

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 303-1/200
(200503531280)**

COMARCA DE GOIÂNIA

REQUERENTE : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**
REQUERIDA : **CÂMARA MUNICIPAL DE GOIÂNIA**
RELATOR : **DES. LEOBINO VALENTE CHAVES**

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 102, PARTE FINAL E ART. 103, II, PARTE FINAL DA LEI MUNICIPAL Nº 8.095/02. PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. FILIAÇÃO E CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIAS DOS SERVIDORES DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL.

1. O art. 149 da Constituição Federal, ao dispor acerca dos princípios tributários, é norma de repetição obrigatória nas Constituições das unidades autônomas da Federação, cujo conteúdo, por força da amplitude do conceito de “Constituição global”, a elas automaticamente passa a fazer parte para efeito de parâmetro no controle abstrato de constitucionalidade.

2. As partes finais do art. 102 e do inciso II do art. 103 da Lei nº 8.905/2002 do Município de Goiânia, ao disporem sobre

o ISM-SAÚDE, instituíram, obliquamente, os servidores do Poder Executivo Municipal como segurados obrigatórios do plano, inclusive com desconto compulsório, na medida em que facultaram a respectiva adesão somente àqueles do Poder Legislativo Municipal. Assim, aludidos dispositivos são contrários à ordem constitucional do Estado de Goiás, pois a saúde tem disciplina diversa da dispensada à previdência, esta sim de caráter contributivo obrigatório, além de não se caracterizar como tributo, pelo que, ademais, deve ser resguardado ao servidor o direito de associação e escolha do melhor plano assistencial, resguardada, sempre, a facultatividade na adesão.

3. Malferimento divisado aos arts. 2º, § 2º, 151, § 1º, § 3º e § 4º, 152, todos da Constituição Estadual.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
PROCEDENTE.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 303, acordam os componentes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em julgar procedente a ação,

nos termos do voto do Relator.

Votaram, além do Relator, os Desembargadores Alfredo Abinagem, Huygens Bandeira de Melo, Geraldo Salvador de Moura, Carlos Hipólito Escher, João Ubaldo Ferreira (convocado - Des. Felipe Batista Cordeiro), Charife Oscar Abrão, Paulo Teles, Elcy Santos de Melo, Vítor Barboza Lenza, Beatriz Figueiredo Franco, Ney Teles de Paula, Aluízio Ataídes de Sousa e Rogério Arédio Ferreira. Ausentaram-se, ocasionalmente, o Desembargador Benedito do Prado (convocado – Des. Jamil Pereira de Macedo) e, justificadamente, o Desembargador Floriano Gomes.

Presidiu a sessão o Desembargador José Lenar de Melo Bandeira.

Fez-se presente, como representante da Procuradoria-Geral de Justiça, a Drª Ana Cristina Ribeiro Peternella França.

Goiânia, 28 de fevereiro de 2007

DES. JOSÉ LENAR DE MELO BANDEIRA
Presidente

DES. LEOBINO VALENTE CHAVES
Relator

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 303-1/200
(200503531280)**

COMARCA DE GOIÂNIA

REQUERENTE : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**
REQUERIDA : **CÂMARA MUNICIPAL DE GOIÂNIA**
RELATOR : **DES. LEOBINO VALENTE CHAVES**

RELATÓRIO E VOTO

Conforme já relatado na decisão que apreciou o pedido cautelar, trata-se de ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça de Goiás, com fulcro no inciso IV do art. 129 da Constituição Federal c/c art. 60 da Constituição do Estado e art. 52, II da Lei Complementar Estadual nº 25/98, visando a declaração de inconstitucionalidade **do art. 102, parte final, e do art. 103, II, parte final, ambos da Lei nº 8.095, de 26 de abril de 2002, do Município de Goiânia**, que instituíram cobrança de contribuição obrigatória para custeio da saúde para os servidores do Poder Executivo Municipal, por ofenderem o art. 101, § 4º, e o art. 152, ambos da Constituição Estadual.

