



Alexandre Venzon Zanetti (Org.)
José Eduardo Dornelas Souza
José Rilton Tenório Moura
Rosana Florencio da Silva
Waldomiro Alves da Costa Júnior
Eriete Ramos Dias Teixeira
Bruno Milano Centa
Daniel Correa Silveira
Maria Helena Mendonça
Josenir Teixeira

© CNS, 2010.

Capa, Projeto Gráfico e Editoração
Editoras Associadas (Camila Kieling e Marta Castilhos)

Revisão
Maria Rita Quintella

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

C758

CNS - Confederação Nacional de Saúde : 15 anos / Alexandre
Venzon Zanetti (Org.)... [et al.]. - Porto Alegre, RS , 2010.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-7421-171-8

1. Confederação Nacional de Saúde (Brasil) - História I. Zanetti,
Alexandre Venzon. II. Confederação Nacional de Saúde (Brasil)

10-1707.

CDD: 613.0981
CDU: 613 (81)

CNS

SRTV/S - Quadra 701, Conj. E - Ed. Palácio do Rádio I

Bl. 3, N° 130 - 5° Andar.

Asa Sul - Brasília - DF

CEP: 70340-901

Tel.: (61) 3321-0240

Fax: (61) 3321-0250

A CNS e a representação da saúde | 7

José Carlos de Souza Abrahão, Presidente da CNS

CNS – Introdução | 13

As necessidades na realização dos contratos | 21

Alexandre Venzon Zanetti

Não incidência do ISSQN em face dos serviços hospitalares | 33

José Eduardo Dornelas Souza

José Rilton Tenório Moura

Conselhos profissionais e a legalidade da atuação | 51

Rosana Florencio da Silva

Waldomiro Alves da Costa Júnior

O direito do trabalho – Principais reflexos na área de saúde | 71

Eriete Ramos Dias Teixeira

Independência funcional do médico: requisito fundamental
para a descaracterização do vínculo de emprego
e exercício profissional autônomo | 87

Bruno Milano Centa

Terceirização no setor saúde | 103

Daniel Correa Silveira

Responsabilidade civil envolvendo médicos e hospitais | 119

Maria Helena Mendonça

Imunidade tributária – panorama atual e perspectivas | 133

Josenir Teixeira

A CNS e a representação da saúde

Embasada em sua missão constitucional e legal de representatividade e defesa da saúde no Brasil, a CNS – Confederação Nacional de Saúde – vem zelando, durante seus 15 anos de existência, pela proteção e crescimento do setor. Por meio de estímulos à aproximação entre os vários segmentos que compõem o sistema e pela adoção de ações de qualidade e sustentabilidade, a CNS tem capitaneado as mudanças que vêm levando a saúde a um novo momento.

À CNS cabe representar todos os estabelecimentos de serviços de Saúde no País dentro de situações que envolvem a defesa dos interesses do setor. O objetivo da entidade é aglutinar forças em prol da melhora da assistência à saúde da população brasileira. Ainda que divergir seja salutar, tais diferenças não podem resultar em divisão e, tampouco, devem servir de incentivo ao desânimo. Ao tratar do setor saúde, a perseverança deve predominar. Não apenas porque as questões se tornam mais delicadas – uma vez que se está lidando com a vida –, mas também porque esta é uma luta em que os resultados beneficiam a coletividade. Portanto, é preciso continuar firme no propósito de buscar uma assistência melhor para a sociedade.

Este tem sido um dos objetivos adotados pela CNS. Nos últimos anos, o setor tem vivido um novo momento, o qual conta com a expansão e a consolidação do diálogo entre os *players*, registrando, com isso, um relacionamento franco, ético, democrático e mais participativo.

A CNS tem incitado e estimulado a aproximação entre os segmentos. O objetivo é que o aprofundamento das relações torne possível a criação de alternativas e estratégias que levem o País a oferecer uma Saúde digna à sua população. Para tanto, por exemplo, a Confederação Nacional de Saúde e a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS – criaram um grupo de trabalho conjunto, a fim de discutir questões de interesses de empregadores e empregados, chegando a um consenso e a uma melhor relação entre as partes; outro exemplo foi a divulgação da Resolução nº. 3 da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED –, que provocou um grande transtorno para a relação entre os *players* do mercado, mas cujos efeitos foram suspensos por força de liminar concedida pela Justiça Federal. Nesse contexto, a CNS, mais uma vez, procurou reunir todos os representantes dos prestadores e das operadoras, além da ANVISA e da ANS, para que pudesse ser discutida, em conjunto, uma maneira de viabilizar um novo modelo na relação entre as partes.

Ações como estas têm permitido um relacionamento mais saudável, com resultados mais rápidos, além de servir de motivação para que outros segmentos encontrem maneiras de resolver suas divergências da melhor forma, visando, sempre, à qualidade do serviço oferecido à população. Defende-se, portanto, a manutenção de um diálogo permanente entre todas as instituições e segmentos.

A CNS vem mantendo uma posição representativa diante do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, com o intuito de ampliar os debates referentes à saúde. Para tanto, a entidade tem provocado e participado das discussões no âmbito governamental, mantendo aceso o interesse nas questões do setor, inserindo-o em vários grupos de trabalho, como nas Comissões e Câmaras Técnicas do Ministério da Saúde, Ministério do Trabalho, Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). A Confederação, além disto, tem acompanhado projetos de lei, requerimentos e medidas provisórias

que tratam sobre questões de Saúde, que estão em tramitação no Congresso Nacional, não hesitando em apresentar ações junto ao Poder Judiciário, a fim de defender os interesses do setor.

A partir da integração de todos os segmentos da saúde, é possível estabelecer um foco na sua sustentabilidade, a partir do envolvimento em ações que correspondam aos pré-requisitos que irão garantir a sustentação do setor. Exemplo disto tem sido a participação da CNS em vários congressos, *workshops* e fóruns, a fim de discutir a sobrevivência do setor com segurança e qualidade, arquitetando seu futuro. Com atitudes proativas, todas as entidades responderão positivamente ao controle do desperdício, apresentando também uma consciência ambiental que deverá envolver funcionários e usuários dos serviços de saúde. Com estas práticas, a saúde será uma promotora de ações sociais concernentes à proteção do ser humano e do meio ambiente.

Observando o desenvolvimento da saúde no Brasil desde a criação da CNS, é possível afirmar que se está no caminho certo, em uma trilha onde todos os envolvidos têm interesse em que o sistema de saúde dê um salto de qualidade.

Neste sentido, o setor está buscando atender às expectativas de ampliação da qualidade. Assim, hospitais, laboratórios, demais estabelecimentos de saúde e médicos estão cumprindo as exigências para alcançarem a creditação. A própria CNS também está correspondendo à tendência: em 2009, a entidade alcançou a certificação ISO 9001, conferida pelo Instituto de Certificação Qualidade – ICQ – Brasil. Para tanto, a CNS passou por um período de adequação de seus processos de gestão às normas da certificação, favorecendo a credibilidade de sua representação e do setor.

Todas essas atividades e estímulos correspondem à missão da CNS de zelar pelos direitos e interesses do segmento de saúde em todos os níveis políticos, governamentais e jurídicos. E, neste caminho, a política de qualidade adotada pela entidade impulsiona seus colaboradores e filiados

a buscar a plena satisfação de seus clientes, mantendo, para tanto, um contínuo aperfeiçoamento de sua gestão, promovendo a melhora na profissionalização, qualificação e capacitação de seus profissionais, contemplando, ainda, a avaliação e o monitoramento de suas atividades.

Estas são metas e propostas que poderão ser implementadas com maior facilidade e velocidade com a criação do Sistema “S” da Saúde – Serviço Social da Saúde – SESS – e o Serviço Nacional de Aprendizagem em Serviços de Saúde – SENASS –, que deve implementar a sustentabilidade educacional, trazendo recursos para serem aplicados na capacitação e no lazer dos trabalhadores da saúde. A proposta, que já tramita no Congresso Nacional, designa à Confederação Nacional de Saúde – CNS – a responsabilidade pela condução da organização e administração do Sistema S da Saúde, com uma gestão tripartite e paritária – contando com números iguais de representantes dos empresários e trabalhadores. Este modelo de gerenciamento é um diferencial que está sendo proposto na condução das instituições do Sistema “S”. Desta forma, pretende-se que todos os setores tenham condições democráticas de representação, atingindo de forma satisfatória seus objetivos, que são a formação e qualificação dos trabalhadores da saúde, com transparência e ética no relacionamento entre as partes.

Esta composição proporciona, ainda, a possibilidade de direcionar os recursos, que não serão utilizados para a construção de prédios ou escolas – uma vez que as próprias instituições de saúde que participam do Sistema já possuem infraestrutura para receber os cursos –, para o desenvolvimento dos treinamentos previstos e necessários, de forma contínua, a fim de proporcionar uma qualificação de alto nível aos seus colaboradores que, com certeza, prestarão uma assistência cada vez melhor aos pacientes.

Portanto, com a expectativa de se alcançarem resultados ainda mais positivos daqui para a frente, ao completar seus 15 anos a CNS solicitou a algumas autoridades do setor – aos quais desde já agradecemos

– que narrassem suas expectativas e experiências, enriquecendo, assim, esta produção.

De igual modo, quer-se agradecer a todos os colaboradores, em especial aos nossos diretores e membros do Conselho Jurídico, coordenados por Alexandre Zanetti, pela elaboração deste trabalho.

José Carlos de Souza Abrahão
Presidente da CNS

CNS – Introdução

A data de 22 de março de 1994 marca a criação da Confederação Nacional de Saúde – CNS –, por decisão da Assembléia-Geral Extraordinária realizada entre a Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde – FENAESS –, Federação de Hospitais do Rio Grande do Sul – FEHOSUL – e Federação dos Hospitais do Paraná – FEHOSPAR –, que deram início ao grande sonho de unificar as entidades de classe de saúde, com o objetivo de criar uma representação nacional de terceiro grau do setor. A formação da Confederação acompanhou, ainda, a proposta de formulação do Sistema S da Saúde, mas esta questão ainda não foi decidida pelo Congresso Nacional.

Para os fundadores da CNS – Ubiratan Dellape, hoje conselheiro da FEHOESP, Carlos Allgayer, presidente da FEHOSUL, e o ex-presidente da FEHOSPAR, José Francisco Schiavon – a criação da entidade é classificada como “a realização de um sonho”. Desde os primeiros sindicatos até a estruturação das Federações, levando à criação da Confederação, os idealizadores afirmam que o processo da representação sindical foi fruto da contribuição de todos os que faziam parte do setor saúde.

Para os fundadores, criar a CNS foi recompensador, não apenas pela consolidação da representação do setor, que hoje é respeitado em todas as esferas, como também por seu papel aglutinador, apresentando soluções consensuais, mas sem perder de vista as questões em que são necessárias lutas para defender a sua missão.

A confiança na entidade está não apenas naqueles que fizeram a sua história, mas também nos seus diretores e colaboradores. Para o futuro, a expectativa é que a CNS mantenha-se como órgão de grande respeito nacional e de importância no setor saúde. Afinal, uma das características marcantes da entidade é a ousadia e a necessidade de representar o segmento com mais objetividade.

