração socioeconômica, exigindo planejamento integrado e ação conjunta permanente dos entes públicos nela atuantes”.

A Região Metropolitana de São Paulo reúne 39 municípios do Estado de São Paulo, compreendendo a Capital e Municípios limieiros.

Estabelece o artigo 158 da Constituição Paulista que *“Em região metropolitana ou aglomeração urbana, o planejamento do transporte coletivo de caráter regional será efetuado pelo Estado, em conjunto com os Municípios integrantes das respectivas entidades regionais”.*

O transporte coletivo, portanto, no que se refere à região metropolitana, regional ou intermunicipal pela própria natureza, já que abrange mais de um município, é de planejamento do Estado e dos Municípios que a compõem.

A legislação concernente à exploração e regulamentação da prestação de transporte intermunicipal é de competência dos Estados federados, sendo a competência para legislar sobre prestação de transporte urbano, configurando serviço de interesse local, inserida no rol daquelas de atribuição legislativa dos Municípios.

E o que já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“Os Estados-membros são competentes para explorar e regulamentar a prestação de serviços de transporte intermunicipal. [...] A prestação de transporte urbano, consubstanciando serviço público de interesse local, é matéria albergada pela competência legislativa dos Municípios, não cabendo aos Estados-membros dispor a seu respeito”. (ADI 2.349, Relator Ministro **Eros Grau**, julgamento em 31-8-2005, Plenário, DJ de 14-10-2005.) **No mesmo sentido:** ADI 845, Relator Ministro **Eros Grau**, julgamento em 22-11-2007, Plenário, **DJE** de 7-3-2008; RE 549.549-AgR, Relatora Ministra **El-len Gracie**, julgamento em 25-11-2008, Segunda Turma, **DJE** de 19-12-2008.

A Lei Municipal nº 6.988, de 26 de dezembro de 1966, autorizou a constituição da Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô, dispondo, no artigo 4º, que *“A sociedade tem por finalidade: a) contratar, coordenar e superintender os estudos e projetos e promover as medidas necessárias para a implantação de um sistema de transporte rápido de passageiros na cidade de São Paulo, denominado ‘METROPOLITANO’, prevista sua extensão aos municípios vizinhos, respondendo a sociedade pelo custeio e demais despesas dos contratos”.*

O objeto social da Companhia do Metropolitano de São Paulo, de acordo com o artigo 4º de seu estatuto social e conforme Ata da Assembleia Geral de Constituição da Companhia do Metropolitano de São Paulo, realizada em 24

de abril de 1968, é “*a implantação, operação, manutenção e expansão de um sistema de Transporte Rápido na Cidade de São Paulo, com a finalidade de atender às necessidades de deslocamento de passageiros em massa, integrando-se com os demais meios de transporte*”.

Na mencionada Lei Municipal nº 6.988/1966, como visto, já era prevista a extensão aos municípios vizinhos do sistema de transporte rápido de passageiros denominado “Metropolitano”.

É certo que, no estatuto social da Companhia do Metropolitano de São Paulo, como já visto também, a finalidade do sistema de Transporte Rápido é atender às necessidades de deslocamento de passageiros em massa na cidade de São Paulo, sem menção aos municípios adjacentes.

Porém, na A.G.E s/nº de 28 de abril de 2010, que altera o Estatuto Social do Metrô – Companhia do Metropolitano de São Paulo, os acionistas da Companhia do Metropolitano de São Paulo estabeleceram constituir objeto social do Metrô:

“I - planejamento, projeto, construção, implantação, operação e manutenção de sistemas de transportes públicos metroviário, ferroviário e sobre pneus, na Região Metropolitana de São Paulo.

II - execução das obras e dos serviços complementares ou correlatos, necessários à integração do sistema de transporte de passageiros ao complexo urbanístico da cidade.

III - construção e operação de terminais de passageiros; a implantação e operação de estacionamentos.

IV - construção e comercialização, direta e indireta, admitida a coparticipação da iniciativa privada, de prédios residenciais e/ou comerciais, bem como projetar, executar, administrar, direta ou indiretamente, outra qualquer obra de interesse público e da companhia.

V - comercialização de marca, patente, nome e insígnia; comercialização de áreas e espaços para propaganda; prestação de serviços complementares de suporte ao usuário, por si ou através de permissionários, com ou sem cessão de uso predial.

VI - comercialização de tecnologia, direta, indireta, em sociedade ou consórcios; bem como a prestação de serviços de consultoria, apoio técnico e prestação de serviços na operação e na manutenção de equipamentos; construção e implantação de sistemas de transporte e de terminais de passageiros, no país e no exterior.

VII - edição, vedada a impressão, de jornais, revistas e outras publicações de cunho técnico e comercial, permitida a propaganda”.

Assim, em sua concepção, o Metrô de São Paulo ou Metropolitano de São Paulo é um sistema metropolitano que serve a cidade de São Paulo, operado pela empresa de capital misto do Estado de São Paulo Companhia do Metropolitano de São Paulo, responsável pelo planejamento, projeto, construção e operação do sistema de transporte metropolitano na Região Metropolitana de São Paulo.

Em conclusão, o planejamento do transporte coletivo na Região Metropolitana de São Paulo deve ser efetuado pelo Estado, em conjunto com os Municípios que a integram. O Estado de São Paulo é competente para explorar e regulamentar a prestação de serviços de transporte intermunicipal, legislando sobre o tema.

Mas, e a tributação?

2. A Constituição Federal declara, no artigo 155, II, competir aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: “[...] II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”. De mesmo teor, o artigo 165, b, do Estado de São Paulo.

Penso que realmente o transporte de passageiros pelo metrô, abrangendo a Região Metropolitana de São Paulo, tem caráter intermunicipal, não importando que, na atualidade, se restrinja ao âmbito territorial do Município de São Paulo. Se, no momento, sobressai o interesse local, na sua concepção, o metrô se destina a atender quem transita pela Região Metropolitana, sendo dessa forma que decidi este Tribunal de Justiça, conforme precedente citado pelo autor.

Concordo com o requerente quando afirma ser intermunicipal o transporte de passageiros, por qualquer modo, inclusive metrô, com o fim de permitir o deslocamento de pessoas de vários municípios adjacentes que integram a Região Metropolitana, da qual a capital de São Paulo é o município-polo, sendo esse o desiderato das linhas da CPTM, EMTU e METRÔ, compreendendo, integradamente, o transporte das pessoas por trilhos, monotrilhos, ônibus e demais modais.

Nesse sentido, não se há de qualificar o transporte metroviário como serviço de natureza ou interesse exclusivamente municipal, pelo que não é cabível a cobrança do ISS sobre “a prestação de serviços de transporte”. Correta também a afirmação do autor no sentido de que se cada município integrante da Região Metropolitana, servido pelo transporte metroviário, fosse dado tributar pelo ISS a prestação de serviço, fácil ver que a previsão constitucional de tributação do transporte intermunicipal seria letra morta.

Afinal, compete aos Municípios instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, definidos em lei comple-

mentar (artigo 156, III, da Constituição da República). Todos os serviços podem ser alcançados pelo ISSQN, desde que estejam listados em lei complementar e previstos na lei ordinária municipal, excluídos os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, de competência dos Estados. É o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.153.324/MG, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgamento em 05/11/2009, e no Ag 949.401/MG, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgamento em 18/03/2008.

3. A Municipalidade de São Paulo, quando das informações, viu-se, alega que a impugnação é feita relativamente apenas à alínea *f* do artigo 16, I, da lei em apreço, mas esse dispositivo trata tão somente da fixação da alíquota do tributo, não tendo sido impugnados os dispositivos que tratam do fato gerador da obrigação tributária.

É verdadeiro que o dispositivo fixa apenas a alíquota do tributo, mas também o é que o autor pede a supressão dos termos “relacionados ao transporte público de passageiros realizado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ, e que a interpretação do inciso III do mesmo artigo se faça na conformidade da Constituição do Estado de São Paulo, afastando-se a incidência do tributo municipal na prestação de serviços de transporte metroviário intermunicipal por concessionários públicos”.

Claro está, portanto, apartado o formalismo, que o autor impugna, por inconstitucionalidade, a cobrança do ISSQN sobre os serviços de transporte prestados pelo Metrô. E nesse diapasão é que se está sendo apreciada a postulação.

4. À vista de todo o exposto, meu voto é convergente com o do relator para julgar procedente a ação, declarando-se inconstitucional o artigo 16, letra “f”, da Lei nº 14.256/2006, do Município de São Paulo, suprimindo-se os termos “relacionados ao transporte público de passageiros realizado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ”, bem como interpretar o inciso III do mesmo artigo, para afastar a incidência do tributo municipal na prestação de serviços de transporte metroferroviário intermunicipal operado por empresas atuando em regime de concessão.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
Desembargador

VOTO 16.495

Comarca: São Paulo

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0304416-55.2011.8.26.0000

Requerente: Governador do Estado de São Paulo

Requerido: Prefeito do Município de São Paulo

Relator: Desembargador Luís Soares de Mello – Voto 26.654

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

O meu voto acompanha a solução encontrada pelo eminente Relator.

Os dispositivos questionados pelo ilustre Governador do Estado de São Paulo ostentam a seguinte redação:

Lei Municipal nº 13.701/2003, com a redação dada pela Lei nº 14.256/2006

“Artigo 16 - O valor do imposto será calculado aplicando-se à base de cálculo a alíquota de:

I - 2% (dois por cento) para os serviços prestados:

[...]

f) no subitem 16.01 da lista do ‘caput’ do artigo 1º relacionados ao transporte público de passageiros realizado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo (METRÔ), bem como aqueles relacionados ao transporte de escolares e transporte por táxi (inclusive frota);

III - 5% (cinco por cento) para os demais serviços descritos na lista do ‘caput’ do art. 1º”.

Esses dispositivos definiram a alíquota aplicável ao ISSQN, na hipótese prevista pelo artigo 1º do mesmo diploma legal, itens 16 e 16.01, *in verbis*:

“Art. 1º - O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da seguinte lista, ainda que não constitua a atividade preponderante do prestador:

[...]

16 - Serviços de transporte de natureza municipal.

16.01 - Serviços de transporte de natureza municipal”.

Nesse passo, verifica-se que a Municipalidade inseriu, dentre os serviços de transporte de natureza municipal, aqueles realizados pela Companhia do Metropolitano de São Paulo (METRÔ) e pelas concessionárias que desenvolvem a mesma atividade.

Daí a indicação na petição inicial de que “a aplicação da letra ‘f’ do inciso I do dispositivo ao serviço de transporte metroviário prestado pelo METRÔ e a aplicação, em caráter residual, do inciso III (‘todos os demais serviços’) ao serviço de transporte metroferroviário prestado por concessionários consistem em afronta direta ao artigo 165, I, ‘b’ da Constituição Estadual, que assegura ao Estado de São Paulo a competência para a instituição do ICMS sobre a prestação de serviços de transporte intermunicipal, assim redigido”:

SEÇÃO III

Dos Impostos do Estado

“Artigo 165 - Compete ao Estado instituir:

I - impostos sobre:

- a) transmissão ‘causa mortis’ e doação de quaisquer bens ou direitos;
- b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
- c) propriedade de veículos automotores;”.

Pois bem.

Forçoso reconhecer que a norma contida no citado artigo 16, inciso I, alínea “f”, da Lei nº 13.701/2003, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 14.256/2006, efetivamente alcança, de forma indevida, serviços de transporte de interesse e natureza metropolitanos, o que contrasta com a Carta Estadual, tal como vislumbrou o eminente Relator no voto proferido.

Inafastável, a propósito, a consideração que a prestação de serviço de transporte metroferroviário já foi concebida com um caráter metropolitano, destinando-se então a viabilizar, ao longo do tempo, o deslocamento de pessoas além do território de um município, o que caracteriza, na essência, transporte de natureza intermunicipal.

Como assinalado a fls. 14-15, a integração com outros municípios, que norteou desde o início a concepção do transporte metroferroviário, não pode ser viabilizada sem a atuação direta do Estado, pois o “*regramento de interesses municipais diversos, com objetivos de integração, tem pertinência com a competência estadual*”; nessa linha, a precisa lição de Hely Lopes Meirelles, pela qual “*a complexidade e o alto custo das obras e serviços de caráter intermunicipal ou metropolitano já não permitem que as prefeituras os realizem isoladamente, mesmo porque esse interesse não é apenas local, mas regional, afetando a vida e a administração de todo o Estado e não raro da União*” (v. *Direito Municipal Brasileiro*, 16. ed., Malheiros, p. 83).

Na verdade, por injunção constitucional (art. 153 da Lei Maior Estadual):

“O território estadual poderá ser dividido, total ou parcialmente, em unidades regionais constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, mediante lei complementar, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, atendidas as respectivas peculiaridades.

§ 1º - Considera-se região metropolitana o agrupamento de Municípios limítrofes que assuma destacada expressão nacional, em razão de elevada densidade demográfica, significativa conurbação e de funções urbanas e regionais com alto grau de diversidade, especialização e integração socioeconômica, exigindo planejamento integrado e ação conjunta permanente dos entes públicos nela atuantes.”

Nessa linha, à evidência, em um desses municípios agrupados serão iniciadas as ações para a necessária execução das funções públicas de interesse comum, o que, por si só, não desnatura a sua condição de política pública de interesse metropolitano, afeta à competência do Estado.

No que toca especificamente ao transporte de passageiros, o artigo 158 da Constituição Estadual dá conta que:

“Em região metropolitana ou aglomeração urbana, o planejamento do transporte coletivo de caráter regional será efetuado pelo Estado, em conjunto com os Municípios integrantes das respectivas entidades regionais.