Sustenta que os dispositivos legais fustigados inobservaram a ausência de previsão constitucional

para a cobrança de contribuição para custear a saúde, que é diversa da previdência social, com disciplinamentos jurídicos diferenciados.

Diz que o fato de a saúde ser livre à iniciativa privada não descredencia como serviço público, dever absoluto do Estado e a sua prestação naqueles moldes ocorre de forma suplementar.

Alega que “...a saúde e a assistência social, por serem direitos sociais fundamentais, prescindem de qualquer contribuição por parte do cidadão constitucional e ensejam para o Estado Democrático e Social de Direito uma obrigação de cunho prestacional material. Assim, o servidor público em geral não está sujeito ao pagamento obrigatório de contribuição para custeio do sistema de saúde, sendo absolutamente inconstitucional qualquer cobrança com tal finalidade pelos Estados e Municípios, haja vista que a única contribuição social permitida constitucionalmente é aquela destinada ao custeio de sistema previdenciário e de assistência social” (sic – fls. 9/10).

Defendendo a necessidade de suspensão cautelar dos dispositivos fustigados, com eficácia **ex nunc**, requer o julgamento de procedência da ação para que sejam declarados inconstitucionais os trechos normativos apontados.

Segundo os ditames do art. 10 da Lei nº 9.868/99, foi determinada a oitiva do Senhor Prefeito Municipal de Goiânia, que compareceu aos autos às fls. 514/526, alegando, preliminarmente, a extinção do feito por confronto à Carta Federal. Prossegue, quanto às considerações de fundo, observando que o processo legislativo foi precedido de intenso debate com os órgãos representativos dos servidores, que concordaram com a norma.

Discorre acerca do tratamento isonômico constitucional e que, no que diz respeito à compulsoriedade, **“...Para que todos os funcionários do Município de Goiânia possam ter tal acesso de forma igualitária, a participação pecuniária tem que ser por força de lei, o que é o caso do ISM. Situação essa devidamente discutida com os representantes dos servidores”** (sic – fl. 524). Pede, por fim, a improcedência do pedido inicial.

A Câmara Municipal de Goiânia, embora notificada para prestar informações preliminares (fl. 529), não se manifestou.

O pedido cautelar foi deferido, conferindo-se suspensividade aos trechos normativos atacados, nos termos do acórdão de fls. 533/542.

O Prefeito Municipal de Goiânia, às fls. 548/557, em seus informes adicionais, aduz preliminarmente, a extinção do feito sem apreciação de mérito porque “...**Não há conflito entre a regra municipal e a Constituição do Estado, em razão da preservação da autonomia dos municípios, nos termos do artigo 18 da CF**” (sic – fl. 554).

Prosegue ratificando as considerações iniciais acerca da necessidade de cooperação de todos para o sucesso do ISM – Instituto de Seguridade dos Servidores Municipais de Goiânia, apontando ter sido descabido o deferimento da cautelar.

Ao fim, postula, sob o fundamento mor de preservação da autonomia municipal, o julgamento do pedido inicial conforme o art. 267, IV do CPC, tornando sem efeito a suspensão cautelar.

O Procurador-Geral do Estado de Goiás, às fls. 562/569, manifesta que “...**caso reconhecido o artigo 101, § 4º, da Constituição Estadual como norma de reprodução obrigatória do artigo 149, parágrafo único, da Constituição Federal, consoante alegado pelo postulante, requer a extinção do feito sem julgamento do mérito, nos termos do item II supra, uma vez que o texto constitucional foi alterado pela Emenda Constitucional nº 41/2003**” (sic – fl. 569).

Se ultrapassado o entrave, defende o julgamento de improcedência do pedido por ser constitucional a cobrança da contribuição instituída pelo Município.