Histórico

A história da CNS começa com a criação do Sindicato dos Hospitais, Laboratórios e Clínicas de São Paulo – SINDHOSP –, em 1939. Pioneiro na representação sindical da área de saúde, o SINDHOSP também foi o primeiro a sentir a necessidade de se filiar a uma entidade representativa de grau superior. Sem a existência de um sistema exclusivamente de saúde, o Sindicato passou a fazer parte das entidades de classe do comércio.

Em paralelo, outros sindicatos foram surgindo. Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraná e Ceará formaram suas entidades em seguida, espalhando a idéia por todo o território nacional. No entanto, as lideranças queriam formar mais um sindicato – o Sindicato dos Hospitais de Santa Catarina – para poder criar uma entidade de segundo grau especificamente de saúde. Pela legislação, eram necessários cinco sindicatos para formar uma federação e três federações para constituir uma confederação.

Com esforço conjunto dos sindicatos já existentes, encabeçados pelo SINDHOSP, foi criado o Sindicato dos Hospitais de Santa Catarina. Com esta última formação, foi possível criar a Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde – FENAESS –, no início da década de 1980.

Em princípio, a FENAESS deveria representar todos os sindicatos de saúde do país. No entanto, de acordo com as normas vigentes durante

o regime militar, era necessária a autorização do governo para que a entidade viesse a existir. O documento, chamado de “Carta Sindical”, era, no início, um instrumento de funcionamento legal para a instituição. No entanto, quando assinada a permissão da FENAESS, foi vetada a representação às entidades do Rio Grande do Sul, que eram, até então, cobertas pela Federação do Comércio do Rio Grande do Sul – Fecomércio-RS –, a qual não foi favorável à entrada do Sindicato dos Hospitais de Porto Alegre – até então a única entidade sindical de saúde existente no Estado – na composição da FENAESS.

Ainda assim, a aprovação da Federação Nacional dos Hospitais, presidida por Ubiratan Dellape, que também era o presidente do SINDHOSP, foi um grande avanço para o setor. Contudo, ainda sem vislumbrar a possibilidade de se formar uma entidade sindical de terceiro grau – o mais elevado existente na legislação sindical, a Confederação –, a FENAESS continuou atuando juntamente com as entidades do comércio.

Novas federações

Durante este período, o Sindicato dos Hospitais de Porto Alegre, que era a única entidade representativa da saúde no Rio Grande do Sul, filiou-se à Fecomércio-RS. Em seguida, foi criado o Sindicato de Hospitais e Estabelecimentos de Pelotas. A abertura do segundo sindicato no Estado não era suficiente, contudo, para representar o setor de saúde. Havia, na época, 333 municípios no Rio Grande do Sul, mas apenas dois deles possuíam representação sindical patronal. Em 1987, véspera da homologação da Constituição Brasileira, a Associação dos Hospitais do Rio Grande do Sul realizou na cidade de Bento Gonçalves um evento do setor. O presidente da FENAESS, Ubiratan Dellape, foi um dos convidados, com a finalidade, também, de que explicasse como estava a situação do setor saúde no restante do país e como funcionava a representação da

Federação, assim como os motivos que vedaram a participação do Rio Grande do Sul na composição da entidade.

Com os esclarecimentos, o líder do movimento da Livre Iniciativa da Saúde, Cláudio Allgayer, junto aos demais colegas, trabalhou no sentido de criar outros sindicatos de hospitais, a fim de estabelecer um movimento sindical mais bem-estruturado no Estado. Três meses depois da promulgação da Constituição Federal, foram criados seis novos sindicatos, que permitiriam a fundação da Federação dos Hospitais do Rio Grande do Sul – FEHOSUL –, em 1989, presidida por Cláudio Allgayer. Em seguida, os dois primeiros sindicatos criados no Estado – de Pelotas e de Porto Alegre – foram convidados a participar da Federação.

Apesar do interesse da entidade sul-rio-grandense em participar da FENAESS, havia um impedimento legal que obstruía sua adesão à entidade nacional. Ainda assim, o presidente da FEHOSUL era convidado a participar das reuniões, mas sem poder de voto ou veto. Foi nessa situação aventada a possibilidade de ser criada a Confederação Nacional de Saúde – CNS -. E, para tanto, só faltava a criação de mais uma federação.

Neste ínterim, foi levantada a possibilidade de a CNS ser formada pelas federações formadas nos estados do Sul. Os presidentes dos sindicatos de Santa Catarina, Tercio Egon, do Paraná, José Francisco Schiavon, e do Rio Grande do Sul, Cláudio Allgayer, passaram a se reunir com frequência, criando um encontro regional do Sul, constituído pela FEHOSUL, sindicatos de hospitais de Santa Catarina e Paraná e as associações de hospitais dos três estados. O movimento chamou a atenção da FENAESS, que passou a participar dos encontros, além de partilhar da intenção de criar a CNS.

Enquanto isso, no Paraná, o Sindicato de Hospitais, que também estava sob o guarda-chuva da FENAESS, já participava da Fecomércio-PR, desde 1980, por meio de seu presidente, José Francisco Schiavon. No Estado, havia um esforço para ter uma convivência harmônica entre os setores associativo e sindical. José Francisco Schiavon passou a presidir

ambas as entidades e, posteriormente, sentiu a necessidade de ter outros sindicatos no Estado. Assim, foram criados mais 16 sindicatos de hospitais e um de laboratórios. Em menos de seis meses, todas as instituições estavam legalmente funcionando.

O objetivo era, a partir da criação da representação sindical patronal, instituir a Federação de Hospitais do Paraná – FEHOSPAR -. Em 1991, o setor já tinha uma atividade intensa e passou a sentir-se a necessidade de ter outros sindicatos. A partir disso, foram criados 16 novos sindicatos, além de um sindicato de laboratório. Em menos de seis meses, o Estado já contava com 18 sindicatos, no total. A partir do crescimento da representação, criar a Federação dos Hospitais do Paraná – FEHOSPAR – tornou-se apenas uma questão de tempo. Com o estabelecimento da Federação do Paraná, as entidades de saúde do Estado deixaram de ser representadas pela FENAESS, passando a ser cobertas apenas pela FEHOSPAR.

Em 1994, com a criação das três federações – FENAESS, FEHOSUL e FEHOSPAR –, os presidentes decidiram criar a Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços – CNS –, escolhendo o Dr. Ubiratan Dellape para presidir a nova entidade. Também ficou definido que a entidade teria tantos vice-presidentes na diretoria quantas fossem as federações, tão logo criadas.

Naquele mesmo ano foi instituída a Federação dos Hospitais de São Paulo – FEHOESP –, tomando parte, imediatamente, na composição da CNS, tendo, também, um vice-presidente na diretoria da Confederação.

Reconhecimento

Embora o ideário de uma representatividade em terceiro grau na esfera sindical, especializado em saúde fosse uma causa nobre, o reconhecimento da entidade veio depois de muitas lutas. O maior problema

estava na liberação do registro sindical – que substituiu a Carta Sindical, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Quando o Ministério do Trabalho fez o registro sindical, a Confederação Nacional do Comércio – CNC –, à qual, até então a FENAESS estava vinculada, opôs-se à legalização da CNS. A norma do Ministério do Trabalho dizia que quando não houvesse consenso no “desmembramento” entre a categoria desmembrada e a desmembrante, o pedido seria impugnado e as partes deveriam resolver judicialmente a questão.

Não restando outra opção, a CNS ingressou com uma ação solicitando a formalização do registro sindical da entidade. Foram sete anos de disputa judicial contra a CNC, sem possibilidade de acordo. Até que a decisão final fosse proferida, entretanto, a CNS foi ganhando espaço e reconhecimento no setor, assumindo cargos no Conselho Nacional de Saúde e fazendo-se representar em audiências com o Ministério da Saúde.

No processo, a CNS teve seu pedido impugnado em 1ª. e 2ª. instâncias, mas recorreu das decisões, indo ao Supremo Tribunal Federal – STF -. Contando com a defesa de Saulo Ramos – ex-ministro da Justiça do governo Sarney –, a CNS apresentou dois argumentos: que a saúde não era a mesma coisa que o comércio e que tinha precedente porque o comércio era obrigado a pagar o ICMS, enquanto a saúde havia conseguido, há muitos anos, o reconhecimento que o setor não era comércio e que, portanto, não incidia sobre ele a figura desse imposto, típico da área do comércio. E mais: se isso fosse reconhecido – que não era um serviço comercial –, a acusação de que o setor estava rompendo o princípio da unicidade sindical não seria mais válido. Com um parecer favorável de Miguel Reale, a Suprema Corte acolheu a proposição da CNS, reconhecendo a diferença das categorias. Assim, com um acórdão publicado no *Diário da Justiça* em março de 2001, a CNS passou a funcionar e a atuar plenamente, desligada por completo de sua origem com o comércio.

Hoje com sede em Brasília, a CNS congrega oito federações (FENAESS, FEHOSUL, FEHERJ, FEHOSPAR, FEHOESC, FEHOESG,

FEBASE E FEHOESP) e 90 sindicatos. Além disso, a entidade também representa todos os estabelecimentos de serviços de saúde no país.

Sistema S

A idéia da criação da CNS estava atrelada ao desenvolvimento de um Sistema S próprio para a saúde. Desde o início, o objetivo era ter a possibilidade de comandar seu próprio Serviço Nacional de Aprendizagem em Serviços de Saúde – SENASS – e o Serviço Social da Saúde – SESS -.

Para tanto, foi elaborado um projeto de lei entregue na Câmara dos Deputados, em que coube ao deputado Max Rosemann (PMDB-PR) apresentar a matéria. Com o levante contrário da bancada do Comércio, o projeto foi arquivado na Câmara.

Assim, a proposta foi apresentada ao Senado, sob a guarda do senador Geraldo Althoff (PFL-RS). Naquela Casa, a matéria passou pela Comissão de Constituição e Justiça. No entanto, o que deveria ser apenas um estudo formal, acabou se tornando uma análise de mérito. Em audiência pública, cerca de 30 senadores discutiram os prós e os contras do projeto.

A favor, destacaram-se a defesa do então senador José Alencar, hoje vice-presidente da República, que, na condição de vice-presidente da Confederação Nacional da Indústria – CNI –, apesar de não ter nenhuma vinculação com a área da saúde, foi totalmente favorável pela importância do setor. Além disso, os senadores Antônio Carlos Magalhães Junior, Agripino Maia e Ramez Tebet (PMDB-MT), entre outros, também foram favoráveis, bem como a bancada do PFL.

A sessão foi acompanhada por vários dirigentes hospitalares, os quais viram o projeto ser aprovado por mais de 20 votos. Depois disso, o projeto foi enviado para a Comissão de Assuntos Sociais – CAS –, onde se encontra até o momento.

A criação do Sistema S conta com o apoio do Ministério da Saúde, bem como da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS –, Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS –, sindicatos patronais e federações. O setor emprega, hoje, mais de 2,5 milhões de trabalhadores diretos e cinco milhões indiretos, mantendo seu crescimento anual estável, representando, ainda, 8% do PIB nacional. Tal complexidade necessita de atenção, capacitação e aperfeiçoamento, que a CNS e seus colaboradores acreditam que pode ser feito com maior eficiência e destreza se aplicado por entidades que são específicas do setor.