Parágrafo único. Caberá ao Estado a operação do transporte coletivo de caráter regional, diretamente ou mediante concessão ou permissão.”

A propósito especificamente da prestação de serviços metroviários, há um registro histórico na petição inicial, que interessa ao deslinde da causa; com efeito, *“os serviços de transporte metropolitano ficaram a cargo da Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ, como se lê das justificativas lançadas no convênio anexo à Lei Municipal nº 8.830, de 12 de dezembro de 1978:*

‘Considerando que os serviços de transporte de passageiros a cargo da Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ foram definidos como de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo, com apoio na Lei Complementar Estadual nº 94, de 29 de maio de 1974;

Considerando que a Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo – EMTU/SP, cuja constituição foi autorizada pela Lei Estadual nº 1.492, de 13 de dezembro de 1977, tem a seu cargo o Sistema Metropolitano de Transportes Públicos de Passageiros da Região Metropolitana da Grande São Paulo;

Considerando que, em consequência dessa nova definição, a nível regional (sic), dos serviços de transporte prestados pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ, a Prefeitura pode dispensar-se do controle acionário desta última empresa;

Considerando, porém, o interesse da Municipalidade de São Paulo nos serviços do METRÔ, tendo em vista a população urbana por eles servida.’
(g.n.)

De fato, a Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo – EMTU, criada pela Lei Estadual nº 1.492/1977, e o METRÔ, praticamente, revezaram-se, ao longo do tempo, na execução de serviços metroviários, até o advento da lei supra, por intermédio da qual a EMTU assumiu efetivamente o sistema de transportes públicos sobre trilhos (metrô, ferrovias de subúrbios e outros), sobre pneus, hidroviário e de pedestres, operados nas áreas urbanas. Pode ser afirmado com tranquilidade que a prestação do serviço metroviário jamais se afastou da esfera de interesses regionais, sendo de se mencionar, apenas como registro histórico, que, a despeito de ter sido criado pelo Município de São Paulo, o METRÔ passou a ser uma sociedade de economia mista estadual, por força da diluição do capital social municipal operada ao longo do tempo.

No âmbito da região metropolitana, cabe ao Estado, como se viu, planejar e por vezes executar os serviços a ela diretamente afetados. Nos termos da Lei Estadual nº 7.450, de 16 de julho de 1991, compete à Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos a execução da política estadual de transporte urbano de passageiros para as regiões metropolitanas, no que se incluem os sistemas metroviário, ferroviário e demais modais de interesse metropolitano” (v. fls. 22-24).

Como se vê, desde a constituição da Companhia do Metropolitano de São Paulo ficou definido que os serviços de transporte por ela prestados são de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo; e, a esta altura, o projeto de expansão das linhas metroviárias já está operacionalizando o deslocamento intermunicipal (a Linha 4 – Amarela viabilizará o transporte de passageiros entre os Municípios de São Paulo e Taboão da Serra até 2015).

Na verdade, ainda que neste momento o transporte feito pelo METRÔ seja realizado dentro do território do Município de São Paulo, a tributação incidente se define pelo seu caráter regional, vocação essa identificada desde a implantação das primeiras linhas; não se desconhece que o Município de São Paulo é o polo central desse meio de transporte, mas isso se dá realmente porque se constituiu no centro da Região Metropolitana, desenvolvendo-se, então, a partir de seu território um projeto de extraordinária grandeza, que desborda do interesse meramente local.

Pertinente, no particular, a ilação de que se mostra irrelevante, em um primeiro momento de implantação desse projeto, que os trechos compreendidos não sejam exclusivamente percorridos pelo metrô, sendo necessária a integração com outros modais de transporte (trens e ônibus) para servir a integridade das linhas. Como referiu o MM. Desembargador Relator Paulo Fadigas, em precedente deste mesmo Tribunal paulista, “*não é irrelevante o fato de que o preço do serviço – passagem – permita que o transportado seja conduzido para outro município, mesmo que através de serviços de terceiro. O contrato entabulado entre o passageiro e o transportador é de transporte cumulativo, art. 733 do Código Civil, portanto este transporte é intermunicipal*” (v. Apelação Cível nº 766.5915/0-00).

É de se afastar, portanto, a cobrança de ISS sobre o transporte metroviário, na esteira do pedido inicial.

Nem colhe a alegação de que não teriam sido impugnadas na presente demanda as normas que cuidam do fato gerador do tributo exigido; ora, os dispositivos aqui questionados, que tratam da fixação da alíquota do ISSQN, é que propiciam na atualidade a sua cobrança sobre os serviços de transporte prestados pelo METRÔ e concessionárias, razão pela qual a procedência da ação se prestará efetivamente a obstar a exigibilidade da exação, tida por inconstitucional.

Ante o exposto, o meu voto também julga procedente a presente ação direta, “para declarar inconstitucional o art. 16, inciso I, alínea ‘f’, da Lei nº 14.256/2006, do Município de São Paulo, suprimindo-se os termos ‘relacionados ao transporte público de passageiros realizado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ’, bem como interpretar o inciso III do mesmo artigo, para afastar a incidência do tributo municipal na prestação de serviços de transporte metroferroviário intermunicipal operado por empresas atuando em regime de concessão”.

PAULO DIMAS MASCARETTI

Desembargador

Voto nº 14.449

ADIN nº 0304416-55.2011.8.26.0000

Requerente: Governador do Estado de São Paulo

Requerido: Prefeitura do Município de São Paulo

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Com o devido respeito, pelo meu voto, em que pese o culto e erudito posicionamento dos Nobres Desembargadores com votos vencedores, ousou discordar do entendimento da Doutrina Maioria, no tocante à constitucionalidade do artigo 16, alínea “f”, da Lei nº 14.256/06.

Em síntese, trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade**, atuada sob o nº 0304416-55.2011.8.26.0000, proposta pelo Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de São Paulo em face do disposto no artigo 16, inciso I, alínea “f”, e inciso III, da Lei nº 13.701/03, do Município de São Paulo, com a redação dada pela Lei Municipal nº 14.256/06.

O autor, aduzindo à inconstitucionalidade da mencionada Lei nº 13.701/03, do Município de São Paulo, defende, nas bem lançadas razões iniciais, a incidência do ICMS (imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços) sobre a “prestação de serviços de transporte metroferroviário intermunicipal de passageiros”.

Em tal contexto, com o devido respeito, de rigor registrar que o imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviço (ICMS) deve incidir somente nas hipóteses de transporte intermunicipal e, no caso em apreço, o serviço prestado se circunscreve aos limites do Município de São Paulo.

Por oportuno, a Constituição Federal, no Título VI (“Da Tributação e Do Orçamento”), Capítulo I (“Do Sistema Tributário Nacional”), dispõe acerca da tributação do transporte de passageiros:

“Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [...]” (o grifo não consta do original)

“Art. 156 - Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...) III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.” (o grifo não consta do original)

A Constituição do Estado de São Paulo, reproduzindo o preceito insculpido na Carta Magna, dispõe, em seu artigo 165, inciso I, alínea “b”, que compete ao Estado instituir impostos sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal.

Por seu turno, a Lei nº 13.701/03, ora impugnada, com a redação dada pela Lei Municipal nº 14.256/06, preceitua que:

“Art. 16 - O valor do imposto será calculado aplicando-se à base de cálculo a alíquota de:

I - 2% (dois por cento) para os serviços previstos: [...]

f) no subitem 16.01 da lista do *caput* do artigo 1º relacionados ao transporte público de passageiros realizado pela Companhia Metropolitana de São Paulo (METRÔ), bem como aqueles relacionados ao transporte de escolares e transporte por táxi (inclusive frota); [...]

III - 5% (cinco por cento) para os demais serviços descritos na lista do *caput* do art. 1º”.

A questão central da presente ação constitucional é perquirir sobre a natureza, para fins de tributação, do serviço metroviário de transporte de passageiros, ou seja, enquanto o Estado de São Paulo sustenta se tratar de um serviço intermunicipal (incidindo o ICMS), a Prefeitura de São Paulo alega que a prestação se limita ao Município (o que faz incidir o ISSQN).

Nesse escopo, de rigor recorrer às precisas palavras do mestre Hely Lopes Meirelles, a saber:

“O transporte coletivo urbano e rural, desde que se contenha nos limites territoriais do Município, é de sua exclusiva competência, como serviço público de interesse local, com caráter essencial (CF, art. 30, V)”.¹ (o grifo não consta do original)

Na esteira da mencionada obra, o transporte será “municipal” se circunscrever aos limites do Município. De fato, a Carta Magna (art. 155, II) e a Constituição do Estado de São Paulo (art. 165, I, “b”) gravam os termos “**transporte intermunicipal**” e “**transporte interestadual**”, no tocante à incidência do ICMS.

Em tal contexto, com o devido respeito ao entendimento do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de São Paulo, de rigor concluir que a configuração

1 Hely Lopes Meirelles. Direito Municipal Brasileiro. 16. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 457.

do transporte como “municipal”, como “intermunicipal” ou como “interestadual” ocorre exclusivamente por meio da abrangência dos serviços prestados.

Em detalhe, objetivamente, se o serviço for prestado apenas no Município, o transporte será “municipal”. Se a prestação abranger mais de um Município, o transporte será “intermunicipal”. Por último, se o serviço atender à população de 2 (dois) ou mais Estados, o transporte será “interestadual”.

Não se discute a importância dos serviços de transporte metroviário prestados pelo Metrô e por concessionárias contratadas por Parceria Público-Privada, inclusive no que diz respeito ao planejamento do transporte coletivo na Região Metropolitana da Grande São Paulo.

Contudo, com todas as vênias, ainda que o transporte municipal possa, porventura, representar “interesses” que transcendam os interesses locais, o serviço manterá, para fins tributários, sua natureza “municipal”, pois a prestação ocorre efetivamente nos estritos limites do Município.

Além disso, a Constituição Federal e a Constituição do Estado de São Paulo, ao definir a hipótese de incidência do ICMS, não se reportam ao “**interesse intermunicipal**” ou ao “**interesse metropolitano**”, mas somente ao “**transporte intermunicipal**”, não sendo próprio, *in casu*, proceder-se a uma interpretação extensiva para apurar o imposto incidente, sob pena de atentar contra a segurança jurídica, em razão da ausência de critérios objetivos suficientes para definir “interesse intermunicipal” ou “interesse metropolitano”.

Registre-se que a existência de convênios de integração com outros entes, como o celebrado entre o Metrô e a CPTM (Companhia Paulista de Trens Metropolitanos), não modifica, até por expressa disposição constitucional, a natureza “municipal” dos serviços prestados.

Nesse sentido, infere-se do próprio sitio eletrônico da CPTM (http://www.cptm.sp.gov.br/e_tarifas/default.asp) convênios celebrados com outros Municípios do Estado de São Paulo, como o “Benfacil”, relativo à “Integração CPTM x Ônibus Município de Jandira”. Ora, por evidente, não é porque foi firmado tal convênio que a empresa de ônibus municipal prestará serviço de transporte intermunicipal.

Importante destacar que não houve a efetiva e cabal demonstração no que concerne à alegação de que os serviços de transporte metroviário prestados no Município de São Paulo beneficiem, também, com natureza prioritária, a população de outros Municípios integrantes da Região Metropolitana da Grande São Paulo.

Ainda assim, presumindo que um número considerável de usuários da rede metroviária da Cidade de São Paulo provém de outros municípios, é certo que tais usuários utilizam, em regra, outro transporte “intermunicipal” (trem, lotação, ônibus etc.) para adentrar o Município de São Paulo e, apenas então (por meio mediato), usufruem dos serviços de transporte ali prestados, não havendo, portanto, a modificação da natureza “municipal” do serviço.

Mais ainda, nada impede que tais usuários de Municípios limítrofes utilizem outros meios de locomoção disponíveis no Município de São Paulo, como lotação ou mesmo ônibus, que também integram a rede pública de transporte, e, nem por isso, apresentam natureza de “transporte intermunicipal”.

Além do mais, com certeza, pela própria localização, pois o Metrô de São Paulo não ultrapassa, em qualquer estação em funcionamento, os limites do Município de São Paulo, se faz necessária toda uma estrutura própria, por parte do Município, de enormes proporções, para que dito meio de transporte possa funcionar adequadamente na sua única área de existência e operação, insista-se, a Cidade de São Paulo.

O serviço é prestado em São Paulo, Capital. Assim, a estrutura da Capital, e não do Estado, é colocada à integral disposição da Cia. do Metrô, em todos os seus segmentos, para que todos os seus usuários, sem exceção, sejam tratados como se municípios fossem dessa metrópole.

Na atualidade, com todas as vênias, com o transporte via Metrô, a Cidade de São Paulo, sob pena de evidente caos, tem que, obrigatoriamente, agregar estrutura custosa e sofisticada para suportar o impacto naturalmente causado por este importantíssimo meio de transporte, que nada mais é do que um serviço prestado, por meio de uma empresa especializada, com atuação apenas nesta Capital.

Este impacto, naturalmente causado por milhões de usuários, gerando lixo, necessidade de segurança extra, inclusive patrimonial, tráfego complementar, apoio da saúde, bem como a plena permissibilidade de utilização de todos os serviços do Município, não fazendo qualquer distinção entre os que aqui residem ou não, tratando todos como municípios deste burgo, merece incidência tributária própria municipal, em face de todos os serviços colocados à disposição, indistintamente, de seus usuários.

Dentro da política tributária nacional, levando-se em conta o contínuo e injusto esmagamento dos municípios brasileiros, com ínfima participação nas arrecadações, não se pode, com todas as vênias, violentar aquilo que a Constituição de 1988 levou de prestígio e segurança jurídica às entidades de

menor expressão dentro do pacto federativo, com menor arrecadação e maior número de obrigações, ou seja, os oprimidos municípios brasileiros.