Instado a apresentar alegações finais, o Procurador-Geral de Justiça rebate a prefacial de julgamento sem abordagem de mérito, vez que o art. 101, § 4º, da CE não foi revogado pela EC 41/2003, ao conferir nova redação ao art. 149, § 1º, da CF, do qual aquele é repetido obrigatoriamente, pois este apenas reforçou o caráter obrigatório da contribuição previdenciária, não modificando essencialmente o dispositivo de modo a permitir a instituição de contribuição para financiar a saúde, não esquecendo que o confronto também existe em relação ao art. 152 da CE.

No mais, refuta as demais considerações apresentadas pelo Procurador-Geral do Estado, ratificando a inconstitucionalidade indicada na inicial.

É o relatório. Passo ao voto.

Em primeiro plano e para inteira compreensão, mesmo já destacados na decisão inicial, transcrevo o art. 102, parte final, e o art. 103, II, parte final, ambos da Lei nº 8.095, de 26 de abril de 2002, do Município de Goiânia, cuja constitucionalidade será analisada:

“Art. 102. Aos servidores da administração direta, autarquias e fundações, ativos e inativos e pensionistas; bem como a seus dependentes, será prestado, o programa de serviço de assistência à saúde e social, médica, hospitalar, laboratorial, odontológica, psicológica, fonoaudiológica, fisioterapêutica, nutricional, e farmacêutica, através do Instituto de Seguridade Social dos Servidores Municipais – ISM, diretamente ou mediante credenciamento e convênios com terceiros, na forma regulamentada por esta Lei, ficando ao servidor do Poder Legislativo Municipal facultada a adesão no ISM-SAÚDE.

Art. 103. Para custear os serviços de assistência à saúde, são instituídas as seguintes contribuições:

(...)

II – 4% (quatro por cento) advindos da remuneração mensal de cada um dos servidores ativos, inativos e pensionistas, mediante o desconto em folha de pagamento, devidos a partir da data em que o segurado assumir o exercício do

cargo, da função pública” (Grifos nos trechos questionados)

Tanto o Prefeito Municipal como o Procurador-Geral do Estado, embora lançando mão de fundamentação diversa, argüiram, em preliminar, a extinção do feito sem apreciação de mérito porque a Constituição Federal não é instrumento normativo revestido de parametricidade para o controle abstrato de norma municipal.

Questionou-se, ainda, se o art. 149, § 4º, da Carta Federal é de repetição obrigatória.

Em verdade, foram apontados pelo requerente artigos da Constituição Estadual como malferidos, não tendo sido as normas focalizadas contrastadas exclusivamente frente à Lei Máxima Federal, como vislumbrado alhures.

Nem é o caso, outrossim, de não recepção da norma por alteração do texto constitucional tido por inobservado.

De início, o art. 149 e parágrafos da CF é considerado norma central, de reprodução obrigatória nas Cartas Estaduais e, em razão do conteúdo que encerra (princípios gerais de tributação), não confere margem a disciplina diversa pelas

unidades autônomas da Federação. No âmbito estadual, está repetido no art. 101, § 4º da Constituição Estadual.

Tal intelecção é aplicável ainda que a Carta Estadual nada dispusesse expressamente a respeito, se omissa fosse, pois está a ela incorporado, oportunizando o controle abstrato de constitucionalidade.

Desde o julgamento pelo STF da Reclamação nº 383, em 1993, nos termos do voto do Ministro Moreira Alves, foi dirimida a questão quanto à possibilidade de julgamento pelo Tribunal de Justiça Estadual de ações Diretas de Inconstitucionalidade fulcradas em confronto a normas de repetição obrigatória, assentando que, aí, não se estaria contrastando a Carta Federal, mesmo porque a norma repetida possui eficácia jurídica, dentre outros traços interpretativos relevantes.

Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal extraio a seguinte orientação:

“CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na

Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - (...).” (ADI 2076/AC, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 15/08/2002, DJ de 08/08/2003). (Grifei)

Do voto condutor do aludido **decisum** sobressaem as seguintes considerações:

“Segundo o magistério de Raul Machado Horta, são normas centrais, assim normas que constituem a Constituição total, as ‘normas dos direitos e garantias fundamentais, as normas de repartição de competências, as normas dos Direitos Políticos, as normas dos princípios constitucionais enumerados – forma republicana, sistema representativo, regime democrático, autonomia municipal – as normas da administração pública, as normas de garantia do Poder Judiciário, as do Ministério Público, as normas-princípios gerais do Sistema Tributário, as normas de limitação e de instituição do poder tributário, as normas-princípios

gerais da atividade econômica, as normas da Ordem Social (Raul Machado Horta, 'Normas centrais da Constituição Federal', Rev. de Informação Legislativa, 135/175)" (Destaquei).

Em arremate, é elucidativa a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADIn nº 595, publicada no DJ de 26/02/2002, ao evidenciar a "Constituição Global", ou seja, a escrita e a implícita que abarca princípios e preceitos cogentes, ajustando-se em perfeita sintonia ao que se disse adrede:

"...No que concerne ao primeiro desses elementos (elemento conceitual), cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal, (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas

raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado.

(...)

É por tal motivo que os tratadistas - consoante observa JORGE XIFRA HERAS (*Curso de Derecho Constitucional*, p. 43) - em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse

modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global.”

Na data de edição da lei questionada, ou seja, em 26 de abril de 2002, a redação do art. 101, § 4º, da Constituição Estadual, afinava e reproduzia o art. 149, § 1º da Constituição Federal então vigente. Com superveniência da EC nº 45/03, foi alterado este último texto ao restringir a contribuição quanto à previdência e o valor da alíquota.

Conforme fundamentado acima, mesmo que a Carta Estadual, em seu art. 101, § 4º, tenha permanecido com a redação anterior, o novo texto da Carta Federal, com suas alterações, automaticamente incorporam-se às suas prescrições em virtude de constituir-se em norma central, sem possibilidade de disposição diversa, de observância obrigatória.

Assim, rechaço a preliminar.

Obtempero, preambularmente, que o controle abstrato de constitucionalidade não se prende ao parâmetro fixado na inicial, em razão do princípio da abertura da causa de pedir que impera no processo objetivo. Nesse sentido:

“... É da jurisprudência do Plenário, o entendimento de que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, seu julgamento independe da '*causa petendi*' formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo, nesse processo objetivo, arguição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas diante daqueles focalizados pelo autor. (...)" (STF, ADI-MC 1896, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 28/05/99).

Sendo assim, passando à análise dos vícios apontados na inicial, já transcritos às inteiras, é nítida a inconstitucionalidade dos trechos normativos trasladados ao inobservarem frontalmente os arts. 2º, § 2º, 151, § 1º, § 3º e § 4º, e 152 da Carta Estadual que estabelecem:

“Art. 2º (...)

§ 2º. O Estado organiza-se e rege-se por esta Constituição e pelas leis que adotar, observados os princípios estabelecidos na Constituição da República.

Art. 151 . (...)

§ 1º – As ações e serviços de saúde do Estado integram uma rede regionalizada e hierarquizada constituindo sistema unificado e descentralizado de saúde, organizado segundo diretrizes de centralização, com direção única em cada esfera de governo e atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.
(...)

§ 3º – O sistema unificado e descentralizado de saúde será financiado com recursos do orçamento da União, do Estado e dos Municípios, da Seguridade Social e de outras fontes, que serão aplicados exclusivamente na área de saúde, vedada a concessão de auxílios e subvenções, com recursos públicos, a instituições privadas.

§ 4º – A assistência à saúde é livre à iniciativa privada, sendo facultado às instituições privadas de saúde participar, de forma complementar, do sistema unificado e descentralizado de saúde, mediante contrato de direito público ou convênio, no qual serão

resguardados, além da referida faculdade, a manutenção do equilíbrio econômico financeiro inicial no contrato, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem finalidade lucrativa.

Art. 152 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, assegurada mediante políticas sociais e econômicas que visem à eliminação do risco de doenças, à prevenção de deficiências e a outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.”