As necessidades na realização dos contratos

Alexandre Venzon Zanetti*

Introdução

Ao pensar em um tema para dissertar neste trabalho, imediatamente veio à mente a maior dificuldade vivenciada nestes 20 anos de advocacia empresarial. Dificuldade percebida nas inúmeras consultas havidas nesse tempo todo de trabalho: a dificuldade de realização de um contrato.

Geralmente, o que a empresa tem como proposta de trabalho é encaminhar ao advogado meia dúzia de condições acordadas para que este as transforme em um contrato, que deve durar e ser eficaz enquanto a relação perdurar. E mais, o advogado deve ter um enorme poder visionário para que nenhum problema advenha dessa relação contratada.

Mas para trabalho visionário, muitas vezes não é dado ao advogado o conhecimento necessário da relação, do negócio jurídico realizado e negociado, e que agora tem de ser colocado a termo por um terceiro, geralmente alijado de boa parte ou da totalidade da negociação, com a responsabilidade de escrever algo que “faz lei entre as partes”.

Por essa razão, não se vislumbra como um contrato pode ser concebido sem que o profissional do Direito esteja presente na negociação ou o administrador estar ausente na realização do contrato. É algo simples,

* O autor é graduado em Direito pela UNISINOS, especialista em Processo Civil e Tributário, e coordenador jurídico da CNS

mas, acredita-se, essencial e necessário. Uma dupla que não deve ser separada para a boa solução contratual dos negócios jurídicos.

A questão administrativa e negocial

De um lado as necessidades humanas refletidas nas empresas e, de outro, a dinâmica social com todo o seu potencial e movimentação levaram à criação de contratos. O interesse de superação de suas carências, algumas primárias e outras de crescimento moral, lazer ou conforto, despertaram a consciência de pessoas para a realização de contratos.

A divisão do trabalho é princípio básico de organização social e que induz o ser humano a recorrer ao suprimento de suas necessidades. A ciência e a técnica não apenas atendem aos apelos de sobrevivência, gerando fórmulas de satisfação das carências primárias, mas despertam ainda o ser humano com a possibilidade de tornar a sua vida mais agradável e melhor. O progresso das sociedades depende, fundamentalmente, dos contratos, os quais atuam como verdadeira alavanca do desenvolvimento.

Contrato é conceituado com negócio jurídico bilateral ou plurilateral, pelo qual duas ou mais vontades se harmonizam a fim de produzirem resultados jurídicos obrigacionais, de acordo com o permissivo e os limites da lei, caracterizando a validade destes quando a celebração se der por agente capaz, o objeto da avença for lícito, determinado e possível, bem como vier de forma prescrita ou não proibida em lei. O contrato resulta da conjunção da vontade declarada e da lei. Esta fixa as condições essenciais à formação, bem como alguns dos efeitos jurídicos que produz, já a declaração da vontade personaliza a aplicação do instituto jurídico, individualizando o seu objeto e os deveres das partes. Esse negócio jurídico é caracterizado por ter força de lei, pois gera uma gama de obrigações e direitos para as partes e são tutelados pela ordem jurídica. A capacidade de contratar é uma capacidade de legislar em causa própria, de administrar

os interesses individuais, sem a violação das leis de ordem pública e dos bons costumes.

Diante dessa necessidade de contratar é que surge a função do gestor ou administrador de empresas. É dele que se origina a necessidade de buscar no mercado o preenchimento da necessidade surgida pela exigência do seu cliente, e somente ele é que possui as informações necessárias para a realização do contrato, eis que tem a gestão da empresa, aqui traduzida em gestão de negócio.

A gestão de negócio é um instituto jurídico que favorece e apoia a solidariedade entre as pessoas. Por ele, alguém designado gestor intervém em negócio alheio, em situações emergenciais, a fim de tutelar o presumido interesse do dono do negócio. Refere-se a qualquer atividade em prol da vontade presumida do dono do negócio que dê origem a obrigações, sejam atos meramente materiais sejam atos ou negócios jurídicos. O objetivo não se limita a atividades profissionais ou lucrativas, inclui qualquer conduta em benefício e na preservação do patrimônio de outrem.

A gestão surge como fonte de obrigações, decorrente de manifestação unilateral de vontade, atende-se somente a vontade do dono. O fato configura uma intromissão na esfera individual, mas motivada pelo propósito de administrar os interesses de quem se encontra impedido de fazê-lo. Ao agir, o gestor atua como se fora o dono do negócio, presumindo a vontade do titular do interesse .

Para a conceituação haverão de concorrer determinados pressupostos ou requisitos: a intervenção em negócio alheio; a atividade no interesse do dono, segundo sua vontade real ou presumida; a intenção de ocasionar proveito ao titular do negócio; a espontaneidade dessa intervenção e a limitação aos interesses de natureza patrimonial para os quais não se exigem poderes específicos nem legitimação especial.

Na gestão de negócio é visível a figura do gestor e dono, cabendo ao gestor, como gerente de patrimônio alheio, zelar pelos bens com esmero maior do que seus próprios bens.

Diante desse conceito e dessa necessidade, surge com grande importância a figura da negociação empresarial, que muitos autores conceituam como o meio de vida do administrador. Embora possa até ser classificada por muitos como um trabalho não gerencial, trata-se de uma parte vital da função de um administrador.

Esse é o momento crucial do presente artigo.

Não há como imaginar, diante de toda a necessidade de contratar aqui já relatada, a importância da gestão e da negociação nesse sistema, que resultam na necessidade de realização de contrato, a ausência de um ou do outro, advogado e administrador, na realização do mesmo. Ambos são essenciais.

Equivocado está todo e qualquer modo de trabalho em que a realização do contrato se dá pelo advogado ao receber um bilhete do administrador.

Foi-se o tempo em que o contrato bem-feito era o que confeccionado pelo advogado, pleno de cláusulas de proteção, mas que pouco continha da realidade de execução do objeto contratado.

Óbvio que a proteção é importante, mas não menos que desenrolar do negócio jurídico para que esse contrato tenha mecanismos necessários para a resolução do objeto. Somente pode ocorrer essa simbiose se o advogado participar, junto do administrador, da negociação havida.

A questão jurídica

É muito comum encontrarem-se contratos falhos, omissos, mal-redigidos ou simplesmente perfeito em aspecto formal, mas distante da realidade negocial, causando dubiedade no entendimento. Os termos utilizados nos contratos devem expressar a intenção das partes contratantes de uma forma mais explícita possível, sem omissões, objetivas, e sem formas genéricas.

Cada contrato é único.

Caso não ocorra desta forma, as dúvidas, as cláusulas malredigidas, as omissões, ocasionarão, com certeza, demandas judiciais.

Diante da judicialização para a solução do conflito, serão levados em conta alguns princípios para o Poder Judiciário emitir um posicionamento.

Diante de modificações históricas, o Estado passou a intervir nas relações contratuais para minimizar a distância entre as partes.

Hoje, com o advento do Novo Código Civil nos artigos 421 e 422, tem-se a limitação legal dirigindo a liberdade contratual conforme a função social do contrato, elegendo como principais princípios norteadores a probidade e a boa-fé.

Grande inovação que torna imprescindível uma renovação na compreensão dos princípios norteadores do contrato de forma a obter-se harmonia com a nova concepção de contrato.

Princípio da obrigatoriedade dos contratos, que estabelece a vinculação das partes por meio de um contrato, que já trouxe a máxima do direito, “o contrato faz leis entre as partes”, continua em vigor, mas suavizado pela evolução, bastando que as partes estejam em igualdade dentro da relação contratual, e nenhuma tira proveito injustificado da situação. O Código Civil acata esse princípio quando estabelece responsabilidade por perdas e danos àquele que não cumpre com sua obrigação. No entanto, permite a ingerência estatal para resolução em caso de desigualdade.

Princípio da autonomia de vontade trata da liberdade de contratar, pelo qual as partes podem ou não celebrar um contrato, bem como estabelecer os termos do mesmo. Neste princípio está contida regra para corrigir desigualdades, principalmente quando de contrato dito de adesão.

Princípio da relatividade dos efeitos diz respeito aos efeitos dos contratos. Antes da mudança trazida pelo Novo Código Civil, a regra é que o contrato vinculava somente as partes contratantes, não atingindo

terceiros. Agora, o princípio continua o mesmo, e vigente, mas os contratantes não podem mais agir para sua satisfação egoística, sem atentar para os efeitos deste pacto junto à coletividade, em virtude da função social do contrato.

Princípio da função social do contrato surgiu no mundo jurídico originalmente nas questões de propriedade aos poucos também se impregnou no Direito das Obrigações, sendo adotado no Novo Código Civil em seu artigo 421. Justificasse dessa forma a intervenção do Estado a fim de impedir o abuso dos mais fortes em relação aos menos favorecidos, na tentativa de propiciar justa distribuição de riquezas entre as partes.

A justificativa para tal intervenção é amparada na ideia de que a injustiça que decorre de cada contrato reflete em um desequilíbrio social que atinge toda a coletividade. Assim, está intrínseco em cada contrato particular uma função social.

O princípio consensualista que trata do modo pelo qual se opera a formação dos contratos, e não ao seu conteúdo. O simples acordo de vontades, ou consenso entre as partes, possui efeito gerador de obrigações contratuais.

Princípios da boa-fé e da probidade, incluídos no atual Código Civil, são principais marcos das mudanças nos conceitos e fórmulas até então vivenciados no cotidiano.

A boa-fé leva em consideração um padrão de comportamento externo, devendo-se observar os fatores concretos de cada caso a fim de se identificar a ação apropriada do homem correto, leal, honesto probo, normalmente esperada pela sociedade.

A probidade, por sua vez, nada mais é do que um dos aspectos objetivos da boa-fé se a entendermos como maneira criteriosa para cumprir todos os deveres assumidos no contrato tendo em vista que o termo probidade significa qualidade do que é probo, integralidade, honestidade e retidão.

Assim, nos contratos atender-se-á mais a intenção do que o sentido literal da linguagem, bem como os contratos serão interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Mais dois princípios devem ser levados em conta, simples quanto à compreensão, do não enriquecimento sem causa e o da equivalência das prestações, não submetendo nenhuma das partes à prestação maior do que a outra parte contratante.

Mas diante de tudo isso, o que é imprescindível que contenha um contrato?

Partes capazes de contratar, sem vício de consentimento.

Objeto, bem-definido contendo todos os aspectos do que as partes esperam na execução do contrato

Modo desta execução, como chegar ao objeto do contrato.

Regras de execução no sentido de contemplar o *modus operandi* o que as partes imaginaram durante as negociações e ao que foi acordado.

Preço ou contraprestação da execução do contrato.

Tempo de duração não só do contrato, como tempo necessário para a execução do objeto a contento e nas possibilidades das partes, tanto quanto quem executa como quem recebe o objeto contratado.

Soluções de conflitos, ou pela via arbitral ou judicial, mas que tenha um local assegurado como foro de eleição.

Claro, tais cláusulas não significam a totalidade, para que as partes tenham segurança na contratação, mas significam o mínimo necessário para andamento do negócio jurídico.