Seria mais um episódio de descaracterização da entidade município em face de um serviço efetivamente prestado, em razão de usurpação da competência tributária expressamente insculpida pela Constituição Federal (art. 156, inciso III, CF).

Desse modo, com o devido respeito às razões deduzidas pela parte requerente, considerando que os serviços metroviários de transportes são prestados exclusivamente no Município de São Paulo; considerando que a Carta Magna e a Constituição Bandeirante, ao regular a incidência de ICMS, registram apenas “transportes intermunicipais”, nada mencionando acerca de eventual “interesse metropolitano”; e, considerando que convênios de integração realizados com outros entes não modificam, por si só, a natureza do transporte municipal, de rigor concluir pela improcedência dos pedidos deduzidos pelo Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de São Paulo.

Ante o exposto, pelo meu voto, nos exatos termos acima lançados, com o devido respeito e admiração, ousou divergir do erudito e culto entendimento da Nobre Maioria, para julgar improcedentes os pedidos na presente ação direta de inconstitucionalidade.

ROBERTO MAC CRACKEN
Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0304416-55.2011.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “ACOLHERAM OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, COM OBSERVAÇÃO. V.U.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, ALVES BEVILACQUA, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, ELLIOT AKEL, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, CAETANO LAGRATA, PÉRICLES PIZA, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIANI, GRAVA BRAZIL, PAULO DIMAS MASCARETTI, LUIS GANZERLA, ITAMAR GAINO e VANDERCI ÁLVARES.

São Paulo, 5 de junho de 2013.

LUIS SOARES DE MELLO

Relator

Voto nº 27.563

Embargos de Declaração nº 0304416-55.2011.8.26.0000/50001

Comarca: São Paulo

Embargante: Governador do Estado de São Paulo

Embargado: Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo

Interessado: Prefeito do Município de São Paulo

EMENTA: Embargos de declaração. Dispositivo de v. acórdão que não descreve corretamente a norma atacada, cuja inconstitucionalidade fora declarada. Mero lapso digitatório. Embargos acolhidos, apenas para corrigir erro material.

Visto.

Cuida-se de embargos de declaração opostos contra o v. acórdão constante dos autos (fls. 188-228), que julgou procedente, por maioria de votos, ação direta de inconstitucionalidade, para declarar inconstitucional o art. 16, alínea “f”, da Lei nº 13.701/2003, com a redação dada pela Lei nº 14.256/2006, do Município de São Paulo, suprimindo-se os termos “*relacionados ao transporte público de passageiros realizado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ*”, bem como interpretar o inciso III do mesmo artigo, para afastar a incidência do tributo municipal na prestação de serviços de transporte metroferroviário intermunicipal operado por empresas atuando em regime de concessão.

Em síntese apertada, procura o embargante demonstrar contradições do dispositivo do julgado, por se ter suprimido a referência “*da Lei nº 13.701/2003 com redação dada...*”.

É o relatório.

Com razão o embargante.

Faz-se necessária a **correção de erro material** contido no v. acórdão embargado.

Naquele decisório, mais especificamente na parte dispositiva, **onde se lê** “*POSTO, julga-se procedente a presente ação direta, para declarar inconstitucional o art. 16, alínea ‘f’, da Lei nº 14.256/2006, do Município de São Paulo, suprimindo-se os termos ‘relacionados ao transporte público de passageiros realizado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ’, bem como interpretar o inciso III do mesmo artigo, para afastar a incidência do tributo municipal na prestação de serviços de transporte metroferroviário intermunicipal operado por empre-*

sas atuando em regime de concessão”, deve ser lido “POSTO, julga-se procedente a presente ação direta, para declarar inconstitucional o art. 16, alínea ‘f’, da Lei nº 13.701/2003 com a redação dada pela Lei nº 14.256/2006, do Município de São Paulo, suprimindo-se os termos ‘relacionados ao transporte público de passageiros realizado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ’, bem como interpretar o inciso III do mesmo artigo, para afastar a incidência do tributo municipal na prestação de serviços de transporte metroferroviário intermunicipal operado por empresas atuando em regime de concessão”.

Consideradas a inicial e as razões do próprio decisório, bem como e sobretudo a legislação objeto da ação constitucional, percebe-se que houve **mero lapso digitatório**, pois omitida a parte destacada, o que aqui e agora se compõe, acertadamente.

Fica corrigido aqui, portanto, o dispositivo do decisório.

Acolhem-se os embargos, apenas para corrigir erro material, nos termos deste decisório.

Desembargador **LUÍS SOARES DE MELLO**

Relator

Proc. Adm.	GDOC 1000082-1068946/2011
Interessado	ROBERTO AMÂNCIO
Localidade	São Paulo
Assunto	Reposição de valores pagos a título de adicional de insalubridade

EMENTA: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CESSAÇÃO DA VANTAGEM COM FUNDAMENTO EM LAUDO PERICIAL HOMOLOGADO PELO DPME. AUTORIZAÇÃO PARA DISPENSA DE REPOSIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS PELO SERVIDOR ENTRE A DATA DA CIÊNCIA DA HOMOLOGAÇÃO DO LAUDO PERICIAL E A DATA DA CIÊNCIA DO ATO ADMINISTRATIVO QUE DETERMINAR A CESSAÇÃO DA VANTAGEM. PRECEDENTE: PARECER PA 76/2012. A boa-fé do servidor não cessa pelo fato de ter sido cientificado da homologação do laudo que concluiu pela ausência de condição insalubre, mas sim pelo fato de ter sido cientificado do ato proferido pela autoridade competente que determinou a cessação da vantagem.

PARECER GPG 2/2015

1. Trata-se de expediente em que foi constatado por laudo pericial, homologado pelo DPME em 15/6/2012, que o servidor ROBERTO AMÂNCIO, auxiliar de serviços gerais lotado na Procuradoria Fiscal, não exerce atividades sob condições insalubres (fls. 68).

2. O interessado tomou expressamente ciência do laudo pericial em 4/2/2013, no corpo do recurso administrativo em que requereu nova avaliação, como se nota do documento de fls. 89/90.

3. Considerando a ausência de previsão legal para que o recurso administrativo fosse recebido no efeito suspensivo, o Procurador Geral do Estado determinou a cessação do pagamento do adicional ao servidor a partir de 15/6/2012, data em que homologado pelo DPME o laudo pericial (decisão de fls. 94/95).

4. Em 3/6/2014 foi publicada a Resolução PGE determinando a cessação do pagamento do adicional de insalubridade a partir de 15/6/2012 (fls. 97/98).

5. Ciente da Resolução do Procurador Geral, o interessado requereu fosse dispensado da reposição dos valores recebidos a esse título no período compreendido entre 15/6/2012 (data da homologação do laudo pelo DPME) e 3/6/2014 (data da publicação da Resolução que determinou a cessação do pagamento do adicional), invocando em seu favor as conclusões do Parecer PA 76/2012, aprovado pelo Procurador Geral do Estado (cuja cópia encontra-se às fls. 101/122).

6. O recurso administrativo foi indeferido pela decisão de fls. 127, da qual o interessado tomou ciência, conforme fls. 127 verso.

7. Sobreveio nova manifestação do CRH desta Procuradoria, com proposta de que fosse autorizada pelo Sr. Secretário de Gestão Pública a dispensa de restituição dos valores percebidos pelo interessado no período entre 15/6/2012 e 3/6/2014 (fls. 172/174).

8. Na sequência, manifestei-me com proposta de encaminhamento dos autos à Secretaria de Planejamento e Gestão para que fosse deliberado sobre o pedido de dispensa de reposição dos valores percebidos pelo interessado entre 15/6/2012 e 3/6/2014, tendo na ocasião opinado no sentido do deferimento do pedido por estar configurada a boa-fé do servidor, uma vez que *“não se poderia exigir do interessado que colocasse em dúvida a legalidade da percepção do adicional no período em questão, tendo em vista que somente foi cientificado do teor do laudo na data da publicação da decisão de cessação do adicional de insalubridade, em 3/6/2014.”* (fls. 175/177).

9. A Consultoria Jurídica da Secretaria de Planejamento e Gestão opinou pelo deferimento do pedido (Parecer CJ SPG 7/2015, fls. 179/182).

10. Atendendo a pedido da Unidade Central de Recursos Humanos, a Secretaria da Fazenda prestou informações relativamente aos pagamentos efetuados ao interessado a título do adicional de insalubridade (fls. 194).

11. Retornando os autos à Unidade Central de Recursos Humanos, foi prestada a Informação UCRH nº 642/2015, aprovada pela Coordenadora da Unidade (fls. 238/242). Nessa informação, após a referência a diversos pareceres proferidos pela Procuradoria Geral do Estado em processos análogos¹, a UCRH

1 **Parecer PA 75/2007**, de lavra da Procuradora do Estado Dra. Maria Lúcia Pereira Moióli, juntado às fls. 195/199, aprovado pela Subprocuradora Geral da Área da Consultoria, com base em delegação do Procurador Geral do Estado. O parecer examinou a reposição de valores pagos a título de adicionais temporais,

solicitou à Consultoria Jurídica da Pasta que esclarecesse a divergência entre o parecer CJ SPG 7/2015, proferido nestes autos, que opinou pela autorização para a dispensa de reposição dos valores recebidos pelo interessado entre 15/6/2012 (data da homologação do laudo pelo DPME) e 3/6/2014 (publicação da Resolução que determinou a cessação do adicional), e o parecer CJ SPG 12/2015, proferido em processo análogo, em que se concluiu que a autorização para dispensa de reposição dos valores recebidos indevidamente pelo servidor a título de adicional de insalubridade deveria abranger o período entre a data da homologação do laudo pelo DPME e, o que ocorrer primeiro, **(i)** a data em que o interessado tomou ciência do laudo que considerou inexistente a insalubridade, ou **(ii)** a data da publicação na imprensa oficial da homologação do laudo pelo DPME.

tendo concluído que *“As questões de dispensa de reposição que não se enquadrem especificamente na disposição do artigo 93 do Estatuto (Súmula nº 3, PGE) e na orientação fixada no DNG de 31/01/86, devem ser solucionadas, desde que comprovada a boa-fé do servidor, mediante a interpretação sistemático-teleológica, de efeitos extensivos, do disposto no artigo 93 da Lei nº 10.268/68 (Precedentes: PA-3 nº 115/2002; PA nº 383/2003; PA nº 413/2004 e PA nº 212/2005). Pelo deferimento do pedido à luz dos precedentes invocados. ...”*

Parecer CJ/SGP nº 254/2008, de lavra da Procuradora do Estado Dra. Maria Aparecida Medina Fecchio, juntado aos autos às fls. 200/1012, aprovado pelo Procurador Geral do Estado, em que se concluiu que *“desde que comprovada a boa-fé do servidor, a ser apurada em cada caso concreto e mediante o exame das circunstâncias de fato e provas pertinentes, a decisão das hipóteses de dispensa de reposição de vencimentos, ainda que não enquadradas ‘especificamente’ no artigo 93 da Lei 10.261/68, devem ser decididas com a aplicação, mediante a interpretação sistemático-teleológica, de efeitos extensivos, do disposto em citado dispositivo (artigo 93).”*

Parecer CJ SGP 12/2015, de lavra da Procuradora do Estado Dra. Lygia Helena Carramenha Bruce (acostado às fls. 222/227), aprovado pela Chefia da Consultoria Jurídica da Pasta nos seguintes termos (fls.228/232):

“...11. Nesse sentido, a boa-fé do servidor, para os fins da dispensa de restituição dos valores indevidamente recebidos da Administração, decorrente da orientação traçada no Parecer PA nº 76/2012, cessa na ocorrência do primeiro, dos seguintes eventos: (i) ciência efetiva do servidor acerca da homologação do laudo reconhecendo a ausência, ou a minoração, da situação de insalubridade; (ii) publicação deste ato de homologação no Diário Oficial do Estado de São Paulo, publicação esta que confere a presunção legal de ciência do ato administrativo tornado público, ao teor do artigo 17 da Lei Estadual nº 10.177/1998.

12. Quaisquer valores recebidos posteriormente à ocorrência de algum dos eventos elencados acima deverão ser restituídos pelo servidor aos cofres estaduais, do mesmo modo que, conforme expresso no item 13 do Parecer CJ-SPG nº 12/2015, eventuais descontos realizados pela Administração correspondentes à compensação de valores recebidos em momento anterior ao primeiro destes eventos deverão ser restituídos ao servidor, por terem sido recebidos de boa-fé.”

Manifestação CJ SGP 46/2015, que endossou as conclusões do parecer CJ SGP 12/2015, acostada às fls. 233/237, dizendo que:

“...13. Em linhas gerais, deve a Administração verificar, cronologicamente, qual o primeiro momento em que se reconhece a ciência acerca da homologação: se é a ciência presumida (a partir da publicação do ato no Diário Oficial do Estado), ou se é a ciência efetiva (a partir da atestação de ciência pessoal). É este primeiro momento o que deve ser considerado para fins de reconhecimento da cessação da boa-fé.”

12. Os autos foram então encaminhados à Consultoria Jurídica da Pasta, que manteve a orientação firmada no parecer CJ SPG 12/2015, divergindo, portanto, de minha manifestação acostada às fls. 175/177.

13. No entanto, o Procurador do Estado Chefe da Consultoria Jurídica houve por bem encaminhar os autos à Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral *“para que forneça orientação geral quanto à matéria, harmonizando os entendimentos dispares relatados pela Unidade Central de Recursos Humanos às fls. 214/217 e às fls. 238/242, em especial o posicionamento manifestado pelo Gabinete da Procuradoria Geral do Estado às fls. 175/177.”* (fls. 244/245).