Bem se vê, os princípios estabelecidos, de repetição obrigatória, como o do art. 149, § 1º, da Carta Federal, mesmo que ainda não integrem os textos das Constituições Estaduais, conforme amplamente já estudado, podem ser contrariados, como neste caso o foi, em específico.

A contrariedade da norma municipal, neste passo, está, em primeira mão, ao art. 2º, § 2º da Lei Fundamental do Estado, haja vista a inobservância a princípios intangíveis que regem toda a atividade legiferante, em qualquer esfera de poder.

O que se extrai do ordenamento constitucional é a vedação quanto à compulsoriedade do pagamento de contribuição para o custeio da saúde que, como será visto adiante, deve ser facultativa.

A disciplina da seguridade social está estruturada em três bases mestras de sustentação: a saúde, a previdência e a assistência social, conforme prevê o art. 194 da Carta Federal e, no âmbito estadual, no art. 151 da Constituição, que assim dispõe:

“Art. 151. O Estado e os Municípios formam com a União um conjunto integrado de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Nesse passo, a previdência social possui natureza eminentemente contributiva e de filiação obrigatória, segundo dicção dos arts. 154 e 97, § 8º, da Constituição Estadual, tendo dentre seus benefícios a aposentadoria, a proteção à maternidade e o pensionamento em caso de morte do segurado.

Já a assistência social é custeada pelo orçamento da seguridade social, conforme art. 204 da

Constituição Federal que é norma de repetição obrigatória. A saúde não possui caráter contributivo, compulsório, sendo custeada pelo orçamento da União, Estados e Municípios e da seguridade social.

Não há que atribuir natureza tributária à contribuição em questão, de modo a fazê-la incidir cogentemente. No julgamento da Apelação Cível nº 74774-6/188, sob minha relatoria, DJ de 20/07/2004, analisei questão análoga a esta, só que do ponto de vista do interesse concreto, cuja fundamentação calha perfeitamente, no sentido da inadmissibilidade da instituição de contribuições obrigatórias e distintas para cada uma, ou seja, à previdência e à saúde.

E isto porque, como dito em linhas volvidas, a assistência à saúde tem cunho exclusivamente complementar à seguridade social, da qual a previdência e a saúde são espécies. Se assim é, não há para a assistência à saúde previsão de incidência tributária, não havendo que se falar, pois, em bitributação, conquanto esta hipótese só ocorre quando haja previsão legal para tributar.

De outro tanto, é resguardada à iniciativa privada assistir à saúde, conforme art. 151, § 4º, da Constituição Estadual, o que confere, só por isso, constitucionalidade à previsão de pagamento obrigatório dos servidores para seu custeio.

Então, correto que o Poder Público institua plano assistencial à saúde dos servidores. Todavia, pela disciplina constitucional, não estão estes obrigados à adesão e os motivos, resumidos basicamente em dois, são: primeiro, a saúde não tem o caráter da solidariedade como tem a previdência social e que, por isso, é compulsória, e segundo, porque o cidadão tem o direito de escolher o plano de saúde remunerado que melhor atenda às suas necessidades.

Tal intelecção não mudou com a Emenda Constitucional nº 41/2003, pois o texto do art. 101, § 4º da Carta Estadual, reprodução do art. 149, § 1º, da Constituição Federal, como trás dito, seja antes ou depois da reforma, só permite a contribuição compulsória para a previdência, não a estabelecendo para a manutenção dos serviços de saúde.

Transcrevo, da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, as seguintes observações sobre o assunto em pauta:

“... o art. 149, § 1º, embora a modificação pela EC 41, continuou a dizer que os Estados, DF e Municípios podem instituir contribuição para a previdência; logo, dentro do atual desenho, caráter

compulsório também só pode existir para a contribuição previdenciária. Podem instituir planos de assistência à saúde a seus servidores e dependentes, e por conseguinte as fontes de custeio, como é o caso do Fundo de Assistência à Saúde – FAS, porém facultativos, ou seja, como qualquer plano privado. Noutras palavras: vai competir normalmente no mercado em preço, em quantidade e em qualidade dos serviços.” (AI nº 70009292608, Red. para o acórdão, Des. Irineu Mariani, 1ª. C. C., j. em 06.10.2004).