A ordem jurídica é única, mas as situações jurídicas variam em decorrência de fatos jurídicos concretos, entre os quais avultam os contratos.

Uma vez alcançada a compreensão fundamental de contrato, torna-se pertinente a análise de seus elementos constitutivos, pois deve haver uma correspondência entre o conceito e tais elementos em um contrato. Os elementos dividem-se em essências, acidentais e naturais. Os primeiros devem integrar, necessariamente, qualquer modalidade contratual sob pena de

configurar negócio jurídico inexistente. Ressalta-se que inválido é o negócio jurídico existente e que apresenta algum vício ou defeito em seus elementos essenciais. Os elementos acidentais são inseridos por livre opção das partes, enquanto os naturais são meramente dispositivos, constantes em lei, e que aplicam aos contratos quando as partes não excluem sua incidência.

Para a efetivação dos contratos, o processo de formação apresenta uma base comum, mas há variação de procedimentos de acordo com a classe contratual. Tratando-se de contrato consensual é suficiente o acordo de vontades; se o contrato for solene, o consentimento deverá ser dado na forma da lei; se real, a entrega da coisa é requisito básico.

A primeira etapa de formação começa na proposta, definida como a manifestação a outrem de sua vontade de praticar determinado contrato, propondo-lhe a sua realização e definindo as bases e condições do ato negocial, sendo esta um importante instrumento, haja vista ser revestida de juridicidade, se reunir os dados essenciais ao contrato, pois configura declaração unilateral receptiva de vontade, mediante a qual se assume a obrigação de celebrar o contrato nas condições formuladas.

Seguindo as etapas de formação dos contratos, a próxima é a aceitação, sendo esta facultativa, é a resposta afirmativa do oblato à proposta que lhe foi apresentada, dando-se por concluído o processo de formação do contrato quando se adere à proposta.

Para um efetivo cumprimento dos ditames contratuais, o pressuposto primário é o conhecimento das regras a serem observadas, já que um equívoco na interpretação leva, necessariamente, a uma exceção deturpada das normas. Independente de sua modalidade, os contratos carecem sempre de interpretação. O cumprimento pelas partes e a aplicação na esfera judicial exigem o prévio conhecimento do teor das cláusulas. Neste ínterim, não se pode confundir interpretação com integração, pois aquela decodifica a declaração das partes, mediante análise das cláusulas contratuais, enquanto esta é regulamentação complementar. No ordenamento brasileiro, o legislador estabeleceu que nas declarações de

vontade atender-se-á mais à intenção nelas consubstanciadas do que o sentido literal da linguagem.

A interpretação jurídica, qualquer que seja o seu objeto imediato, propõe-se a revelar o sentido e o alcance das normas jurídicas, estejam elas situadas no texto legal, em escritura pública ou particular. A prova dos contratos é operação de natureza prática, não coincidente com a atividade decodificadora. Cada qual possui características próprias. Provar um contrato é demonstrar a sua existência e o conteúdo de suas cláusulas. Na interpretação não se questiona a existência do vínculo contratual, apenas o verdadeiro sentido e alcance da declaração de vontade. Às vezes, a tarefa de provar a existência exige a de interpretar, a fim de se esclarecer a espécie do vínculo.

A experiência revela que, em determinadas circunstâncias, as partes optam pela celebração de um contrato preliminar, também chamado de promessa de contrato, o qual gera somente a obrigação de celebrar, no futuro, o contrato definitivo, podendo ou não haver condição ou prazo determinado. É uma alternativa para aqueles que, não dispendo ainda do objeto da prestação – dinheiro ou não –, desejam a garantia de realização do negócio jurídico. A redução momentânea dos custos operacionais é outra motivação que leva os interessados à celebração de contrato preliminar. Recorre-se a este tipo de contrato quando não se quer ou não é possível celebrar o contrato definitivo no momento.

Frise-se que, ainda não promessa unilateral, a categoria jurídica é contrato, pois promitente e promissário emitem declaração de vontade, embora apenas o primeiro se obrigue. O contrato preliminar pode se limitar a criar a obrigação do contrato definitivo, mas implicar também no início da execução. Esta se completa, apenas, com o segundo contrato.

Uma vez concluído, o contrato começa a produzir os seus efeitos – uma gama de direitos e obrigações, de créditos e débitos – imediatamente, sejam estes convencionais ou legais.

A forma natural de extinção dos contratos é por meio de sua execução, ou seja, de seu cumprimento das obrigações, por ambas as partes,

até que os resultados finais previstos sejam alcançados. Contudo, ocorrem situações que podem antecipar o fim do contrato, como acontece com os contratos nulos e anuláveis.

Entre as causas que antecipam a extinção dos contratos, tem-se: o distrato, é o acordo das partes, cujo objeto é o desfazimento de contrato que ainda possui efeitos jurídicos a produzir, tão instituto que tem por base o princípio da autonomia da vontade, pois, da mesma forma que a iniciativa do contrato atende à conveniência das partes, o desenlace pode consultar aos seus interesses. O distrato pressupõe, assim, um contrato anterior, que as partes desejam neutralizar, esvaziando inteiramente o seu conteúdo normativo e obrigacional.

Existe, ainda, a rescisão contratual, que se opera mediante a declaração unilateral de vontade nos casos previsto na lei. Importante destacar que, desde que uma das partes tenha feito despesas consideráveis para a sua execução, o vínculo manter-se-á após a notificação e por tempo compatível com a dimensão dos investimentos.

A resolução, outra forma de extinção antecipada, opera-se em decorrência de descumprimento de cláusula contratual, bem como a onerosidade excessiva. A lei civil coloca à disposição da parte lesada a alternativa de exigir o cumprimento da obrigação ou a declaração judicial de extinção, podendo, ainda, pedir cumulativamente perdas e danos.

Cabe, ainda, a suscitação da exceção do contrato não cumprido, nos contratos bilaterais em que a parte devedora não pode exigir da contraparte o cumprimento de uma obrigação enquanto estiver inadimplente.

Conclusão

O texto não tem a pretensão de ser técnico. Os conceitos jurídicos foram trazidos para a compreensão do contrato como consequência dos negócios jurídicos.

É certo que no Direito repousam incertezas e dúvidas, que o tempo e o debate transformam em referências sólidas, palavras de Sérgio Mourão Corrêa Lima, citadas aqui para dizer que não se entende como pode ser diferente a confecção de um contrato senão coma presença do administrador, gestor e do profissional de direito, advogado durante as negociações.

Somente dessa forma poderão ser levadas a termo a correção e a realidade negociada e necessitada pelas partes contratantes na execução do contrato.

A maioria dos problemas havidos em contratos tem como origem distanciamento dessa correção e realidade.

Como concluir significa pôr fim, ou levar a cabo, reitera-se a posição, e a necessidade, tratada aqui para solução da maioria dos problemas envolvendo contratos nas empresas.

Referências

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. atual. até a EC nº. 52/06. São Paulo: Atlas, 2006.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 3.
- VALÉRIA, Maria Sant'Anna. *Manual prático dos contratos*. 3. ed. Bauru: EDIPRO, 2005.
- MARTINELLI, Dante Pinheiro. *Negociação empresarial*. São Paulo: Manole, 2002.
- RODRIGUES, Frederico Viana e cols. *Direito de empresa no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro:, 2004.

Não incidência do ISSQN em face dos serviços hospitalares

José Eduardo Dornelas Souza*

José Rilton Tenório Moura**

O Imposto sobre Serviços de qualquer Natureza – ISSQN –, de competência dos municípios e do Distrito Federal, nasceu do Decreto-Lei 406/68 e, a partir de 01.08.2003, passou a ser regido pela Lei Complementar 116/2003.

No âmbito da competência tributária, os municípios e/ou o Distrito Federal estão adstritos aos serviços definidos em lei complementar. Esses, por seu turno, não podem invadir a esfera de competência do Estado, ou seja, o ISSQN compreende os serviços de qualquer natureza, desde que não sejam objeto de tributação pelo Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços – ICMS -.

Portanto, apesar desses limites legais, essa não é a prática que vem sendo seguida. Com efeito, surpreendentemente, tais entes tributantes, em uma atitude de inteira indiferença para com os disciplinamentos legais sobre a matéria, vêm inserindo elementos alheios à base de cálculo do ISSQN, em face dos serviços hospitalares, fazendo incluir valores destinados à alimentação, aos medicamentos, aos materiais e aos honorários dos médicos contratados pelo estabelecimento prestador.

* Advogado, pós-graduado em Direito Público pela JusPodivm/BA, assessor jurídico FEBASE, sócio do escritório jurídico TENÓRIO & DORNELAS ADVOGADOS ASSOCIADOS.

** Advogado, sócio do escritório especializado em Direito Tributário TENÓRIO & DORNELAS ADVOGADOS ASSOCIADOS.

Dita inclusão possui o escopo claro de aumentar a arrecadação dos municípios e do Distrito Federal, mas, ao fazê-lo, desprezam princípios e dispositivos legais vigentes.

A discussão desta prática ilegal de tributação chegou ao STJ, que, ao editar a Súmula 274, pretendeu enterrar a discussão no âmbito daquela Corte. A matéria restou sumulada nos termos a seguir:

STJ Súmula nº. 274 – 12/02/2003 – DJ 20.02.2003

ISS – Assistência Médica – Refeições, Medicamentos e Diárias Hospitalares. O ISS incide sobre o valor dos serviços de assistência médica, incluindo-se neles as refeições, os medicamentos e as diárias hospitalares.

Apesar de sumulada, a matéria merece discussão, tendo em vista ainda não ter sido efetivamente discutida no âmbito constitucional de competência do Supremo Tribunal Federal, a merecer o eventual cancelamento da Súmula por parte do próprio STJ, em razão do que restou decidido pela Suprema Corte nos autos do RE 116.121/SP, que entendeu finalmente ser a tributação do ISSQN, apenas devida quando se tratar de uma obrigação de fazer, conforme se verá adiante.

Da base de cálculo do ISSQN

Existem lições doutrinárias importantíssimas a respeito da função da base de cálculo dos tributos e a sua relação direta com a materialidade do fato gerador. Alguns autores denominam esta relação como sendo o binômio da base de cálculo e hipótese de incidência.

Nos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho (*Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 327), encontra-se que “*Temos para nós que a base de cálculo é a grandeza instituída na consequência da regra-matriz tributária, e que se destina, primordialmente, a*

dimensionar a intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico, para que, combinando-se à alíquota, seja determinado o valor da prestação pecuniária. Paralelamente, tem a virtude de confirmar, infirmar ou afirmar o critério material expresso na composição do suposto normativo”.

Sendo assim, a base de cálculo deve ter uma grandeza mensurável, devendo guardar uma relação direta com o fato imponible, sob pena de não se ter a materialidade devida, senão outra. A base de cálculo confirmará quando estiver perfeitamente equilibrada com a hipótese de incidência, sendo uma decorrência lógica desta. Afirmará, também, quando for imperfeita a formulação legal da materialidade e ainda quando estiver em desacordo com a hipótese de incidência.