14. O Subprocurador Geral da Área da Consultoria Geral, por sua vez, encaminhou os autos à Chefia de Gabinete, com proposta de *“reexame do processado, para reti ou ratificação da manifestação de fls. 175/177, voltando”*, vindo-me os autos para novo exame.

É a síntese do necessário. Passo a opinar.

15. Trata-se aqui de definir se deve prevalecer o entendimento esposado na manifestação de fls. 175/177, no sentido de que poderia ser autorizada a dispensa de reposição de vencimentos recebidos a maior no período entre a data da homologação do laudo pericial pelo DPME (15/6/2012) e a data da publicação da Resolução PGE que determinou a cessação do pagamento do adicional de insalubridade (3/6/2014), ou, então, o entendimento da Consultoria Jurídica da Secretaria de Planejamento e Gestão contido às fls. 244/245, que acolheu as conclusões do parecer CJ SPG 12/2015, segundo o qual a dispensa da reposição de vencimentos somente poderia ocorrer entre a data de homologação do laudo pelo DPME (15/6/2012) e a data em que o interessado teve ciência do laudo homologado (4/2/2013).

16. Entendo que deve prevalecer o primeiro entendimento – em que pese não pelos exatos fundamentos que expus na manifestação de fls. 175/177.

17. Naquela oportunidade, afirmei que:

“A matéria em questão está pacificada no âmbito da Procuradoria Geral do Estado. O Parecer PA 76/2012 examinou especificamente a possibilidade de dispensa de reposição dos valores pagos pela Administração Pública entre a data de homologação do laudo que considerou inexistente a insalubridade e o ato determinando a cessação da vantagem.

O referido parecer, acostado às fls. 104/108 dos autos, foi conclusivo no sentido de que, não havendo indícios de má-fé do servidor, pode ser dispensada a restituição dos respectivos valores, com fundamento em interpretação

sistemático-teleológica, de efeitos extensivos, do disposto no artigo 93 da Lei 10.261/68, cabendo ao Secretário de Gestão Pública deliberar sobre a matéria, nos termos do artigo 2º do Decreto 53.325/2008.

No caso presente, não há elementos para que se conclua que houve má-fé do interessado. Os pagamentos ocorridos entre a data do laudo homologado pelo DPME e a Resolução que determinou a cessação do adicional não decorreram de declaração falsa do beneficiário ou de outro artifício seu, mas foram consequência da demora natural da Administração em dar cumprimento à conclusão do laudo.

Não se poderia exigir do interessado que colocasse em dúvida a legalidade da percepção do adicional no período em questão, tendo em vista que somente foi cientificado do teor do laudo na data da publicação da decisão de cessação do adicional de insalubridade, em 3/6/2014.”

18. Ratifico a manifestação de fls. 175/177, no sentido de que, a meu ver, a boa-fé do servidor esteve presente até a publicação da Resolução PGE, quando o interessado teve notícia do ato que determinou a cessação do benefício.

19. Retifico, no entanto, o último parágrafo acima transcrito, uma vez que o interessado tomou ciência do teor do laudo em 4/2/2013, e não em 3/6/2014, como lá constou. Essa retificação, no entanto, não me faz concluir que a reposição de vencimentos poderia ser autorizada apenas até a data em que o interessado tomou ciência do laudo.

20. A meu ver, somente a partir da ciência do ato da autoridade competente, no caso do Procurador Geral do Estado, determinando a cessação do pagamento do adicional de insalubridade é que ficou claro ao servidor que qualquer pagamento recebido a esse título o seria de modo indevido, devendo ser restituído. Explico.

21. O momento da cessação do direito ao adicional de insalubridade foi examinado no parecer PA 273/2002, que concluiu, “*por aplicação analógica do disposto no artigo 3º-A da L.C. nº 432/85, introduzido pela L.C. nº 835/97, que o direito ao adicional de insalubridade cessa a partir da data da homologação do laudo que declare a atividade/unidade de exercício do servidor isentas de insalubridade, ainda que a insalubridade haja cessado em momento anterior à elaboração do laudo respectivo. ...*”²

22. Já o parecer PA 232/2003³, aprovado pelo Procurador Geral do Estado, proferido no mesmo caso em que prolatado o anterior parecer PA 273/2002

2 Item 11.3 do parecer, de lavra da Procuradora do Estado Dra. Patrícia Ester Fryszman.

3 Proferido pela Procuradora do Estado Dora Vendramini Barreto.

acima referido, abordou a possibilidade de autorização para a dispensa de reposição das verbas recebidas indevidamente pelo servidor a título de adicional de insalubridade, dizendo que:

*“As verbas percebidas entre a data da homologação do laudo e a da efetiva suspensão dos pagamentos foram colhidas pelo Despacho Normativo do Governador, de 31/1/86, publicado em 1/2/1986...”*⁴

23. Posteriormente, foi proferido o parecer PA 76/2012⁵, juntado aos autos às fls. 104/122 pelo próprio interessado. Esse parecer modificou em parte o entendimento do parecer PA 232/2003, uma vez que entendeu não se aplicar ao caso o Despacho Normativo do Governador de 31/1/86.⁶ No entanto, concluiu que pode ser dispensada a reposição do adicional de insalubridade indevidamente percebido entre a data da homologação do laudo que considerou inexistente a insalubridade e o ato determinando a cessação da vantagem, com retroação à data da homologação do laudo, sendo a dispensa de reposição ato de competência do Secretário de Gestão Pública, nos termos do artigo 2º do Decreto 53.325/2008.

24. O referido parecer PA 76/2012 foi proferido em caso muito similar ao presente, o que permite adotar aqui as mesmas conclusões a que lá se chegou.

25. Naquele caso, o laudo pericial no sentido da isenção de insalubridade foi homologado pelo DPME em 17/11/2009, os servidores interessados foram intimados do laudo em 30/4/2010⁷ e apenas em 20/10/2010 foi publicada a Resolução do Procurador Geral considerando cessados os efeitos das Resoluções que concederam o adicional de insalubridade aos servidores.⁸

26. Naquele processo, os servidores foram cientificados do laudo antes da publicação da Resolução PGE determinando a cessação do pagamento do adicional. Apesar disso, a parecerista concluiu que os servidores deviam ser dispensados da reposição dos valores indevidamente recebidos entre **a data da homologação do laudo e a data da publicação da Resolução PGE**. De fato, afirmou:

4 Despacho Normativo 1/86: *“Decido, em caráter normativo, autorizar os Secretários de Estado, ouvidas a Secretaria de Administração e a Procuradoria Geral do Estado, desde que provada a boa-fé do funcionário ou servidor, a dispensar a reposição de vantagem paga e posteriormente considerada indevida, em virtude de alteração de critério jurídico pelo órgão competente.”*

5 De lavra da Procuradora do Estado Dra. Patrícia Ester Fryszman.

6 Entendeu a parecerista que jamais houve alteração de critério jurídico em relação à matéria, que viabilizasse a aplicação do Despacho Normativo do Governador de 31/1/86.

7 Em que pese tenham se recusado a dar recebido da cópia do laudo, que lhes foi entregue, cf. item 4 do parecer.

8 Itens 2, 3, 4 e 5 do parecer, cf. fls. 105/106.

“16. Não divisamos, no presente caso, indícios de haverem os peticionários agido com má-fé ou praticado conduta equiparável à declaração falsa ou omissão intencional.

17. Assim sendo, curvando-nos à orientação aprovada no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, consideramos possam ser os requerentes dispensados de restituir ao Erário os valores indevidamente recebidos a título de adicional de insalubridade no período de competência compreendido entre 17/11/09 e 20/10/2010, com fundamento em interpretação sistemático-teleológica, de efeitos extensivos, do disposto no artigo 93 da Lei 10.261/68. ...”

27. Aplicando a conclusão do parecer PA 76/2012 ao caso presente, entendo que poderá ser dispensada a reposição dos valores recebidos pelo interessado a título de adicional de insalubridade no período entre a data da homologação do laudo pelo DPME e a publicação da Resolução PGE que determinou a cessação do adicional de insalubridade.

28. Poder-se-ia argumentar que o referido parecer PA 76/2012 não enfrentou expressamente o problema aqui discutido: se a ciência da homologação do laudo pelo interessado em momento anterior à publicação da Resolução faz cessar sua boa-fé quanto ao recebimento indevido do adicional de insalubridade. Deu como certo que a autorização para a dispensa de reposição poderia abranger desde o período da homologação do laudo pelo DPME até a publicação da Resolução que fez cessar o pagamento do adicional.

29. Apesar disso, entendo que a posição assumida no parecer PA 76/2012 deve ser mantida para os casos a ele análogos, como o presente.

30. Ao ter ciência do documento de fls. 68, o interessado apenas foi informado de que o laudo pericial homologado pelo DPME concluiu que a atividade do servidor e a sua unidade não estão sob condições insalubres. Não teve conhecimento de um ato administrativo determinando a cessação do adicional, até porque esse ato, **de competência do Procurador Geral do Estado**, ainda não havia sido tomado.

31. De fato, a competência para a concessão do adicional de insalubridade foi conferida aos Secretários de Estado e aos Superintendentes de Autarquias pelo artigo 3º do Decreto nº 51.782, de 27/4/2007, nos seguintes termos:

“Artigo 3º - Aos Secretários de Estado e aos Superintendentes de Autarquias compete conceder, à vista dos laudos técnicos de que trata o artigo anterior, o adicional de insalubridade aos respectivos servidores, mediante publicação de relação nominal.

Parágrafo único – Os títulos dos servidores abrangidos na relação de que trata o ‘caput’ deste artigo serão apostilados pela autoridade competente.”

32. Se cabe aos Secretários de Estado a concessão do adicional, cabe-lhes também cessar o pagamento da vantagem, à vista dos laudos técnicos homologados pelo DPME.

33. Antes que sobrevenha o ato da autoridade competente no sentido da cessação do adicional, no caso a Resolução do Procurador Geral do Estado, a perda do benefício é apenas uma possibilidade, ainda que alta, para o servidor. Por isso, antes de o servidor ter ciência desse ato administrativo, parece-me que dele não seria exigível a consciência de que o recebimento dos valores é ilegal, devendo ser restituídos.

34. Ademais, no caso presente há outros fatos que reforçam a existência da boa-fé do servidor até a publicação da Resolução do Procurador Geral do Estado determinando a cessação da vantagem.

35. Após perceber o adicional de insalubridade por mais de quatorze anos (cf. fls. 41), o interessado teve ciência, em fevereiro de 2013, de que o DPME considerou não haver condição de insalubridade em suas atividades e na unidade em que atua. Na mesma ocasião, interpôs recurso fundado no artigo 11 da Lei Complementar Estadual 432/85⁹, alegando que exerce a mesma atividade que exercia à época da concessão da insalubridade, tendo pleiteado nova perícia.

36. Em que pese o recurso do interessado não tenha sido recebido no efeito suspensivo, o fato de tê-lo interposto, aliado ao fato de que vinha percebendo o benefício desde 2001 e que ainda não havia sido editado o ato do Procurador Geral do Estado fazendo cessar o adicional me convencem de sua boa-fé, mesmo após a ciência da homologação do laudo pericial.

37. Assim, interpretando extensivamente o disposto no artigo 93 da Lei 10.261/68, à luz dos princípios da segurança jurídica e da intangibilidade dos créditos de natureza alimentar¹⁰, entendo que se pode autorizar a dispensa

9 **Artigo 11** - Caberá ao funcionário ou servidor interpor recurso junto à Comissão Permanente de Insalubridade CPI, sempre que se considerar prejudicado nos direitos assegurados nesta lei complementar.

10 Sobre esse tema, v. parecer PA 60/2010, de lavra do Procurador do Estado Dr. Elival da Silva Ramos, ao concluir que a preservação de situações jurídicas constituídas de boa-fé constitui autêntico princípio geral de direito, podendo ser deduzido de diversas disposições constitucionais, em especial do princípio da moralidade administrativa. E quanto à intangibilidade dos créditos de natureza alimentar, afirmou: “27. De outra parte, a intangibilidade dos créditos de natureza alimentar já percebidos também pode ser caracterizada como princípio constitucional implícito, sendo dedutível do princípio da dignidade da pessoa humana (art.

dos valores percebidos pelo interessado até a publicação da Resolução do Procurador Geral do Estado, quando se tornou inequívoca a cessação do adicional.

Submeto à consideração superior.

GPG, 18 de agosto de 2.015.

TELMA DE FREITAS FONTES
Procuradora do Estado Assistente

1º, III, da CF) e, sobretudo, do princípio da valorização do trabalho (arts. 1º, IV, e 170, caput, da CF), enquanto atividade viabilizadora do sustento material dos seres humanos. ...”

Proc. Adm.	GDOC 1000082-1068946/2011
Interessado	ROBERTO AMÂNCIO
Localidade	São Paulo
Assunto	Reposição de valores pagos a título de adicional de insalubridade

Aprovo o Parecer GPG 2/2015 por seus próprios fundamentos.

À Subprocuradoria da Área da Consultoria para ciência e encaminhamento à origem.