De Minas Gerais vem o entendimento exarado em controle difuso de constitucionalidade, aplicável a considerar que os parâmetros citados na Carta Federal encontram-se já reproduzidos na Carta Estadual, como trás dito:

**“MANDADO DE SEGURANÇA.
ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO.
PRELIMINARES. (...) SERVIDORES
PÚBLICOS ESTADUAIS. DESCONTO EM
FOLHA. PERCENTUAL DE 3,2%. ART. 85,
LC 64/02. CUSTEIO DA ASSISTÊNCIA À**

SAÚDE. NATUREZA JURÍDICA NÃO PREVIDENCIÁRIA. INCOMPETÊNCIA DO ESTADO FEDERADO PARA INSTITUIR A COBRANÇA COMPULSÓRIA. ART. 149, § 1º, DA CR/88. NORMAS CONSTITUCIONAIS VIOLADAS PELA OBRIGATORIEDADE DO DESCONTO. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO 'COMPULSORIAMENTE'.

(...). (...). Conforme norma do artigo 149, § 1º, da CR/88, os Estados federados somente instituirão, de forma compulsória, contribuição de seus servidores, destinada à Previdência Social, cujos benefícios encontram-se arrolados no art. 201 também da CR/88. A Constituição da República não outorga competência ao Estado federado para instituir e cobrar, compulsoriamente, contribuição social destinada ao custeio de assistência à saúde, de natureza jurídica diversa da previdenciária. Não dispondo o Estado de legitimidade para cobrar, compulsoriamente, a contribuição destinada à saúde e, tendo ela natureza jurídica de plano de saúde, a sua adesão deve ser voluntária, e não obrigatória, impositiva. Por isto, a Lei

Complementar Estadual nº 64/02 incide em constitucionalidade ao prever, a título compulsório, o desconto da alíquota de 3,2% que se destina ao custeio dos serviços de assistência à saúde. O Estado pode estabelecer a fonte de custeio à saúde, mas não dispõe de competência constitucional legislativa para compelir, via norma, o servidor a pagar esse percentual para se valer dos serviços prestados pelo IPSEMG. A constitucionalidade reside não na cobrança em si mesma, mas no fato de ela ser imposta e, em sendo assim, não permitir escolhas por parte do servidor, seja ativo ou inativo. (...)." (DGJ nº 1002405821095-6/001, Rel. Des. Armando Freire, DJ de 09/06/2006).

Do voto condutor do aludido **decisum** extraio o seguinte trecho:

"Em outras palavras, o sistema global relativo à Seguridade Social é composto por estes três subsistemas - saúde, previdência e assistência social - independentes e inconfundíveis. Significa

dizer que o § 1º, do artigo 149, determina que Estados, Distrito Federal e Municípios instituam contribuição para o custeio do respectivo regime de previdência de seus servidores. Não permite, vale frisar, que instituam contribuição compulsória para o custeio à saúde, ainda mais a título compulsório. Os Estados somente podem instituir, de forma compulsória, contribuição de seus servidores, destinada à Previdência Social, cujos benefícios encontram-se arrolados no artigo 201 da CF/88. (...)

Por conseguinte, se o Estado não dispõe de legitimidade para cobrar a contribuição destinada à saúde, de forma compulsória, e, tendo ela natureza jurídica de plano de saúde, a adesão por parte do servidor público deve ser voluntária. (...)

Cumpre registrar que o Relator da referida ADI 3106-6, Ministro Eros Grau, em seu voto, considerou que a instituição de um 'plano de saúde complementar' com alcance social é relevante, porém, o Estado não pode determinar que sua adesão seja obrigatória, devendo permitir ao servidor que o faça de modo voluntário.