Nesse aspecto, nunca é demais apresentar alguns julgados proferidos pelo Tribunal de Alçada de São Paulo:

Receita bruta é o preço do serviço, vale dizer, as quantias que a fornecedora de mão de obra recebe para realizar tal mister, nela não podendo ser incluídos os salários e encargos sociais pagos às pessoas recrutadas, que não integram o preço dos serviços contratados. (Ac. da 1ª. Câmara do 1º. TAC de São Paulo, Ap. nº 611.43970, Relator designado Juiz Elliot Akel)

O serviço, na hipótese vertente, bem como o seu preço, devem considerar, exclusivamente a intermediação, finalidade principal da empresa, sendo certo, ainda, que incluir os salários dos empregados locados a terceiros implicaria na oneração excessiva em termos tributários, com reflexos em toda a prestação do serviço exclusivamente de intermediação, de molde, quiçá, a inviabilizá-los. (Ac. un. da 9ª Câmara Especial de janeiro 97 do 1º. TAC de São Paulo, Ap. nº. 682.664-8, Rel. Juiz Hélio Lobo Júnior)

Assim, não se pode incluir em sua receita bruta as parcelas que recebe a título de salários e encargos previdenciários, já que não ficam em seu poder pois depois os repassa. Na verdade, a apelada é mera

depositária quanto a tais valores, sendo o preço do serviço apenas a importância que recebe a título de remuneração pelo recrutamento e seleção do trabalho. (Ac. un. da 2ª. Câmara Extraordinária-B do 1º. TAC de São Paulo, Ap. nº. 724.069-5, Rel. Juiz Marcos Zanuzzy)

Ora, é certo que, igualmente às hipóteses anteriormente citadas, alargar a base de cálculo do ISSQN para interpretar que a compõe dentro dos serviços médicos tributados, os alimentos servidos nos hospitais, os medicamentos e materiais utilizados, é ferir a Constituição Federal, uma vez que, por exemplo, os hospitais não prestam serviços de “venda de medicamentos”.

Portanto, quando a municipalidade expressa que a base de cálculo do ISSQN é o valor bruto da nota fiscal/fatura para as empresas prestadoras de serviços, como é o caso dos estabelecimentos de saúde, há uma violação do princípio constitucional capacidade contributiva, inculcado no artigo 145, §1º. da Constituição Federal de 1988¹, e conseqüentemente um confisco, que é vedado pela Carta Magna de 1988, em seu art. 150, inciso IV, *in verbis*: “*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:...IV – utilizar tributo com efeito de confisco*”, bem como um desrespeito ao art. 9º., *caput* do Decreto-Lei 406/68, pois destoa do conceito de que é o “preço de serviço”, transformando esse no valor total bruto do serviço, o que jamais foi o objetivo da lei, que tem por escopo tributar o serviço prestado.

Assim, exigir o recolhimento do ISSQN com base no valor bruto da nota fiscal/fatura, no caso das empresas, com preponderância de mão-de-obra, é inconstitucional e ilegal.

No que concerne à argumentação de confisco, a mesma se dá porque o município considera como base cálculo um valor que não cor-

1 *Art. 145 § 1º* – Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte..

responde à remuneração do serviço prestado, mas, sim, um valor mais amplo, fazendo como que o Imposto a recolher seja maior do que o valor recebido pela empresa a título de prestação de serviço, o que configura, por conseguinte, um verdadeiro confisco.

Aliquota material do ISSQN

Ainda com relação ao tópico da base de cálculo do ISSQN, é importante demonstrar efetivamente que o referido Imposto, na prática, possui, na verdade, um percentual muito maior do que o previsto em lei, pois atinge um patamar que varia de 7 a 180%.

Quando se analisa o expressivo montante dos insumos e materiais necessários para a realização dos exames, vislumbra-se a realidade terrível do ISSQN para as empresas do ramo da saúde.

Tomando como exemplo, exames escolhidos, aleatoriamente, e de acordo com a maior frequência de solicitação de convênios, pode ser constatado que a incidência de 5% de ISS sobre o bruto revela uma taxa que varia de 7,22 até 183,73% do ISS sobre o valor líquido. Vê-se, por amostragem:

Convênios

Exame	Valor do Exame	Valor do Material	Valor Líquido	ISS Cobrado	ISS sobre Líquido
Cintilografia do Miocárdio Repouso e Esforço	1.252,60	490,60	762,00	62,63 8,22%	38,10
Cintilografia com Gálio-67	692,81	512,21	180,60	34,64 19,18%	9,03
Cintilografia da Tireóide	94,30	31,30	63,00	4,72 7,49%	3,15

Tratamento de CA da Tireóide	1.643,69	1.486,19	157,50	82,18 52,18%	7,88
Tratamento de CA da Tireóide com Thyrogen	5.787,51	5.630,01	157,50	289,38 183,73%	7,88
Tomografia Computadorizada do Crânio	257,15	98,39	158,76	12,86 8,10%	7,94
Tomografia Computadorizada da Coluna	257,15	98,39	158,76	12,86 8,10%	7,94
Tomografia do Tórax	302,30	112,46	189,84	15,12 7,96%	9,49
Urografia Excretora	96,71	53,87	42,84	4,84 11,3%	2,14
Mamografia	58,98	23,28	35,70	2,95 8,26%	1,79
RX Tórax PA e Perfil	19,42	5,98	13,44	0,97 7,22%	0,67

(Os valores dos materiais informados foram coletados na Tabela Guia Farmacêutico Brasíndice de 20 de julho de 2009, Anexo I e II.)

Se comparados com a tabela do SUS, então a situação fica catastrófica, em que a remuneração de exames de alta complexidade, na maioria dos casos, sequer cobre o custo dos materiais utilizados. Observe-se:

Convênios SUS

Exame	Valor Total	Material	Valor Líquido
Tomografia Computadorizada do Crânio	97,44	98,36	-0,92
Tomografia Computadorizada da Coluna	101,10	98,36	2,74
Cintilografia com Gálio-67	223,16	521,21	-298,05
Tratamento de CA da Tireóide	427,50	1.486,19	-1.058,69
Tratamento de CA da Tireóide com Thyrogen	427,50	5.630,01	-5.202,51
Urografia Excretora	57,40	53,87	3,53

Ocorre que as empresas de saúde não podem deixar de realizar os procedimentos, vez que em se tratando do diagnóstico e do tratamento de doenças como, por exemplo, câncer, a rapidez do tratamento é crucial, evitando a disseminação (metástases) e promovendo a cura da doença.

Da não incidência de ISS sobre medicamentos, materiais e alimentação – obrigação de dar

Com efeito, as receitas provenientes de medicamentos, materiais e alimentação utilizados pelo estabelecimento hospitalar na prestação dos seus serviços não constituem fato gerador do ISSQN, pois, além de tais itens não se mostrarem inseridos no conceito de serviços, não há lucratividade com a utilização dos mesmos, mesmo porque, se assim houvesse, seria necessário modificar os contratos sociais dos estabelecimentos hospitalares para fazer incluir venda de medicamentos, materiais e alimentação.

Sobre tais itens não pode haver incidência de ISSQN, por se tratar de uma obrigação de dar, e não de fazer. Por isso, não pode a administração fazendária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, para fins de pretender incluir na base de cálculo fatos não previstos na lei.

Assim, o ISSQN é um imposto que incide sobre a efetiva prestação de serviços, que se traduz em uma utilidade com o fito de que seja executada uma obrigação de fazer. Ademais, não basta que o serviço seja prestado, pois este deve ser efetuado para uma terceira pessoa e mediante remuneração. Daí caracterizar-se pela onerosidade e pela comutatividade.

Como bem assevera Hugo de Brito Machado (*Curso de direito tributário*, 1994, p. 312), “em se tratando de serviços prestados por empresa,

o imposto, que neste caso é proporcional, tem como base de cálculo o preço do serviço. É a receita da empresa, relativa à atividade de prestação de serviços tributáveis”.

Ainda o renomado mestre afirma em outra obra que “*da mesma forma que a União Federal não pode tributar as grandes fortunas sem que a lei complementar defina os que como tal se há de entender, também os municípios não podem tributar os serviços de qualquer natureza que não tenham sido definidos em lei complementar. Pode-se afirmar, em outros termos, que a validade de eventual descrição abstrata, em lei tributária municipal, de determinado serviço como fato gerador de ISSQN afigura-se condicionada a sua anterior inclusão na mencionada lista de serviços”.* (Curso de direito tributário. 22. ed. rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 362).

Roque Antonio Carrazza, em artigo publicado na *Revista Dialética de Direito Tributário* (nº. 94, 2003, p. 116), prescreve de forma clara que

o ISS depende, para nascer ‘in concreto’, da existência de um serviço, prestado com autonomia e fito de lucro, na esteira do Código Civil, que, em seu art. 594, considera prestação de serviço ‘toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial’ passível de contratação ‘mediante retribuição’.

Diante do conceito do que vem a ser prestar serviços e da própria dicção da lei, nota-se que a base de cálculo do ISSQN é o preço do serviço efetivamente prestado. Assim, só pode ser passível de incidência pelo referido tributo a operação na qual envolva uma obrigação cuja prestação centra-se num fazer, e não numa prestação de dar.

Prestação de fazer, conforme se depreende do próprio nome, constitui-se no ato de servir uma terceira pessoa, ou seja, prestar serviço a outrem, a exemplo da prestação de serviço de advocacia, de medicina, entre outros. Difere, portanto, da obrigação de dar, a qual consiste em uma atividade que se caracteriza nitidamente como uma obrigação de dar um

bem para outrem. Não se trata, pois, de prestar um serviço para satisfação alheia, como é o caso da primeira hipótese, e sim de entregar um bem para uso de terceiro. São hipóteses diferentes e de natureza distintas.

Nessa esteira de raciocínio, não pode o legislador querer ampliar o sentido lógico e literal da expressão serviço hospitalar para fins de enquadrá-lo na hipótese de incidência do ISS, apenas porque esses materiais, alimentação e medicamentos são utilizados pelo hospital, na prestação do seu serviço.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, julgando caso análogo, sedimentou a matéria no sentido de que o Imposto sobre Serviços não pode incidir sobre a locação de bens móveis. Eis o que prescreve a ementa do RE nº. 116.121-3/SP, publicado no DJ de 25.05.2001, *in verbis*:

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável – artigo 110 do Código Tributário Nacional.

O Supremo Tribunal apenas aplicou ao caso concreto o princípio da Legalidade, em face do previsto no art. 110 do Código Tributário Nacional, para fins de demonstrar a notória diferença entre locação de serviços e de móveis. Além disso, ressaltou a importância dos institutos, expressões e vocábulos, que têm sentidos próprios.

O Ministro do Supremo Tribunal, Marco Aurélio, em seu voto nos autos do RE 116.121-3/SP, dispôs que “somente a prestação de serviços, envolvido na via direta o esforço humano, é fato gerador” do ISS.