GPG., aos 19 de agosto de 2015.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador Geral do Estado

PROCESSO: 0010001001396/2014

PARECER: PA nº 2/2017

INTERESSADO: ODETE CABRAL OKUMA

EMENTA: IAMSPE – INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. Dúvida quanto à exegese do artigo 3º do Decreto-lei Estadual nº 257/1970, que estabelece o rol de contribuintes do IAMSPE. Profunda alteração da realidade fática e jurídica que circunda o diploma *in casu*, a recomendar que o artigo 3º, I, do Decreto-lei Estadual nº 257/1960 seja interpretado de maneira a albergar na categoria de contribuinte do IAMSPE todos os servidores públicos estaduais, inclusive os inativos, exceto aqueles regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e outros que não poderiam ser abrangidos à época em que definido o universo de contribuintes da Autarquia pelo referido decreto. Orientação que não alcança as leis específicas que enquadram indivíduos em situação diversa como contribuintes da Autarquia de Assistência Médica. Caso concreto em que a interessada, admitida nos termos da Lei Estadual nº 500/1974 na vigência da Lei Complementar Estadual nº 1.010/2007, deixou de ostentar a categoria de contribuinte do IAMSPE no momento em que excluída dos quadros da Administração Pública Estadual. Imperiosa alteração legislativa do diploma em tela, a fim de amoldá-lo ao contexto vigente. Precedente: Parecer PA nº 56/2015.

1. A presente consulta almeja esclarecer se uma servidora admitida nos termos da Lei Estadual nº 500/1974, na vigência da Lei Complementar Estadual nº 1.010/2007, pode preservar a qualidade de contribuinte do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual (IAMSPE) após ter sido excluída dos quadros da Administração Pública Estadual, em decorrência de aposentadoria no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

2. Extrai-se dos autos que, por meio de resolução publicada em 27 de julho de 2007, Odete Cabral Okuma foi admitida, com fundamento no artigo 1º, I,

da Lei Estadual nº 500/1974, para exercer, em caráter temporário, a função de Auxiliar de Enfermagem do Instituto Dante Pazzanese de Cardiologia (fl. 62).

3. O início do exercício de tal função deu-se aos 24 de agosto daquele mesmo ano, momento a partir do qual a interessada tornou-se contribuinte do IAMSPE (fl. 50). E, como a admissão da interessada ocorrera na vigência da Lei Complementar Estadual nº 1.010/2007, desde então Odete esteve vinculada ao RGPS (fls. 90-91).

4. Segundo o Grupo de Gestão de Pessoas da Coordenadoria de Recursos Humanos da Secretaria de Estado da Saúde, em que pese o disposto no artigo 25 da Lei Complementar Estadual nº 1.093/2009¹, por força de decisão judicial liminar proferida em sede de mandado de segurança coletivo, a servidora manteve-se no exercício das funções de Auxiliar de Enfermagem para além de julho de 2010 (fls. 90-91)

5. De acordo com o Grupo Técnico de Recursos Humanos do Instituto Dante Pazzanese de Cardiologia, foi o recebimento do Comunicado de Concessão de Aposentadoria emitido pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) em 02 de junho de 2012, informando que Odete iniciara o gozo do benefício em 15 de maio daquele ano, que ensejou a extinção do vínculo da servidora com a Administração Pública Estadual, por meio de portaria publicada aos 30 de junho de 2012 (fl. 62).

6. Diante disso, com fundamento no artigo 3º, I, do Decreto-lei Estadual nº 257/1970, que reserva a qualidade de contribuinte do IAMSPE aos servidores públicos ativos e inativos que não estejam vinculados a “regime previdenciário próprio”, entendeu-se que a partir de então também estaria extinto o vínculo entre a servidora e tal Autarquia (fls. 47 e 50).

1 Artigo 25 - **As contratações de pessoal após o advento da Lei Complementar nº 1.010, de 1º de junho de 2007, sob o regime jurídico da Lei nº 500, de 13 de novembro de 1974, estarão automaticamente extintas:** I - findo o prazo de contratação, quando a vigência tiver sido estipulada; II - **após o decurso de 12 (doze) meses, contados da data da publicação desta lei complementar, quando o prazo da vigência da contratação não tiver sido definido.** Parágrafo único - No caso de função docente, observado o § 1º do artigo 7º desta lei complementar e o artigo 11 da Lei Complementar nº 836, de 30 de dezembro de 1997, as contratações a que se refere o “caput” deste artigo estarão automaticamente extintas após 2 (dois) anos letivos subsequentes ao que estiver em curso na data da publicação desta lei complementar.

7. Insatisfeita, Odete Cabral Okuma dirigiu notificação extrajudicial à Secretaria de Estado da Saúde, solicitando o reconhecimento do direito à assistência médica do IAMSPE, na qualidade de servidora pública aposentada (fls. 02-05).

8. Ao analisar tal pleito, a Consultoria Jurídica que serve ao IAMSPE, por meio do Parecer CJ/IAMSPE nº 646/2014² (fls. 95-127), defendeu que o artigo 3º, I, do Decreto-lei Estadual nº 257/1970 deveria ser interpretado à luz das normas constitucionais que cuidam do Regime Próprio de Previdência Social, concluindo que a interessada faria jus ao reconhecimento da qualidade de contribuinte da indigitada Autarquia.

9. O opinativo foi instruído com a Nota Técnica emitida pela Unidade Central de Recursos Humanos (UCRH), “em atenção à consulta formulada pelo Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE com relação à obrigatoriedade do servidor detentor exclusivamente de cargo em comissão ser contribuinte obrigatório ou não do referido instituto”, da qual se extrai (fls. 119-122):

[...] partindo do princípio da intenção do legislador, à época, e trazendo a matéria para os tempos atuais, adotamos o seguinte entendimento, até que advenham manifestações em contrário:

Servidores regidos pela CLT – não são contribuintes do IAMSPE, por não terem sido contemplados pelo Decreto-lei nº 257/70;

Servidores regidos pelo Estatuto – são contribuintes obrigatórios do IAMSPE, por terem sido contemplados pelo Decreto-lei nº 257/70, inclusive os comissionados que, muito embora sejam contribuintes do regime geral de previdência social – RGPS, continuam regidos pelo mesmo estatuto, ou seja, pela Lei nº 10.261/68. Ficam incluídos nessa condição os servidores admitidos pela Lei nº 500/74, abarcados pela Lei nº 1.010/07.

10. Aprovado, o parecer foi encaminhado à Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria que, acolhendo proposta nele veiculada, remeteu os autos a esta Especializada, para análise e manifestação (fl. 128).

11. Examinando o feito, a Procuradoria Administrativa, no Parecer PA nº 56/2015³, considerou necessária a devolução dos autos ao IAMSPE para diligências (fls. 129-135). Confira-se:

2 Parecerista Dra. DEISE CAROLINA MUNIZ REBELLO.

3 Parecerista Dra. LUCIANA R. L. SALDANHA GASPARINI.

Dado que a análise da consulta formulada nestes autos pode gerar reflexos em relação aos servidores públicos ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão, considero relevante compreender o tratamento que o IAMSPE tem conferido aos mesmos, informando-se, em especial, se são considerados contribuintes e qual o procedimento após sua aposentadoria, vez que inseridos no Regime Geral de Previdência Social.

12. Em resposta, a Autarquia anexou ao expediente um quadro do qual se extrai o entendimento de que, tais quais os servidores admitidos nos termos da Lei Estadual nº 500/1974 após o advento da Lei Complementar Estadual nº 1.010/2007, os servidores ocupantes de cargo em comissão ficariam vinculados ao IAMSPE enquanto em atividade, despidendo-se da qualidade de contribuintes da Autarquia assim que aposentados no âmbito do RGPS (fl. 138).

13. Ato contínuo, os autos retornaram à Procuradoria Administrativa para manifestação (fl. 139).

Feito o relato do essencial, passo a opinar.

14. Em resumo, o parecer em tela pretende elucidar se Odete Cabral Okuma, ex-servidora pública cujo vínculo com o Instituto Dante Pazzanese de Cardiologia foi rompido logo após aposentadoria no âmbito do RGPS, faz jus à manutenção da qualidade de contribuinte do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual.

15. Consoante referido pelas pareceristas pré-opinantes, a questão proposta envolve a interpretação do disposto no artigo 3º do Decreto-lei nº 257/70, redigido nos seguintes termos:

*Artigo 3º - **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 os membros da Magistratura e do Ministério Público;*

II – as viúvas dos funcionários e servidores referidos no item anterior.

- Incisos I e II com redação dada pela Lei nº 2.815, de 23/04/1981.

Parágrafo único – As viúvas e os inativos poderão solicitar, a qualquer tempo, respectivamente, do falecimento do contribuinte e de sua aposentadoria, o cancelamento da inscrição como contribuinte.

- Parágrafo único com redação dada pela Lei nº 10.504, de 07/02/2000. (destaquei e grifei.)

16. Só o fato de tal dispositivo figurar em diploma que conta mais de 40 anos de vigência⁴ já anuncia o desafio interpretativo que oferece ao aplicador da norma, forçando a amoldá-la a uma realidade consideravelmente distinta daquela para a qual foi criada.

17. Não bastasse isso, no caso da norma em foco, as quatro décadas passadas desde o início de sua vigência trouxeram ainda mais uma dificuldade ao intérprete: conferiram a uma das expressões por ela utilizadas sentido absolutamente diverso daquele que vigorava no contexto em que editada.

18. Com efeito, de acordo com o artigo 3º do Decreto-lei Estadual nº 257/1970, são contribuintes do 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, excetuando-se os que tenham regime previdenciário próprio e os membros da Magistratura e do Ministério Público; II – as viúvas de tais contribuintes.

19. Ao se referir a “funcionários”, vocábulo abandonado pela Constituição Federal de 1988, o legislador estadual pretendeu aludir aos indivíduos regidos pelo Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo (Lei Estadual

4 Note-se que as alterações imprimidas na norma pelas Leis Estaduais nº 2.815/1981 e 10.504/2000 não foram capazes de modificar a diretriz geral traçada pelo artigo 3º do Decreto-lei Estadual nº 257/1970, no que tange à definição dos contribuintes do IAMSPE. Eis a redação original do dispositivo: “Artigo 3º - **Consideram-se contribuintes do IAMSPE:**

I - **os servidores públicos estaduais, inclusive o inativos**, dos Poderes Executivos e suas Autarquias, Legislativo e Judiciário, **excetuando-se os que tenham regime previdenciário próprio**;

II - as viúvas dos servidores referidos no item anterior.

§ 1º - As viúvas e os inativos poderão solicitar no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, respectivamente, do falecimento do contribuinte, e de sua aposentadoria, o cancelamento de sua inscrição como contribuinte.

§ 2º - Para os atuais inativos e viúvas, o prazo previsto no parágrafo anterior contar-se-á da data da publicação deste decreto-lei.

§ 3º - Os inativos anteriores à vigência da Lei nº 3.819, de 5 de fevereiro de 1957, deverão completar as contribuições devidas, a partir daquela data, na forma estabelecida pela Administração do IAMSPE, sem prejuízo dos descontos necessários, imediatamente após a publicação deste decreto-lei.

§ 4º - O período de carência será sustado para aqueles que ora o estão cumprindo, ficando obrigados ao pagamento do restante do débito na forma estabelecida pela Superintendência do IAMSPE sem prejuízo dos descontos devidos, a partir da publicação deste decreto-lei” (destaquei e grifei).

nº 10.261/1968), pessoas legalmente investidas em cargos públicos, efetivos ou comissionados, no âmbito da Administração Direta⁵⁻⁶.

20. E, ao mencionar “servidores públicos”, decerto almejou qualificar como contribuintes do IAMSPE todos os indivíduos que prestam serviços à Administração Paulista com vínculo empregatício, exercendo função pública em todos os Poderes, na Administração Direta e Indireta⁷.

21. Ou seja, a leitura do primeiro trecho do inciso I do artigo 3º do Decreto-lei Estadual nº 257/1970 já revela ao intérprete que a intenção do legislador era garantir assistência médica e hospitalar à generalidade dos servidores públicos paulistas, estendendo o benefício para além da aposentadoria destes ao qualificar como contribuintes do IAMSPE “inclusive os inativos”.

22. Todavia, o dispositivo contém importante ressalva, sede do principal desafio exegético a ser vencido pelo aplicador da norma: exclui da categoria de contribuintes do IAMSPE os indivíduos “que tenham regime previdenciário próprio”.

23. Ora, como sabido, atualmente, o termo “regime próprio de previdência” designa o regime previdenciário assegurado aos “servidores titulares de cargos

5 Eis o que dispõe o Estatuto: “Artigo 2º - As disposições desta lei não se aplicam aos empregados das autarquias, entidades paraestatais e serviços públicos de natureza industrial, ressalvada a situação daqueles que, por lei anterior, já tenham a qualidade de funcionário público.

Parágrafo único - Os direitos, vantagens e regalias dos funcionários públicos só poderão ser estendidos aos empregados das entidades a que se refere este artigo na forma e condições que a lei estabelecer. Artigo 3º - Funcionário público, para os fins deste Estatuto, é a pessoa legalmente investida em cargo público”.

6 De acordo com MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: “Na vigência da Constituição anterior, utilizava-se a expressão **funcionário público** para designar o atual servidor estatutário. A expressão mantém-se em algumas leis antigas, como é o caso da Lei paulista nº 10.261, de 28-10-68, que institui o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, ainda em vigor, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 942, de 6-6-2003. Essa categoria só existia na Administração Direta (incluindo Executivo, Judiciário e Legislativo), pois apenas ele ocupava cargo público criado por lei e se submetia ao Estatuto; os servidores autárquicos ou tinham regime estatutário próprio ou se submetiam à CLT, sendo seus cargos criados pelo Poder Executivo” (*Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 516).

7 Também segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos” (Op. cit., p. 513).

efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações”⁸.

24. Entretanto, cumpre ter em vista que o emprego dessa expressão em tal sentido é bastante recente, remontando à segunda metade da década de 1990. Atente-se que, no plano constitucional, o termo “regime próprio de previdência” foi utilizado pela primeira vez com o advento da Emenda Constitucional nº 20/1998⁹ e, no plano legal, os primeiros diplomas a empregá-lo foram a Lei Federal nº 9.506/1997, que extinguiu o Instituto de Previdência dos Congressistas, e a Lei nº 9.717/1998, que dispôs sobre “regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores da União, dos Estados, do Direito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal”.