Com tal fundamento, declarou a constitucionalidade das expressões 'definidos no artigo 79' e 'compulsória' do artigo 85, parágrafo 5º, da Lei Complementar nº 64/02.

Após os votos dos Senhores Ministros Eros Grau (Relator) e Joaquim Barbosa, (...), pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cesar Peluso. Assim, aguarda-se, ainda, a manifestação dos demais ministros, no julgamento da ADI 3106-6.

Embora se encontre suspenso o julgamento da referida ADI, adianto-me ao tema constitucional, em sede de controle difuso, e, encorajado pela conclusão do Ministro Eros Grau, adoto os seguintes entendimentos:

1) o Estado pode instituir um 'plano de saúde complementar' destinado, exclusivamente, aos servidores e seus respectivos dependentes. (...)

2) No entanto, o Estado federado não pode impor aos seus servidores a adesão (...).

Ao Estado de Minas Gerais é permitido manter sistema de saúde próprio,

destinado exclusivamente aos seus servidores, com o objetivo de promover, proteger e recuperar a saúde. Com isto, pode promover fonte de custeio das atividades destinadas ao oferecimento de assistência à saúde de seus segurados. (...). Todavia, a obrigatoriedade desta contribuição é que é **inconstitucional**.”

Ainda no plano da interpretação jurisprudencial em concreto, convém citar o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – PARANAPREVIDÊNCIA – LEI ESTADUAL 12.398/98 – CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DE SISTEMA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – ILEGALIDADE. 1. A contribuição instituída pelo art. 79 da Lei Estadual Paranaense 12.398/98 destina-se ao custeio de Sistema de Assistência à Saúde que tem como beneficiários os agentes públicos estaduais, dependentes e pensionistas. 2. A Seguridade Social compreende um

conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à Saúde, à Previdência Social e à Assistência Social. 3. A assistência à saúde, efetivamente, não se confunde com assistência social, sendo ambas espécies do gênero Seguridade Social. 4. Se o Estado do Paraná não pode exigir de seus servidores, compulsoriamente, o pagamento dessa contribuição, não está obrigado a prestar serviços a quem não contribui para o custeio do sistema. 5. Possibilidade de manutenção do Sistema de Assistência à Saúde mediante contribuição dos servidores que, facultativamente, optarem pela adesão. 6. Ilegalidade do art. 79 da Lei Estadual 12.398/98. 7. Recurso ordinário parcialmente provido.” (2^a T., RMS 12811, Rel^a Min^a Eliana Calmon, DJ de 11/12/2006).

Assim, a previsão contida no final do art. 102 da Lei nº 8.905/02 de Goiânia quanto à facultatividade da contribuição do ISM – Saúde somente aos servidores do Poder Legislativo Municipal, impondo-a, por via indireta aos demais, bem como a fixação do início de sua cobrança concomitante e automaticamente à assunção no cargo ou função pública,

constante na parte última do inciso II do art. 103 da mesma norma, são irremediavelmente inconstitucionais, haja vista a natureza cogente com que foi imposta a contribuição, devendo ser facultativa.

Sendo assim, julgo procedente a presente ação direta para declarar a inconstitucionalidade da parte final do art. 102 da Lei nº 8.905, de 26 de abril de 2002, do Município de Goiânia, tornando definitiva a cautelar deferida *ab initio*, ao estabelecer “...**ficando ao servidor do Poder Legislativo Municipal facultada a adesão no ISM-SAÚDE**”, bem como a parte final do inciso II do art. 103 da mesma norma, ao dispor que os descontos seriam “...**devidos a partir da data em que o segurado assumir o exercício do cargo, da função pública**”, por, obliquamente, tornarem obrigatória a contribuição para o custeio da saúde dos servidores do Poder Executivo Municipal, colidindo frontalmente com os respectivos arts. 2º, § 2º, 151, § 1º, § 3º e § 4º, 152, todos da Constituição Estadual.

É o meu voto.

Goiânia, 28 de fevereiro de 2007

DES. LEOBINO VALENTE CHAVES

02/GS

Relator