Em síntese, há de prevalecer a definição de cada instituto, e somente a prestação de serviços, envolvido na via direta o esforço

humano, é fato gerador do tributo em comento. Prevalece a ordem natural das coisas cuja força surge insuplantável; prevalecem as balizas constitucionais e legais, a conferirem segurança às relações Estado-contribuinte; prevalece, enfim, a organicidade do próprio Direito, sem a qual tudo será possível no agasalho de interesses do Estado, embora não enquadráveis como primários. (RE nº 116.121-3-SP)

A tese acolhida pelo Supremo Tribunal Federal defende ser locação de bens móveis uma obrigação de dar, ao passo que o ISS deve incidir sobre prestação de serviços, que tem a natureza de obrigação de fazer, ou seja, há discrepância entre a natureza da pretensão fazendária, que deve incidir sobre obrigação de fazer, e a efetiva natureza da redação da previsão *in abstracto*, locação de bens móveis, obrigação de dar. Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que, inclusive no corpo do acórdão, faz menção a um julgado da Suprema Corte sobre o fato de o ISS incidir apenas sobre obrigação de fazer:

“Tributário – ISS – locação de bens móveis –
ilegalidade – precedente do STF no re 116.121/SP.

1. O Decreto-Lei 406/68 (com a redação dada pela LC 56/87) contemplou, no item 79 da Lista de Serviços anexa, a locação de bens móveis como passível de incidência do ISS.

2. O STF, no julgamento do RE 116.121-3/SP, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da exigência, restando assentado que a cobrança do ISS sobre locação de bem móvel contraria a Lei Maior e desvirtua institutos de Direito Civil.

3. Segundo o Código Civil, na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição, *enquanto que a prestação de serviços envolve diretamente o esforço humano*. (REsp 771.809/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2a. Turma, julgado em 17.04.2007, DJ 13.02.2008 p. 150). (Grifos nossos)”

Segundo Roque Antonio Carrazza (1998 p. 544):

[...], entendemos que a lei complementar não pode prever ‘serviços por definição legal’, tributáveis pelo ISS. Por outro giro verbal, a lei complementar não pode considerar serviços, para fins de tributação por via de ISS, fatos que não os sejam. Isto feriria, dentre outros, o direito subjetivo do contribuinte de só ser tributado pela pessoa política competente e nos estritos termos da Constituição.

Ora, sabe-se que em matéria tributária a legalidade é estrita, ou seja, tem como objetivo limitar a atividade tributária do Estado, vinculando-a aos limites da lei e assim o termo prestação de serviços não pode ser tão elasticado ao ponto de dar interpretação não contida na lei, de que os alimentos, materiais e medicamentos possam fazer parte da base de cálculo do ISSQN. Na linha do exposto, analisando a incidência do ISS sobre locação de bens móveis, o STF entendeu que seria inadmissível e arbitrária manipulação da repartição constitucional, uma vez que o ISS só poderia incidir sobre obrigação de fazer.²

Maria Helena Diniz, em seu *Curso de direito civil brasileiro* (1998, p. 85), tece comentários acerca do tema, esclarecendo que “A obrigação de fazer é a que se vincula o devedor à prestação de um serviço como ato positivo, material ou imaterial, seu ou de terceiro, em benefício do credor ou de terceira pessoa”, enquanto que Clovis Beviláqua (*Direito das obrigações*, 1957, p. 54), interpreta que a obrigação de dar seria “[...] aquela cuja prestação consiste na entrega de uma coisa móvel ou imóvel, seja para constituir um direito real, *seja somente para facilitar o uso*, ou ainda, a simples detenção, seja finalmente, para restituí-la a seu dono” (grifos nossos).

2 “...a qualificação da “locação de bens móveis”, como serviço para efeito de tributação municipal mediante incidência do ISS, nada mais significa do que a inadmissível e arbitrária manipulação, por lei complementar, da repartição constitucional de competências impositivas, eis que o ISS somente pode incidir sobre obrigações de fazer, a cuja matriz constitucional não se ajusta figura contratual de bens móveis.”(STF, Pleno, Rec. Extra. nº 116.121-3/SP, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 11.10.2000)

Encontra-se nos ensinamentos de Aires Barreto (*Revista de Direito Tributário*, 1999, p. 49), um interessante texto que expressa: “Obrigação de dar jamais pode conduzir à exigência de ISS, porquanto serviço se presta, mediante um *facere*. Em outras palavras, serviço se faz, não se dá”.

Ora, se serviço se faz, não se dá, é inviável alegar que medicamentos, materiais e alimentos, inerentes aos serviços médicos, fazem parte da base de cálculo do ISS, vez que tais elementos se constituem como obrigação de dar e não de fazer.

Não incidência de ISS sobre os honorários médicos – bitributação:

Os médicos são profissionais que exercem suas atividades no estabelecimento hospitalar ou por meio de pessoa jurídica prestadora de serviços médicos, ou, ainda, na qualidade de autônomos.

Nesta seara, tais profissionais já recolhem o ISSQN, quer seja como profissionais autônomos quer como pessoas jurídicas. Assim, como eles já sofrem a incidência desse mesmo imposto nessa modalidade, não se pode admitir que o estabelecimento hospitalar seja obrigado a proceder ao recolhimento do ISSQN incluindo na base de cálculo o ISSQN devido por essas terceiras pessoas. Este já é tributado. Pretender tributá-lo novamente é inadmissível.

Nesse sentido, dentre os valores recebidos pelo estabelecimento hospitalar, têm-se valores relativos aos honorários médicos, que são repassados ao médico ou a uma terceira pessoa jurídica. Dessa forma, por óbvio que esses valores não representam receita do estabelecimento hospitalar, são valores conhecidos como ingressos.

Nas lições sempre atuais do eminente Geraldo Ataliba (1969, pp. 25-26), o mestre deixa claro que existe grande diferença entre receita e ingresso, como se pode ver:

Sob a perspectiva jurídica, costuma-se designar por entrada, todo o dinheiro que entra nos cofres públicos, seja a que título for. Nem toda entrada, entretanto, representa uma receita. É que muitas vezes o dinheiro ingressa a título precário e temporariamente, sem passar a pertencer ao Estado.

E, logo adiante, conclui: “[...] receitas são entradas definitivas de dinheiro que pertencem ou passam a pertencer ao Estado [...]”.

Assim, receitas são entradas que modificam o patrimônio da empresa, incrementando-o. Os ingressos envolvem valores que integram o patrimônio de outrem, vez que são aqueles valores que não importam modificação no patrimônio de quem os recebe, porém mero trânsito para posterior entrega a quem pertencerem.

Dessa forma, conseqüentemente resta claro que apenas os aportes que incrementem o patrimônio, como elemento novo e positivo, são receitas. Essas, e só essas, são tributáveis pelo ISSQN. Os meros ingressos não configuram receita no seu sentido técnico e somente as receitas decorrentes da prestação de serviços é que podem integrar a base de cálculo do ISSQN, porque apenas a receita remunera a atividade desenvolvida. Só a receita representa o preço da atividade do prestador, consubstanciando pagamento da prestação contratual correspondente.

Trazendo tais lições para o caso em exame, a base de cálculo e o preço do serviço, que não se confunde, não pode compreender todas as entradas de caixa que venham a ocorrer no curso das atividades desempenhadas pelo estabelecimento prestador de serviços, na medida em que as mesmas se revestem de distintos fundamentos e origens, cada qual sujeita à apreciação própria.

Apreciando caso análogo, ou seja, discussão em torno da cobrança do ISS das empresas operadoras de planos de saúde, o STJ, por sua Primeira Turma, nos autos do Recurso Especial nº. 1.002.704-DF, no voto do Ministro Francisco Falcão, contrariando o relator, Ministro José Delgado, considerou haver, de fato, bitributação na cobrança do ISS sobre referido seguimento. Com isso, o STJ determinou que fossem excluídos

os valores repassados pela empresa aos terceiros, garantindo, assim, que o ISSQN abranja apenas a receita das empresas. Vê-se:

ISS. Contrato. Seguro. Plano. Saúde.

Dessa forma, há uma dupla tributação, fazendo-se necessária a exclusão dos valores que foram repassados pela empresa de seguro-saúde aos terceiros, garantindo-lhe que a base de cálculo do ISS abranja apenas a parte que ficou como receita para a recorrente. A quantia referente aos terceiros será incluída no cálculo do ISS devido por eles (os profissionais, laboratórios e hospitais).

Com esse entendimento, ao prosseguir o julgamento, a Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp 196.187-PE, DJ 3/5/1999, e EDcl no REsp 227.293-RJ, DJ 19/9/2005. REsp 1.002.704-DF, Rel. originário Min. José Delgado, Rel. para acórdão Min. Francisco Falcão, julgado em 12/8/2008.

Ora, esse mesmo entendimento deve-se aplicar ao caso em comento, pois as receitas decorrentes de honorários médicos, em verdade, apenas transitam pelo caixa do estabelecimento hospitalar, sendo os valores repassados ao médico prestador do serviço, seja ele profissional autônomo ou pessoa jurídica prestadora de serviços médicos.

Aliás, nesse particular, tem-se ainda que perceber que os valores recebidos pelo estabelecimento hospitalar a título de medicamentos e materiais não devem ser entendidos como receitas, e, sim, como meros ingressos, visto que tais valores são repassados para o estabelecimento que realizou a operação de venda desses produtos ao estabelecimento prestador.

Tanto é verdade que esses mesmos produtos (materiais e medicamentos) sofrem a incidência do ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços –, havendo bitributação no caso da cobrança também do ISS para os mesmos itens já tributados, o que é vedado pela Constituição Federal, em face do disposto no princípio constitucional

da discriminação dos impostos, previstos nos artigos 153, 155 e 156 da CF/88.³

Do ferimento ao princípio da legalidade

Nunca é demais ressaltar que o Direito Tributário é regido pelo princípio da legalidade e, dessa forma, somente em face de lei pode ocorrer tributação. Assim, é previsão legal que somente serão tributados por ISSQN os serviços de qualquer natureza e, então, somente os serviços em sua essência deverão sofrer tributação do ISSQN, e a atividade que não configure serviço não pode servir de base de cálculo para o imposto, como é o caso dos medicamentos, materiais, alimentação e honorários médicos. O próprio STJ, antes de sumular a matéria contrariamente aos interesses dos contribuintes, no caso em tela, possuía acórdãos favoráveis à tese, defendendo que as mercadorias utilizadas quando da prestação de serviços médicos não deveriam fazer parte de base de cálculo do ISSQN⁴.

Ora, ainda que sejam utilizados em face do tratamento ao paciente, tais elementos apenas estão agregados ao mesmo, não fazendo parte dos serviços prestados a fim de tributação do ISSQN, não devendo a receita obtida com o fornecimento de tais produtos ser tributada, porque

3 Sabemos que a bitributação é inconstitucional, por força do princípio discriminador de impostos (arts. 153, 155 e 156 da CF). Se houver duas normas jurídicas, de entes políticos diferentes, elegendo a mesma situação fática ou jurídica como elemento nuclear do fato gerador, uma delas será, necessariamente, inconstitucional, por invasão da esfera privativa de tributação da outra entidade política. Em se tratando de mesma pessoa jurídica de direito público interno, como acontece com o Pis-Cofins, haverá mero bis in idem, isto é, a União tributa duas vezes a mesma realidade econômica, o que nada tem de inconstitucional. (Kiyoshi Harada jurista, professor e especialista em Direito Financeiro e Tributário pela USP – Industrialização por encomenda: IPI/ICMS ou ISS? Elaborado em 02.2008. Extraído do site JUS NAVEGANDI.COM.BR)

4 STJ – Recurso especial: RESP 132435 CE 1997/0034578-5
Tributário. Serviços hospitalares. ISS. Medicamentos utilizados e refeições servidas nos hospitais. Não incidência.
1. Não há que se falar em incidência do ISS sobre mercadorias envolvidas na prestação do serviço efetuado nos hospitais.

foge a regra do princípio da estrita legalidade, já que o rol descrito nas listas de serviços anexas ao Decreto-Lei nº. 406/69 e a Lei Complementar 116/03 é taxativo, não permitindo outras hipóteses.