25. No âmbito estadual, o termo “regime próprio de previdência” foi utilizado, pela primeira vez, no Decreto Estadual nº 46.538/2002, que, em observância à Lei nº 9.717/1998, efetuou algumas alterações na legislação de regência da Caixa Beneficente da Polícia Militar e do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo. Em seguida, foi contemplado na Lei Estadual nº 11.332/2002, a Lei Orçamentária de 2003.

26. Nem o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, nem a Lei Complementar Estadual nº 180/1978, que “dispõe sobre a instituição do Sistema de Administração de Pessoal”, valem-se da indigitada expressão. Quando muito, este último diploma faz menção ao “regime previdenciário do Estado” para referir-se ao antigo “regime de pensão mensal” até então disciplinado pela Lei Estadual nº 4.832/1958, o qual não se confunde com o que atualmente denominamos “regime próprio de previdência”¹⁰.

8 Artigo 40, *caput*, da Constituição Federal.

9 A EC nº 20/1998 conferiu ao artigo 201, § 5º, da CF/1988 a seguinte redação: “§ 5º É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência”.

10 Interessante observar que nem a Lei Complementar Estadual nº 269/1981, que disciplinava “o *cômputo*, para efeito de aposentadoria nas condições que estabelece, do tempo de serviço prestado em atividade vinculada ao regime previdenciário federal pelos funcionários e servidores da Administração Pública Estadual”, fazia referência à existência de um “regime próprio”, aludindo apenas ao “regime de pensão mensal instituídos pelas Leis nº 4.832/1958 e 452/1974”. Além disso, esse diploma alude ao RGPS como “regime de previdência social urbana”, expressão utilizada à época para denominar o regime de previdência dos trabalhadores em geral.

27. Deveras, o Regime Próprio de Previdência tal qual o conhecemos hoje é produto da reforma veiculada pela Lei nº 9.717/1998, que padronizou as regras para o funcionamento da previdência dos servidores públicos, e pela Emenda Constitucional nº 20/1998, que, dentre outras mudanças, conferiu caráter contributivo ao sistema. Até então inexistia um regime previdenciário propriamente dito¹¹, organizado sob regras uniformes: a concessão de benefícios previdenciários pelos diversos entes públicos seguia diretrizes que destoavam entre si¹², em regra independia de contrapartida financeira¹³ e muitas vezes alcançava indivíduos que, do ponto de vista técnico, nem sequer poderiam ser qualificados como servidores públicos¹⁴.

28. Daí que se afigura imperioso concluir que, ao utilizar a expressão “regime de previdência próprio”, o artigo 3º do Decreto-lei nº 257/1970 não almejou aludir ao “regime próprio de previdência” hoje disciplinado no artigo 40 da Lei Maior. E, seguindo as lições de CARLOS MAXIMILIANO¹⁵, para quem “*se mudou, com o tempo, o sentido da palavra, prefere-se o da época em que foi o texto redigido em caráter definitivo, e não daquela em que é interpretado*”¹⁶,

11 Segundo ILÍDIO NEVES, “A palavra regime tem fundamentalmente o sentido de conjunto ordenado, coerente e sistematizado de normas ou regras jurídicas, que enquadram no plano jurídico determinadas situações, em que certas pessoas se podem encontrar, tendo em vista a prossecução de objetivos precisos de natureza protectora” (*Direito da segurança social: princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 655).

12 Não havia uniformidade quanto ao rol de beneficiários, e a forma de contagem do tempo necessário à aquisição do direito à aposentadoria variava de um ente federado para outro, por exemplo.

13 No Estado de São Paulo, a contribuição previdenciária mensal para custeio das aposentadorias foi instituída pela Lei Complementar Estadual nº 943, de 23 de junho de 2003, e começou a ser efetivamente cobrada a partir de 23 de setembro daquele ano. Até aquele momento, os servidores contribuía apenas para sustentar o sistema de pensão por morte.

14 A legislação paulista chegou a prever a possibilidade de ex-servidores e ex-militares desvinculados da Administração Pública Estadual persistirem na qualidade de segurados da “previdência estadual” como “contribuintes facultativos”, com o escopo de assegurar pensão por morte a seus dependentes (artigos 135 da Lei Complementar Estadual nº 180/1978 e 33 da Lei Complementar Estadual nº 452/1974).

15 *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 89.

16 Na mesma linha, leciona KARL LARENZ: “Há-de partir-se, ao averiguar o possível e aqui, porventura, decisivo sentido literal, do uso linguístico ao momento do surgimento da lei ou do uso no presente? O legislador parte do uso linguístico do seu tempo. Se se

de rigor perquirir qual a aceção conferida, nos idos de 1970, ao termo sob estudo.

29. Neste ponto, cabe lembrar que o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa define o vocábulo “próprio” como “inerente, peculiar, típico”, a indicar que, com o uso de tal expressão, o legislador poderia estar aludindo a um “regime de previdência específico”, diverso daquele que socorria à generalidade dos servidores públicos estaduais.

30. A reforçar tal ilação, pesquisa realizada no sítio eletrônico da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo com a expressão “regime próprio” retornou três normas anteriores à Constituição Federal de 1988: o Decreto Estadual nº 5.655/1975, que dispunha “sobre a admissão de servidores autárquicos na Universidade Estadual de Campinas, em regime próprio de trabalho”; o Decreto Estadual nº 40.929/1962, que disciplinava “a admissão de servidores autárquicos na Universidade de São Paulo, em regime próprio de trabalho”; e o Decreto-lei nº 14.130/1944, que regulamentava a Escola de Educação Física da Força Policial do Estado, estabelecendo que “o Comandante é o principal responsável pela administração, disciplina, instrução e ensino da Escola, cabendo-lhe as atribuições de Comandante de Corpo, no que for compatível com o regime próprio do Estabelecimento”. Ora, nos três diplomas, é evidente que o termo “regime próprio” foi utilizado como sinônimo de “regime específico”, ou de “outro regime”.

31. Na mesma toada, a exposição de motivos encartada ao projeto que frutificou no Decreto-lei Estadual nº 131/1969, o qual até ser revogado pelo Decreto-lei Estadual nº 257/1970 dispôs “sobre os contribuintes do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual”, contemplando dispositivo análogo ao ora analisado¹⁷, também recomenda que o termo “regime de previdência próprio” seja compreendido como sinônimo de “regime de

trata de um termo da linguagem técnico-jurídica, que o legislador usou no sentido em que era entendido no seu tempo, há que partir do significado de então do termo. Se se partisse, sem mais, do significado actual, haveria provavelmente de se falsear a intenção do legislador” (*Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 389).

17 Eisa redação do artigo 1º do Decreto-lei Estadual nº 131/1969: “Artigo 1º - Consideram-se contribuintes do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE: I - **Os servidores públicos estaduais, inclusive os inativos, dos Poderes Executivo e suas Autarquias, Legislativo e Judiciário, excetuando-se os que tenham regime previdenciário próprio**. II - As viúvas dos servidores referidos no item anterior. [...]” (destaquei e grifei).

previdência específico”, diverso daquele garantido aos servidores estaduais em geral. De fato, ao justificar alterações propostas quanto ao rol de beneficiários do IAMSPE, o autor do projeto asseverou: “*objetiva-se, assim, a excluir do IAMSPE a prestação de serviços médico-hospitalares da atribuição de outros órgãos de previdência social predominantemente do âmbito federal, hoje unificados no INPS*” (destaquei).

32. Noutros termos: o diploma em questão, assim como aquele que o precedeu, almejava garantir assistência médico-hospitalar aos servidores públicos em geral e a seus dependentes, mas não àqueles que se enquadrassem em regime de previdência diverso, fundamentalmente o regime então administrado pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

33. A *ratio* dessa opção legislativa pode ser facilmente inferida da nota técnica emitida pela UCRH (fls. 119-122). Confira-se:

Na época da edição do Decreto-lei nº 257/70, os servidores regidos pela CLT eram amparados pelo INAMPS [*rectius*: INPS¹⁸], ou seja, por um sistema que englobava previdência com assistência médica. Assim, naquela época, “os que tenham regime previdenciário próprio” eram os servidores contratados pela Consolidação das Leis do Trabalho, submetidos ao sistema previdenciário existente, ou seja, o atual Regime Geral de Previdência Social.

34. A valer, naquela época, a proteção à saúde do trabalhador da iniciativa privada configurava direito umbilicalmente relacionado ao direito à previdência, reconhecido apenas aos indivíduos vinculados ao Instituto Nacional de Previdência Social – INPS¹⁹. O artigo 22 da Lei nº 3.807/1960, a Lei Orgânica da Previdência Social que vigorava quando da publicação do Decreto-lei Estadual nº 257/1970, incluía a assistência médica entre as prestações asseguradas pela previdência social do trabalhador urbano.

35. Considerando esse contexto, não é difícil deduzir que, quando o artigo 3º, I, do Decreto-lei Estadual nº 257/1970 ganhou vigência, a exceção prevista em sua parte final intentava excluir da categoria de contribuinte do IAMSPE os servidores que, por estarem vinculados ao regime de previdência dos trabalhadores

18 O INAMPS, Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, foi criado em 1977 pela Lei Federal nº 6.439.

19 FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM ensina que “[...] em períodos anteriores à Constituição de 1988, a proteção à saúde não configurava um direito universal, como hoje. Deveria o trabalhador contribuir para a manutenção do regime, e assim fazia em conjunto com a previdência social” (*Curso de Direito Previdenciário*. Niterói: Impetus, 2015. p. 8-9).

urbanos, já faziam jus à assistência médica. É dizer, **com o emprego do termo “regime de previdência próprio” não se almejava aludir efetivamente ao fato de o servidor estar submetido a outro regime previdenciário, mas, sim, à circunstância de já estar amparado por assistência médica específica. O vínculo do servidor ao INPS apenas foi considerado fator relevante para o legislador estadual na medida em que indicava garantia de proteção à saúde em outro âmbito, a tornar desnecessário o fornecimento de assistência médica pelo IASMPE.**

36. Ocorre que, como adrede anunciado, no longo período transcorrido desde que o artigo 3º do Decreto-lei Estadual nº 257/1970 ganhou vigência, a realidade por ele tutelada assumiu contornos bastante distintos.

37. De fato, com a Constituição de 1988, o direito à saúde adquiriu caráter universal, passando a ser garantido a todo e qualquer indivíduo, independentemente da existência ou não de vínculo previdenciário²⁰. Quanto ao assunto, FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM leciona²¹:

Atualmente, a saúde tem organização totalmente distinta da previdência social. Após a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, as ações nesta área são agora de responsabilidade direta do Ministério da Saúde, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS.

Ainda que seja comum a confusão entre a previdência e a saúde, não há que se confundir estes componentes da seguridade social. O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, responsável pela previdência social brasileira, não tem qualquer responsabilidade com hospitais, casas de saúde e atendimento na área de saúde em geral.

A saúde é segmento autônomo da seguridade social, com organização distinta. Tem o escopo mais amplo de todos os ramos protetivos, já que não possui restrição à sua clientela protegida – **qualquer pessoa tem direito ao atendimento providenciado pelo Estado** – e, ainda, não necessita de comprovação de contribuição do beneficiário direto. (destaquei.)

38. Nesse cenário, cumpre reconhecer que a interpretação do artigo 3º do Decreto-lei Estadual nº 257/1970 tornou-se sobremaneira tormentosa. **Ora,**

20 Eis o que consta do artigo 196 da Lei Maior: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

21 Op. cit., p. 8.

como entender uma norma que pretendeu qualificar como contribuinte do IAMSPE todos os servidores, excetuados aqueles que já faziam jus à assistência médica, em uma realidade na qual todos os indivíduos, sem distinção, passaram a ter direito à assistência médica prestada pelo Estado? O sentido originário do dispositivo não teria se esvaído desde o advento da nova ordem constitucional?

39. KARL LARENZ, ao abordar os reflexos da “alteração da situação normativa”²² sobre a exegese das normas, ensina que, quando o “escopo originário” do legislador “se tornou intangível ou se desvaneceu”:

“Então há-de logo perguntar-se se a lei é capaz de cumprir outro fim racional nos quadros da ordem jurídica actual e atendendo às relações actuais. Se não for esse o caso, quer dizer, se a aplicação da lei vier a conduzir a um resultado completamente destituído de fim e de sentido, dentro das relações actuais, então a lei é inaplicável. Para este caso extremo vale o brocardo ‘*cessante ratione legis cessat lex ipsa*’. Uma tal situação pode ocorrer se uma norma foi estatuída precisamente com vista a determinadas relações, que ocorrem temporariamente, e que deixaram já de subsistir. Em contrapartida, **quando é ainda pensável um fundamento ou fim racional para uma norma, mesmo que não seja o do legislador histórico, esta continua a ser aplicável com uma interpretação que se lhe adegue**”²³ (destaquei).

40. Por óbvio, não há que se cogitar da inaplicabilidade de um dispositivo que constitui a pedra fundamental sobre a qual o Instituto de Assistência Médica do Servidor Público Estadual está há décadas alicerçado, vocacionado a garantir proteção à saúde à generalidade dos servidores paulistas e seus familiares. Como bem adverte o sempre mencionado CARLOS MAXIMILIANO²⁴:

22 Este fenômeno é descrito pelo doutrinador nos seguintes termos: “De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com isso, frequentemente, a uma modificação de interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa. Trata-se a este propósito de que as relações fáticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se ‘ajustar’ às novas relações. É o fator temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; o que no momento da génese da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar” (Op. cit., p. 421-422).

23 Op. cit., p. 422.

24 Op. cit. p. 136.

Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um *absurdo*, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que tome aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo.

[...] Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduza a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade.

41. Assim, ainda que perplexo, cabe ao intérprete seguir adiante à procura de parâmetros exegéticos que permitam dar concretude à norma em estudo.

42. Antes, porém, recomendável recordar duas importantes conclusões a que se chegou até o momento: primeiro, a referência a outro regime previdenciário, posta na parte final do dispositivo, não deve ser tomada em sua literalidade, eis que jamais integrou propriamente a *intentio legis*²⁵; depois, a finalidade ínsita à exceção prevista no dispositivo no momento histórico no qual ganhou vigência, que era retirar da seara protetiva do IAMSPE os servidores que já faziam jus à assistência médica, há de ser descartada na medida em que absolutamente descolada da realidade atual.

43. Excluídos esses parâmetros interpretativos, cumpre voltar os olhos ao passado em busca de algum critério que, tendo servido para definir os contribuintes do IAMSPE quando da edição da norma em tela, mantenha-se incólume até os dias de hoje.

44. Curial, então, observar que, quando o artigo 3º, I, do Decreto-lei Estadual nº 257/1970 estabeleceu que seriam contribuintes do IAMSPE “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”, na prática, excluiu da esfera protetiva do IAMSPE basicamente os servidores vinculados ao INPS que, na época, eram apenas aqueles regidos pela CLT²⁶. Tem-se, portanto, que tal Autarquia foi estruturada sob a premissa de que atenderia todos os servidores

25 Lembre-se: ao mencionar “regime de previdência próprio”, o legislador quis aludir a “assistência médica própria”.

26 Deveras, naquele momento histórico e até o advento da EC nº 20/1998, os ocupantes de cargos comissionados eram vinculados à previdência estadual, assim como os servidores regidos pela Lei nº 500/1974.

estaduais, mas não os celetistas. Era este o sentido prático da norma no exato momento em que ganhou vigência.

45. Não se ignora que, depois da edição do diploma em tela, novas leis estabeleceram outros contribuintes para o IAMSPE, chegando a incluir nessa categoria certos servidores celetistas, além de indivíduos que nem sequer poderiam ser considerados servidores públicos no sentido técnico. Acerca do ponto, a i. Procuradora do Estado, Dra. DEISE CAROLINA MUNIZ REBELLO, discorreu com maestria no bojo do Parecer CJ/IAMSPE nº 646/2014:

[...] O IAMSPE, Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual, tem sua finalidade e organização básica definidas no Decreto-lei nº 257/70. A finalidade institucional do IAMSPE é prestar assistência médica e hospitalar aos contribuintes e beneficiários do IAMSPE, sujeitos estes definidos no artigo 3º do Decreto-lei nº 257/70 e em outras leis estaduais, como é o caso da **Lei nº 500/74**, que trata da contratação de servidores temporários e estabelece a contribuição compulsória para IAMSPE²⁷; da **Lei nº 4.123/1984**, que estabelece a faculdade de inscrição dos ex-deputados da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo; da **Lei nº 9.527/1997**, que estabelece a faculdade de inscrição dos ex-combatentes brasileiros da Segunda Guerra Mundial e seus dependentes; da **Lei nº 9.978/1998**, que estabelece a faculdade de inscrição dos Revolucionários de 1932 e seus dependentes; da **Lei nº 11.456/2003**, que estabelece a inscrição facultativa dos servidores ativos e inativos do próprio IAMSPE (os quais são empregados públicos sob regime jurídico da CLT e se aposentam pelo INSS); da **Lei Complementar nº 539/1988**, que estabelece a contribuição para o serventuário. (destaquei)

46. Evidentemente, os diplomas citados devem ser observados enquanto vigentes, autorizando a inclusão dos indivíduos neles contemplados na categoria de contribuintes do IAMSPE. Mas, de toda sorte, pode-se afirmar com segurança que, **no momento em que editado o Decreto-lei Estadual nº 257/1970, este diploma albergou os servidores públicos estaduais em geral, mas não os**

27 Artigo 44 — Os servidores regidos por esta lei serão contribuintes obrigatórios do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo (IPESP) e do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual (IAMSPE), nas mesmas bases e condições a que estão sujeitos os funcionários, fazendo jus a idênticos benefícios a estes concedidos. Parágrafo único — O disposto neste artigo, a critério da Administração, poderá ser aplicado ao pessoal que vier a ser admitido no regime trabalhista na forma prevista no artigo 3º. (NR)

regidos pela CLT²⁸ nem outros que porventura pudessem se socorrer de assistência médica específica fornecida em decorrência de seu regime de trabalho²⁹.

47. Creio que dessa constatação seja viável extrair o único parâmetro interpretativo seguro para a aplicação da norma em tela e então concluir que **são contribuintes do IAMSPE, nos termos do artigo 3º, I, do Decreto-lei Estadual nº 257/1970, os servidores públicos estaduais, inclusive os inativos, potencialmente abrangidos à época em que tal decreto definiu o universo de contribuintes da Autarquia, o qual não inclui, como nunca incluiu, servidores celetistas ou mesmo, para citar outro caso, os temporários regidos pela recente Lei Complementar Estadual nº 1.093/2009.**

48. Com isso, abandona-se o sentido original da norma, hoje sem qualquer respaldo na realidade, para render homenagem ao sentido prático inerente ao dispositivo. Segue-se ainda assim a trilha do método teleológico de interpretação, elegendo um *telos* que, embora coadjuvante no momento da edição da norma, exsurge como o único viável na atualidade.

49. Fixado esse entendimento, parte-se para a análise do caso concreto submetido à consulta: a situação de Odete Cabral Okuma que, tendo sido admitida pelo Instituto Dante Pazzanese de Cardiologia nos termos da Lei Estadual nº 500/1974 na vigência da Lei Complementar Estadual nº 1.010/2007, foi excluída dos quadros da Administração Pública Estadual logo após aposentadoria no âmbito do RGPS.

50. Ora, na qualidade de servidora admitida pela Lei Estadual nº 500/1974, é certo que Odete Cabral Okuma integrou a categoria de contribuintes do IAMSPE³⁰. Contudo, **no momento em que foi excluída dos quadros da Administração Estadual, tendo perdido a qualidade de servidora pública, deixou de enquadrar-se tanto no artigo 44 da Lei Estadual nº 500/1974 quanto no artigo 3º, I, do Decreto-lei Estadual nº 257/1970.**

28 Aliás, o advento da Lei Estadual nº 11.456/2003, que permitiu aos servidores celetistas do IAMSPE inscreverem-se como contribuintes da Autarquia, constitui prova cabal de que os empregados públicos estaduais jamais integraram tal categoria.

29 Importante recordar que, já naquela época, os policiais militares paulistas estavam amparados por assistência médica garantida pela Cruz Azul de São Paulo, nos termos do Decreto Estadual nº 7.158/1935.

30 O artigo 44 da Lei Estadual nº 500/1974 c/c o artigo 3º, I, do Decreto-lei Estadual nº 257/1970 não autorizam conclusão diversa.

51. Note-se que não foi a aposentadoria na seara do RGPS que ocasionou a exclusão da interessada do âmbito de proteção do IAMSPE, mas, sim, o ato posterior de extinção do vínculo entre a servidora e o Instituto Dante Pazzanese de Cardiologia.

52. Em verdade, a aposentadoria no âmbito do INSS não tem nenhuma relevância para a definição da condição de contribuinte do IAMSPE. O que determina essa condição, por força do dispositivo de lei examinado, é o vínculo com o Estado que, na inatividade, faz-se com a entidade estadual gestora do Regime Próprio de Previdência Social. Quanto à interessada, que não preservou tal vínculo, decerto não pode ser considerada servidora pública inativa do Estado; é simplesmente ex-servidora, aposentada do INSS.

53. Por todo o exposto, conclui-se: (i) o artigo 3º, I, do Decreto-lei Estadual nº 257/1960 deve ser interpretado de maneira a albergar na categoria de contribuinte do IAMSPE todos os servidores públicos estaduais, inclusive os inativos, excetuados aqueles regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e outros que não poderiam ser abrangidos à época em que definido o universo de contribuintes da Autarquia por tal decreto; (ii) no caso concreto submetido à consulta, Odete Cabral Okuma deixou de integrar a categoria de contribuinte do IAMSPE no momento em que extinto seu vínculo com a Administração Pública Estadual.

54. Em arremate, de rigor consignar que o diploma *in casu* merece ser revisto com urgência, a fim de amoldar a disciplina do IAMSPE à realidade fática e normativa vigente³¹.

São Paulo, 11 de janeiro de 2017.

JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 249.114

31 Em pesquisa realizada na base de dados da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo é possível localizar ao menos os seguintes projetos de lei que cuidam do assunto: o Projeto de Lei nº 660/2006, o Projeto de Lei nº 134/2007, o Projeto de Lei nº 400/2010 e o Projeto de Lei nº 472/2010.

PROCESSO: GDOC nº 18488-1444053/2014

PARECER: PA nº 2/2017

INTERESSADA: ODETE CABRAL OKUMA

Ao solucionar o caso específico da ex-servidora interessada, o criterioso **Parecer PA nº 2/2017** oferece resposta ao problema aparentemente insuperável da inteligência, nos dias que correm, da cláusula “*excetuando-se os que tenham regime previdenciário próprio*” encontrada no artigo 3º, inciso I, do Decreto-lei nº 257/1970. Assim conclui:

“(i) o artigo 3º, I, do Decreto-lei Estadual nº 257/1960 deve ser interpretado de maneira a albergar na categoria de contribuinte do IAMSPE todos os servidores públicos estaduais, inclusive os inativos, excetuados aqueles regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e outros que não poderiam ser abrangidos à época em que definido o universo de contribuintes da Autarquia por tal decreto; (ii) no caso concreto submetido à consulta, Odete Cabral Okuma deixou de integrar a categoria de contribuinte do IAMSPE no momento em que extinto seu vínculo com a Administração Pública Estadual.”

Em síntese, defende a ilustre parecerista uma interpretação que prestigia, quanto possível, a eficácia do aludido preceito de lei, talhado em função de um estado de coisas que entre nós já não existe ao menos desde que a saúde, universalizada, foi separada da previdência social.

Acompanho esse entendimento, que, segundo indicam os elementos trazidos aos autos, já se reflete na prática administrativa do Estado.

Sem prejuízo da fixação de orientação jurídica no sentido proposto, enfatizo que imperativos de segurança jurídica estão a inspirar urgente alteração legislativa, como recomendado no derradeiro item do parecer.

Com essas considerações, transmitam-se os autos à análise da douta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

P.A., em 12 de janeiro de 2017.

DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

Procurador do Estado respondendo pelo expediente
da Procuradoria Administrativa

OAB/SP nº 245.540

PROCESSO nº: 0010001001396/2014

INTERESSADO: ODETE CABRAL OKUMA

**ASSUNTO: NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL – DESPACHO
G.S. Nº 4.224/2014 – SISRAD Nº 148438/2014.**

Estou de acordo com o entendimento exposto no **Parecer PA nº 02/2017**, que contou com a aprovação da Chefia da Procuradoria Administrativa.

Ao Sr. Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça opinativa.

SubG-Consultoria, 30 de janeiro de 2017.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
Subprocuradora Geral do Estado
Consultoria Geral

PROCESSO: 0010001001396/2014

INTERESSADO: ODETE CABRAL OKUMA

**ASSUNTO: NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL – DESPACHO
G.S. Nº 4.224/2014 – SISRAD Nº 148438/2014.**

1. Aprovo o **Parecer PA nº 02/2017**, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

2. Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para prosseguimento.