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 110 define:

Art.110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Assim, uma vez contrariando o texto legal citado, o legislador estaria recebendo, por via oblíqua, poder para alterar a Constituição Federal e, no caso em tela, verifica-se ter o legislador complementar e ordinário, ao determinar que os medicamentos, materiais hospitalares e refeições devem ser incluídos na base de cálculo para a incidência do ISSQN, alterado o conceito constitucional de serviço, tributando o que não deveria.

Considerações finais

No início deste artigo, está caracterizado que não seria fácil a missão em demonstrar que nas atividades de prestação de serviços médico-hospitalares não deveriam ser incluídos para a base de cálculo de cobrança do ISSQN medicamentos, materiais, refeições e honorários médicos, em face da existência da Súmula 274 do STJ.

Ocorre que a história mostra que a evolução do Direito, aliada à doutrina e à jurisprudência, pode alterar entendimentos contrários anteriores, mesmo que sumulados. Nunca é demais lembrar o exemplo da revogada Súmula 276 do STJ, a qual expressava que “*As sociedades civis*

de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado” (STJ Súmula nº. 276 – 14/05/2003 – DJ 02.06.2003 Sociedades Civis – Prestação de Serviços - Cofins – Regime Tributário).

Após calorosas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a matéria objeto da Súmula 276 do STJ na verdade era de sua alçada, ou seja, o tema isenção da Cofins em face de hierarquia de leis deveria ser analisada sob enfoque constitucional.

Ora, se assim ocorreu com a Cofins, nada impede que, em face dos temas constitucionais já abordados, igualmente com relação ao ISSQN, já sumulado pelo STJ, a matéria seja remetida ao Supremo Tribunal Federal no sentido de sua efetiva análise.

Pelo exposto cabe concluir que as empresas prestadoras de serviços hospitalares, com preponderância de utilização de materiais, medicamentos, alimentação e ainda em face da dupla tributação, devem tomar providências administrativas, legislativas e judiciais cabíveis com o intuito de que sejam retirados da base de cálculo do ISSQN os referidos valores, por inconstitucionalidade flagrante.

Referências

- ATALIBA, Geraldo. *Apontamentos de ciência das finanças, direito financeiro e tributário*. São Paulo: RT, 1969.
- BARRETO, Aires F. ISS – não incidência sobre cessão de espaço em bem móvel incerto. *Revista de Direito Tributário* nº. 76. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BEVILÁQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. 9. ed. Rio de Janeiro. Livraria Francisco Alves, 1957.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 9. ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 1995. v. 2.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Editora Malheiros, 1994; *Curso de direito tributário*. 22. ed. rev., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Conselhos profissionais e a legalidade da atuação

Rosana Florencio da Silva*

Waldomiro Alves da Costa Júnior**

Muito embora a Constituição Federal tenha estabelecido a liberdade de profissão, a lei pode exigir que, naquelas profissões em que se busca preservar a vida, a saúde, a liberdade e a honra, o profissional esteja submetido ao controle ético de um conselho profissional (art. 5º., inciso XIII, da CF – BRASIL, 2008). Sem inscrição no respectivo conselho, o profissional não pode exercer a profissão para a qual se habilitou.

Assim, a existência dos conselhos de fiscalização das atividades profissionais está intrinsecamente ligada à proteção da coletividade contra os leigos inabilitados como também dos habilitados desprovidos de ética, o que é feito pela fiscalização técnica em conformidade com os regulamentos determinados por lei.

Diferentemente de qualquer outro sistema brasileiro, tratando-se das profissões quem define as regras de cada uma delas são os próprios profissionais, não havendo qualquer ingerência governamental na área. Afinal, ninguém melhor que os próprios profissionais para saberem de sua profissão. A lei prevê regras democráticas para a escolha dos profissionais

* Advogada. Especialista em Direito Processual Civil. Assessora Jurídica da Federação dos Hospitais, Laboratórios, Clínicas de Imagem e Estabelecimentos de Saúde do Estado de Goiás e do Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde no Estado de Goiás.

** Advogado. Especialista em Direito Processual Civil. Assessor Jurídico da Associação dos Hospitais do Estado de Goiás e do Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde no Estado de Goiás.

que comporão os conselhos, razão pela qual os conselheiros são eleitos pela própria classe.

Muito antes de lutar pela sua própria categoria, os conselhos foram criados para defender a sociedade, e, por isso, tratam-se de órgãos públicos descentralizados, dotados de personalidade jurídica de direito público e sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas da União.

Ao exercer a sua atividade principal, qual seja, a fiscalização ética e técnica, o conselho, por via oblíqua, estará agindo em prol de sua categoria, porque abrirá espaço no mercado de trabalho para os seus profissionais.

Dessa forma, os conselhos devem se aproximar dos profissionais, das escolas de formação profissional e mesmo da administração pública, promovendo debates, cursos, palestras, congressos, entre outras atividades, buscando melhorias para a profissão e a classe.

É preciso que os profissionais se conscientizem da importância dos conselhos para a sociedade atual, porque, contando com a participação de todos os seus registrados, o controle desses órgãos será feito de forma ainda mais democrática.

Os conselhos profissionais vinculados à área da saúde

Conselho Federal de Enfermagem

O Conselho Federal de Enfermagem (Cofen) e os seus respectivos Conselhos Regionais (Corens) foram criados em 12 de julho de 1973, por meio da Lei nº. 5.905. Juntos, eles formam o Sistema Cofen/Corens. Estão subordinados ao Conselho Federal todos os 27 conselhos regionais localizados em cada Estado brasileiro. Filiado ao Conselho Internacional de Enfermeiros em Genebra, o Cofen existe para normatizar e fiscalizar o exercício da profissão de enfermeiros, técnicos e auxiliares de enferma-

gem, zelando pela qualidade dos serviços prestados pelos participantes da classe e pelo cumprimento da Lei do Exercício Profissional.

Entre as principais atividades do Cofen, enumeram-se as seguintes: normatizar e expedir instruções para uniformidade de procedimentos e bom entrosamento dos conselhos regionais; apreciar as decisões dos Corens; aprovar contas e propostas orçamentárias, remetendo-as aos órgãos competentes; promover estudos e campanhas para aperfeiçoamento profissional.

Com relação aos Corens, são as seguintes suas principais atividades: deliberar sobre o valor das inscrições no Conselho, bem como o seu cancelamento; disciplinar e fiscalizar o exercício profissional, observando as diretrizes gerais do Cofen; executar as resoluções do Cofen; expedir a cédula de identidade profissional, indispensável ao exercício da profissão e válida em todo o território nacional; fiscalizar e decidir os assuntos referentes à ética profissional, impondo as penalidades cabíveis; elaborar a proposta orçamentária anual e o projeto de seu regimento interno, submetendo-os à aprovação do Cofen; zelar pelo conceito da profissão e dos que a exercem; propor ao Cofen medidas de melhoria do exercício profissional; eleger sua diretoria e seus delegados federais e regionais; exercer as demais atribuições que lhe forem conferidas pela Lei nº. 5.905/1973 e pelo Cofen.

Conselho Federal de Farmácia

A criação do órgão profissional de Farmácia teve início em 1936, por meio de reivindicações realizadas em convenções e congressos pelo País. Com o apoio de líderes do Governo, em 11 de novembro de 1960, pela Lei n. 3.820, foram criados o Conselho Federal de Farmácia e os conselhos regionais de Farmácia, sendo estes dotados de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira.

Os conselhos de Farmácia destinam-se a zelar pelos princípios da ética e da disciplina da classe dos que exercem qualquer atividade farmacêutica no Brasil. Como atribuições básicas do Conselho Federal

de Farmácia e dos conselhos regionais de Farmácia, enumeram-se os seguintes: inscrever e habilitar os profissionais farmacêuticos; expedir resoluções que se tornarem necessárias para fiel interpretação e execução da lei, definindo ou modificando atribuições e competências dos profissionais farmacêuticos; colaborar com autoridades sanitárias para uma melhor qualidade de vida do cidadão; organizar o Código de Deontologia Farmacêutica; zelar pela saúde pública, promovendo a difusão da assistência farmacêutica no País.

O sistema Conselho Federal de Farmácia e conselhos regionais de Farmácia tem como missão a valorização do profissional farmacêutico, visando à defesa da sociedade.

O Conselho Federal de Farmácia tem como objetivo promover a assistência farmacêutica em benefício da sociedade, em consonância com os direitos do cidadão. Os principais serviços que desempenha são: fiscalizar o exercício profissional, por intermédio dos conselhos regionais de Farmácia; prestar consultoria e assessoria de informações técnicas e jurídicas na área farmacêutica; oferecer informações sobre o uso racional de medicamentos e esclarecer dúvidas, por intermédio do Centro Brasileiro de Medicamentos (Cebrim); promover e apoiar congressos, cursos e eventos científicos.

São atribuições dos conselhos regionais de Farmácia: defender o âmbito profissional e esclarecer dúvidas relativas à competência do profissional farmacêutico; garantir, em suas respectivas áreas de jurisdição, que a atividade farmacêutica seja exercida por profissionais legalmente habilitados; habilitar o farmacêutico, por meio de inscrição, para o exercício legal da profissão; manter registro sobre o local de atuação do farmacêutico junto ao mercado de trabalho.

Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional

O Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (Coffito) é uma autarquia federal criada pela Lei nº. 6.316, de 17 de dezembro

de 1975, com o objetivo de normatizar e exercer o controle ético, científico e social das atividades da Fisioterapia e da Terapia Ocupacional, das profissões de fisioterapeuta e de terapeuta ocupacional e das empresas prestadoras de tais tipicidades assistenciais ao meio social.

Como conselho profissional, obteve seu desvínculo institucional do Ministério do Trabalho em 18 de setembro de 1995, mediante a Lei nº. 9.098, tornando-se, então, órgão de última instância recursal.

Entre outras atribuições, são da sua competência exclusiva: exercer função normativa e o controle ético, científico e social do exercício da fisioterapia e da terapia ocupacional em todo o território nacional; baixar todos os atos normativos necessários à correta interpretação e execução da Lei nº. 6.316/1975; supervisionar e fiscalizar o exercício profissional das profissões em todo o território nacional, estimulando e zelando pelo prestígio e bom nome daqueles que a exercem, mediante o estabelecimento de princípios de controle capazes de fundamentar a promoção de uma assistência profissional independente, científica, ética e resolutiva; funcionar como tribunal superior de ética nas demandas que envolvam profissionais fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais.