GPG, em 9 de fevereiro de 2017.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador Geral do Estado

Consultoria

1) **CENTROS DE CONVIVÊNCIA INFANTIL – CCI.** Decreto Estadual nº 33.174/1991, que disciplina o Programa de Centros de Convivência Infantil da Administração Pública Estadual, com o objetivo de proporcionar a prestação de serviços necessários ao acolhimento e ao atendimento de crianças de até 7 (sete) anos de idade, filhos ou dependentes legais de servidores públicos estaduais. Programa que tem por finalidade precípua a prestação de assistência aos dependentes de servidores públicos, em benefício destes, colhendo fundamento tanto nas normas que garantem proteção à criança quanto nos princípios que regem a Administração Pública, e não nos dispositivos constitucionais que impõem ao Estado o dever de educar. Ausência de repercussão direta das Emendas Constitucionais nº 53/2006 e 59/2009, que imprimiram mudanças no sistema de ensino pátrio, sobre o Decreto Estadual nº 33.174/1991. Limite etário para acolhimento nos CCIs que integram política pública estabelecida pelo Governo do Estado, cuja mudança depende de alteração do decreto vigente. **(Parecer PA nº 83/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 03/01/2017)**

2) **PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA CONCEDIDA COM LASTRO NO ARTIGO 8º, CAPUT, DA EC Nº 20/1998. CONTAGEM RECÍPROCA DE TEMPO. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO PREVIDENCIÁRIA NEGADO PELO INSS AO ARGUMENTO DE QUE O BENEFÍCIO FORA CONCEDIDO INDEVIDAMENTE.** Negativa fundada em Certidão de Contagem de Tempo que teria desconsiderado 365 dias de serviço prestados pela servidora no ano de 1987. Equívoco sem o qual restariam preenchidos todos os requisitos exigidos para aquisição do direito à aposentadoria em tela. Imperiosa devolução dos autos à origem, para reexame e eventual correção da Certidão de Contagem de Tempo de Serviço nº 102/2003. Confirmado o equívoco, a SPPREV deverá encaminhar novo pedido de compensação previdenciária ao INSS, instruído com a certidão retificada. Caso contrário, os autos deverão retornar à Procuradoria Administrativa para nova apreciação. **(Parecer PA nº 87/2016 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 16/01/2017)**

3) **SERVIDOR PÚBLICO. REPOSIÇÃO. CARGO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. POSSE. INVALIDAÇÃO.**

Atos de admissão e de nomeação baseados em documento falso. Orientação firmada na Instituição no sentido da viabilidade do ajuizamento de ação judicial para ressarcimento dos valores despendidos pelo erário e de registro no prontuário do ex-servidor da invalidação do ato de admissão, resguardando-se eventuais interesses da Administração. Proposta de manter-se a orientação outrora firmada por não haver elementos que abalem os fundamentos que sustentam os precedentes Pareceres PA nº 99 e 101, de 2000, com o aditamento da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria, e PA nº 104/2007. **(Parecer PA nº 88/2016 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 16/01/2017)**

4) SERVIDOR TRABALHISTA. FRUIÇÃO DE SALÁRIO-MATERNIDADE, AUXÍLIO-DOENÇA OU AUXÍLIO-ACIDENTE NO MOMENTO DA ADMISSÃO PARA EXERCÍCIO DE EMPREGO PÚBLICO. PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO – ARTIGO 37, II, DA CF/1988. IMPERIOSA OBSERVÂNCIA À LISTA CLASSIFICATÓRIA. O gozo de benefícios previdenciários não obsta, *per se*, o acesso ao emprego público para o qual o candidato foi aprovado. Desde que preenchidos os requisitos postos no edital de regência do certame, o candidato fará jus à contratação, ainda que esteja em licença-maternidade (licença à gestante), auxílio-doença ou auxílio-a-

cidente. Precedentes: Pareceres PA nº 194/2010, 53/2011 e 60/2015. **(Parecer PA nº 85/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 18/01/2017)**

5) PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM DE TEMPO. PERÍODO LABORADO NA CONDIÇÃO DE MENOR REEDUCANDO. Constatção de que o vínculo entre os menores reeducandos e a Administração não foi regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), conforme preceituado pelo Decreto Estadual nº 50.256/1968. Ausência de filiação ao RGPS. Incidência do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 20/1998, a autorizar a contagem do interstício como tempo de contribuição no âmbito do RPPS, nos termos do artigo 43, § 3º, da Lei nº 500/74. Proposta de revisão da orientação traçada no Parecer PA nº 103/2011 quanto ao tema. Precedentes: Pareceres PA-3 nº 126/1998 e 395/2004; Pareceres PA nº 103/2011 e 94/2014. **(Parecer PA nº 80/2016 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 06/02/2017)**

6) SERVIDOR PÚBLICO. ABONO DE PERMANÊNCIA. AFASTAMENTO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO ABONO DE PERMANÊNCIA DEVIDO A SERVIDOR CEDIDO QUE PERMANECE VINCULADO AO RPPS. Dúvida quanto à exegese do artigo 17, § 2º, do Decreto Estadual nº 52.859/2008. Aplicação do processo sistemático de interpretação, a indi-

car que o pagamento do abono de permanência deve ser feito pelo órgão cedente, o qual será reembolsado pelo órgão cessionário. Entendimento consentâneo com o disposto no artigo 86, § 3º, da Orientação Normativa MPS nº 01/2004. Precedentes: Pareceres PA nº 115/2007, 139/2007, 151/2008, 185/2010 e 109/2001. **(Parecer PA nº 03/2017 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 06/02/2017)**

7) PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. EMPREGADO PÚBLICO. Demissão a pedido no curso do processo administrativo disciplinar. Dúvida acerca da viabilidade do prosseguimento das apurações. Entendimento institucional firmado acerca do prosseguimento do processo administrativo disciplinar envolvendo servidores estatutários. Precedentes: PA-3 nº 233/92, 29/94, 329/94, 333/95. Proposta de diligência junto à Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. **(Parecer PA nº 05/2017 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 08/02/2017)**

8) CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO. NEPOTISMO. Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal. Decisões da Corte Excelsa no sentido de se afastar a incidência da Súmula Vinculante nº 13 na hipótese em que ambos são servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo. Regra

excepcionadora que pode ser estendida a servidores admitidos pelo regime da Lei 500/74 para o exercício de funções-atividade de natureza permanente. Situação equiparável a titulares de cargo efetivo para certos fins. Precedentes: despacho de aprovação parcial do Parecer PA 77/2013; Pareceres PA 33/2013, PA 66/2015. **(Parecer PA nº 08/2017 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 10/02/2017)**

9) ATO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO. PRESCRIÇÃO. ATO GERAL OU ABSTRATO. Portaria IAMSPE que alterou as jornadas de trabalho estabelecidas em diversos diplomas legislativos estaduais. Ilegalidade reconhecida no Parecer PA nº 37/2015, opinando-se pela invalidação para recomposição da ordem jurídica violada. Recomendação de anulação do ato e restabelecimento da jornada de trabalho inicialmente contratada aos empregados públicos. Atos normativos anteriores que promoveram redução de jornadas de trabalho de forma similar. Inocorrência de prescrição. Portaria do IAMSPE que configura ato normativo, com caráter geral e abstrato. Precedente: Parecer PA nº 91/2011. Ato nulo, que não gera direitos. Inaplicabilidade da teoria do fato consumado. **(Parecer PA nº 71/2016 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 13/02/2017)**

10) PREVIDENCIÁRIO. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. PRÊMIO

DE INCENTIVO (PIN) DEVIDO AOS SERVIDORES DA SECRETARIA DA SAÚDE E DAS AUTARQUIAS A ELA VINCULADAS, NOS TERMOS DA LEI ESTADUAL Nº 8.795/1994. Dúvida quanto à competência para o cumprimento de decisões judiciais que determinam o pagamento do PIN ou de seus reflexos sobre outras verbas a servidores inativos. Competência que deve ser extraída de cada título judicial, segundo

orientação do Procurador do Estado responsável pelo acompanhamento do feito. Não incidência da Resolução SS nº 01/2009, que autoriza o pagamento administrativo do PIN a inativos, sobre a SPPREV – princípio hierárquico. Precedentes: Pareceres PA nº 297/2006, 11/2010, 44/2010, 89/2010, 56/2011, 41/2013 e 02/2015. **(Parecer PA nº 07/2017 – Aprovado pela Subprocuradora Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 14/02/2017)**

Contencioso Geral

11) RESPONSABILIDADE CIVIL. Policial civil. Aposentadoria especial. Indeferimento. Exigência de idade mínima e período adicional de contribuição (pedágio). Mandado de segurança. Concessão da ordem. Trânsito em julgado. Indenização. Tempo que permaneceu em exercício. Impossibilidade. (Apelação nº 0021383-55.2012.8.26.0053 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Teresa Ramos Marques – 30/01/2017 – 17398 – Unânime)

12) APELAÇÃO DO IMPETRANTE. Mandado de segurança. Concurso público. Candidato ao cargo de Escrivão de Polícia. Etapa de investigação social. Inaptdição. Hipóteses de desclassificação do apelante previstas no Edital EP 1/2013. No Relatório de Investigação Social (fls. 153-157), constou que: “No caso em tela o próprio impetrante afirmou ter amizade com sequestradores e traficantes do local onde reside, situação incompatível com o cargo que pretende ocupar, o que possibilitou e justificou a sua exclusão do certame” (fl. 155). Discricionariedade do ato administrativo. Ato e mérito administrativo. Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Limita-se o controle jurisdicional, nos casos concretos, ao exame da legalidade do ato ou da atividade administrativa. Inexistência de direito líquido e certo. Inadequação da via eleita para

a comprovação e eventual subjetividade na avaliação. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Sentença que denegou a segurança, mantida. Recurso do impetrante, improvido. (Apelação nº 1047078-86.2015.8.26.0053 – São Paulo – 11ª Câmara de Direito Público – Relator: Marcelo L. Theodósio – 31/01/2017 – 7116 – Unânime)

13) AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA. São Paulo. Delegado da Polícia Civil. Pretensão ao recebimento da Gratificação por Acúmulo de Titularidade (GAT). Exercício de funções junto ao Setor de Homicídios de Osasco. Lei nº 1020/07. Falta de previsão legal no Decreto nº 57669/11. Apelação provida. (Apelação nº 1048367-88.2014.8.26.0053 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Antônio Celso Aguilar Cortez – 20/02/2017 – 138 – Unânime)

14) PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. São Paulo. Servidoras estaduais vinculadas à Secretaria da Saúde. Pretensão à cessação do desconto do auxílio-alimentação nos períodos de afastamento considerados como de efetivo exercício, nos termos do artigo 78 da Lei Estadual nº 10.261/68. Descabimento. Inteligência do artigo 4º, III, da Lei Estadual nº 7.524/91. Precedentes. Sentença de improcedência. Apelação não provida. (Apelação nº 1015532-13.2015.8.26.0053 – São Paulo – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Antônio Celso Aguilar Cortez – 20/02/2017 – 69 – Unânime)

15) SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. Oficiais de justiça. Gratificação por serviços estaduais. Art. 3º, § 4º, da LCE nº 205/79. Recebimento em dias em que não há labor. Dias de efetivo exercício, nos termos do art. 78 da LE nº 10.261/68. Art. 3, § 6º, da LCE nº 205/79. Possibilidade de incorporação aos proventos da apo-

sentadoria. Mera liberalidade. Art. 3º, *caput* e § 5º da LCE nº 205/79. Caráter *propter laborem* da gratificação. Impossibilidade de incorporação. Recurso não provido. (Apelação nº 1016241-14.2016.8.26.0053 – São Paulo – 1ª Câmara de Direito Público – Relator: Luís Francisco Aguilar Cortez – 21/02/2017 – 20139 – Unânime)

Contencioso Tributário-Fiscal

16) AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA C/C PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

Fornecimento de energia elétrica. Pretensão de afastar a incidência do ICMS sobre as Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição TUSD e de transmissão TUST. Pedido de tutela provisória de urgência indeferido. Tributo que incide sobre o valor final da operação. Consumidor cativo. Base de cálculo que engloba as fases de transmissão e distribuição. Ausência dos requisitos legais pertinentes para a concessão da medida. Agravo de instrumento não provido. (Agravo de Instrumento nº 2248445-75.2016.8.26.0000 – Bauru – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Antonio Celso Aguiar Cortez – 30/01/2017 – 9771 – Unânime)

17) APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO.

ICMS. Inclusão dos valores afeitos às Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) e de Distribuição (TUSD) na base de cálculo da exação. Ação tensionada à repetição de indébito ajuizada por contribuinte de fato. PRELIMINAR. Legitimidade ativa *ad causam* configurada. “O STJ reconhece ao consumidor, contribuinte de fato, legitimidade para propor ação fundada na inexigibilidade de tributo que entenda indevido” (STJ, AgRg no AREsp 845353/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 05.04.16). MÉRITO. Demandante que pretende a repetição de indébito fiscal, porquanto reputa ilegal a inclusão dos valores atinentes à TUST e TUSD na base de cál-

culo do ICMS. Impossibilidade, tendo-se em vista a regularidade da cobrança dos valores do ICMS. Exação cuja incidência material são as “operações de energia elétrica”, consoante a previsão dos artigos 153, §3º, 155, § 2º, X, “b”, da Constituição Federal, bem como do dispositivo encartado no artigo 34, § 9º, dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias. ADCT. Tributo dotado de feição monofásica, tendo-se em vista as peculiaridades que marcam a natureza da corrente elétrica, de forma que não se cogita do seu transporte e/ou armazenamento. Geração (por usinas) e condução por sistemas de distribuição e transmissão, viabilizando o consumo final. Seção em fases operacionais cujo desiderato é flexibilizar a atuação estatal, sem prejuízo à garantia de concorrência e eficiência no setor de energia elétrica. Situação fática que, sob nenhum ângulo, importa no fracionamento da operação, que se mantém monofásica. Tarifas que, portanto, integram o custo final da operação de energia elétrica e, por desdobramento, o respectivo custo final de consumo. Constelação de argumentos que conduz à regularidade da adoção dos valores da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS. Precedente desta Câmara. Reexame necessário não reconhecido. Sentença de procedência da demanda que não levou à obtenção de proveito econômico à demandante equivalente ao patamar estabelecido no inciso II do § 3º do artigo 496 do NCPC (500 salários mínimos). Valor atribuído à causa (R\$ 1.000,00), que reflete o benefício econômico que se almeja com a demanda, que é bem inferior à alçada estabelecida na norma processual. Honorários advocatícios sucumbenciais majorados

ante o trabalho adicional realizado pelo advogado da demandada, vencedora na demanda. Disciplina insculpida no artigo 85, caput, § 3º, inciso I, § 4º, inciso III e § 11, do NCPC. Sentença reformada. Reexame não conhecido e recurso do ente público provido. (Apelação nº 1008828-22.2016.8.26.0223 – Guarujá – 1ª Câmara de Direito Público – Relator: Marcos Pimentel Tamassia – 31/01/2017 – 3710 – Unânime)

18) AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA CC REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. Legitimidade

ativa do consumidor final. Pretensão à declaração de inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes quanto à incidência e cobrança do ICMS sobre as tarifas de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUSD e TUST). Precedentes do C. STJ. Divergência jurisprudencial. Tarifas que integram o custo final da energia elétrica devem compor a base de cálculo do ICMS. Apelação e reexame necessário providos. (Apelação nº 1020765-79.2016.8.26.0562 – Santos – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez – 20/02/2016 – 79 – Unânime)

editoração, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