Conselho Federal de Medicina

O Conselho Federal de Medicina (CFM) é um órgão que tem atribuições constitucionais de fiscalização e normatização da prática médica. Criado em 1951, sua competência inicial reduzia-se ao registro profissional do médico e à aplicação de sanções previstas no Código de Ética Médica. Nos últimos 50 anos, o Brasil e a categoria médica experimentaram avanços significativos, e hoje as atribuições e o alcance das ações deste órgão estão mais amplos, extrapolando a aplicação do Código de Ética Médica e a normatização da prática profissional.

Atualmente, o Conselho Federal de Medicina exerce um papel político muito importante na sociedade, atuando na defesa da saúde da

população e dos interesses da classe médica. O órgão tem um histórico de luta em prol dos interesses da saúde e do bem-estar da população brasileira, sempre voltado para a adoção de políticas de saúde dignas e competentes, que alcancem a sociedade indiscriminadamente.

Ao defender os interesses corporativos dos médicos, o CFM empenha-se em defender a boa prática médica, o exercício profissional ético e uma boa formação técnica e humanista, convicto de que a melhor defesa da Medicina consiste na garantia de serviços médicos de qualidade para a população.

A serviço da sociedade, o CFM, mediante o programa Educação Médica Continuada, coloca à disposição dos médicos e instituições de ensino vídeos com os programas das séries Bioética, Medicina Brasileira e Práticas Médicas. Os programas podem ser solicitados pelo *site* da entidade. A normatização da profissão, bem como toda a legislação referente à área médica – pareceres, resoluções, leis e decretos, além do Código de Ética Médica e do Código de Processo Ético-Profissional –, e o Cadastro Geral dos Médicos também estão disponíveis para consulta.

Conselho Federal de Nutricionistas

O Conselho Federal de Nutricionistas – CFN – foi criado pela Lei nº. 6.583, de 20 de outubro de 1978, e regulamentado pelo Decreto nº. 84.444, de 30 de janeiro de 1980, sendo que a Lei nº. 8.234, de 17 de setembro de 1991, substituiu a de número 5.276.

Ressalta-se que a Associação Brasileira de Nutricionistas (ABN), primeira entidade representativa da categoria, criada em 1949, foi fundamental na articulação que resultou tanto na regulamentação da profissão quanto na criação dos conselhos.

Autarquia federal sem fins lucrativos, de interesse público, com poder delegado pela União para normatizar, orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício e as atividades da profissão de nutricionista em todo

o território nacional, em defesa da sociedade, é um órgão central do Sistema CFN/CRN.

Sua criação se deu a partir da mobilização de profissionais, estudantes e entidades de nutrição que defendiam a necessidade de a categoria ter um órgão regulamentador próprio. Afinal, eram fiscalizados por órgãos regionais de fiscalização da Medicina (Lei nº. 5.276, de 24 de abril de 1967).

Ao CFN compete criar resoluções e outros atos que disciplinem a atuação dos conselhos regionais de Nutrição (CRN) e dos seus profissionais. Com isso, é estabelecida uma unidade de procedimentos que caracterizam a profissão, respeitando as particularidades das diversas regiões.

A missão do CFN é contribuir para a saúde da população, assegurando assistência nutricional e alimentar, por meio do exercício ético prestado por profissionais habilitados e capacitados, como direitos sociais fundamentais de todos os cidadãos.

A organização do CFN está definida no Decreto Regulamentar nº. 84.444/1980, apresentando a seguinte estrutura: Órgão Deliberativo: Plenário; Órgão Executivo: Diretoria; Órgãos Permanentes – Comissões: Tomada de Contas, Ética e Fiscalização; Assessorias Permanentes: Jurídica, Contábil e Financeira; Assessorias Especiais: Comissões Transitórias e Grupos de Trabalho, além de Serviços de Apoio Administrativo.

Obrigatoriedade do registro

Nos termos da Lei nº. 6.839/1980, artigo 1º., o registro das empresas far-se-á unicamente nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões em razão da atividade básica, ou seja, no órgão da atividade-fim da empresa.

Define-se como atividade-fim aquela atividade à qual a empresa se destina, fazendo parte do seu objetivo social expresso ou implícito

no contrato de constituição da sociedade. Já a atividade-meio é aquela que não é o objetivo da empresa, porém segue paralelamente a essa, é atividade não essencial.

A sede de registro dos hospitais, clínicas e casas de saúde, conforme legislação vigente, será no Conselho Regional de Medicina, cuja finalidade precípua é a prestação de serviços médicos.

Ante a arbitrariedade de alguns conselhos em requerer concomitante duplo registro, provimento judicial deverá ser instaurado para assegurar a não exigência de inscrição em conselho diverso do de sua atividade, afastando qualquer penalidade, especialmente a imposição de multas.

Assim, tal fundamento dar-se-á pela Lei nº. 6.839, que impõe a necessidade do registro das empresas e da anotação dos profissionais legalmente habilitados nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões.

Os estabelecimentos e profissionais inscritos no regular conselho profissional têm direito líquido e certo de absterem-se de efetuar seus registros em conselho diverso do de sua categoria profissional.

Como exemplo, tem-se a Lei nº. 3.820, de 1960, que criou o Conselho Federal e os conselhos regionais de Farmácia e que estabelece, no parágrafo único de seu artigo 14, quais os profissionais que terão direito à inscrição nos conselhos regionais. São os seguintes os seus termos:

Parágrafo único – Serão inscritos, em quadros distintos, podendo representar-se nas discussões, em assuntos concernentes às suas próprias categorias:

- a) os profissionais que, embora não farmacêuticos, exerçam sua atividade (quando a lei a autorize) como responsáveis ou auxiliares técnicos, de laboratórios industriais farmacêuticos, laboratórios de análises clínicas e laboratórios de controle e pesquisas relativas a alimentos, drogas, tóxicos e medicamentos;
- b) os práticos ou oficiais de farmácia licenciados.

De outra parte, a norma do artigo 1º. da Lei n. 6.839, de 1980, estabelece:

Art. 1º. – O registro de empresa e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

A interpretação sistemática desses enunciados não conduz à norma que estabeleça exigência de inscrição de sociedade civil, especialmente aquelas que não desenvolvam atividades especificamente relacionadas à atividade farmacêutica e laboratorial.

No exemplo em questão, a doutrina e a jurisprudência pátria têm orientado no sentido de que o critério legal para a obrigatoriedade de registro junto aos conselhos profissionais e dado pelo artigo 1º. da Lei n. 6.839/1980 seja determinado pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pelas empresas.

Ressalta-se que o fato de as empresas não estarem obrigadas ao registro nos quadros de outros conselhos não é impeditivo à fiscalização acerca do cumprimento da exigência legal de manutenção de um profissional responsável à frente de respectivos trabalhos e setores de suas unidades.

É matéria controvertida e amplamente discutida em nossos tribunais a necessidade de se manter um profissional farmacêutico devidamente registrado no Conselho Regional de Farmácia em um dispensário de medicamentos de unidade hospitalar.

Na questão vertente, verifica-se que a ausência do farmacêutico nessas unidades tem insistentemente ocasionado a aplicação de multas, mesmo em dispensários de medicamentos que fornecem medicamentos para uso exclusivo de pacientes atendidos e internados nesses hospitais.

Sobre a questão, dispõe o artigo 4º., incisos XIV e XV da Lei nº. 5.991, de 1973, *in verbis*:

XIV – Dispensário de medicamentos – setor de fornecimento de medicamento industrializado, privado de pequeno porte unidade hospitalar ou equivalente;

XV – Dispensação – ato de fornecimento ao consumidor de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, a título remunerado ou não;

O artigo 27 do Decreto nº. 793/1993, que alterou o de nº. 74.170/74 em relação à obrigatoriedade de assistência farmacêutica imposta às unidades de dispensação de medicamentos em unidades hospitalares, contrariou o disposto na Lei nº. 5.991/1973, excedendo os limites legais, razão pela qual foi totalmente revogado pelo artigo 10 do Decreto nº. 3.181/1999.

É este o entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª. Região:

CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS EM PEQUENA UNIDADE HOSPITALAR OU EQUIVALENTE. PROFISSIONAL FARMACÊUTICO. LEI 5.991/73. DESNECESSIDADE. SÚMULA 140 DO EXTINTO TFR. REGISTRO. LEI N. 6.839/80. DISPENSA.

1. A Lei nº. 5.991/73, determinou a obrigatoriedade de profissional técnico responsável, somente nas farmácias e drogarias, portanto, as pequenas unidades hospitalares e equivalentes que possuem dispensário de medicamentos não estão sujeitas à exigência de um profissional farmacêutico responsável.

2. O dispensário de medicamentos é mero setor de fornecimento de medicamentos industrializados, em sua embalagem industrial, diverso da farmácia onde pode ocorrer a manipulação de medicamentos, e neste caso, portanto, imprescindível a presença de um técnico responsável, com conhecimentos especializados.

3. Não pode prevalecer, a obrigatoriedade de assistência farmacêutica imposta pelo Decreto 793/93, aos setores de dispensação de medicamentos das unidades hospitalares de pequeno porte, extrapolando os limites previstos no texto legal (STJ, resp N. 205.323-SP, TRF 3ª. Região, Apelação em Mandado de Segurança n. 1999.03.99.096808-4).

4. O impetrante já se encontra inscrito no Conselho Regional de Me-

dicina, estando, portanto, dispensada sua filiação a outro Conselho (Art. 1º., Lei nº. 6.830/80).

5. Apelação do CRF e remessa oficial improvidas. Apelação do impetrante provida (BRASIL, TRF 3ª. Região, 2003a).

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. HOSPITAL. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. RESPONSÁVEL TÉCNICO. DESNECESSIDADE.

I. A Lei n. 5.991/73, no Art. 4º., conceituou elementos referentes ao controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, bem com o farmácia e Dispensário de Medicamentos.

II. O Art. 15, da Lei n. 5.991/73, ao tratar da exigência da presença de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei, não fazendo qualquer menção quanto aos dispensário de medicamentos. A lei, portanto, restringiu tal obrigatoriedade às farmácias e drogarias.

III. As unidades hospitalares com até 200 (duzentos) leitos, que possuam dispensário de medicamentos, não precisam manter farmacêutico (Súmula 140, do extinto TFR).

IV. O Decreto n. 793/93, em seu art 1º, que alterou o Decreto n.74.170/74, também exigiu, para os dispensários em hospitais, a presença de um técnico farmacêutico responsável, o que exorbita o texto legal, que apenas dispõe acerca da obrigatoriedade em relação às farmácias e às drogarias.

V. Precedentes do STJ.

VI. Não podem os dispensários de medicamentos ser obrigados a manter farmacêutico responsável técnico, uma vez que não realizam comércio de drogas perante terceiros, apenas utilizam dos medicamentos para tratamento de seus pacientes, sob prescrição médica.

VII. Precedentes da Turma (BRASIL, TRF 3ª. Região, 2003b).

Outra matéria também controvertida e discutida em nossos tribunais versa sobre a exigência da inscrição, no Conselho Regional de Farmácia, de hospitais e clínicas médicas, porquanto somente as empresas e

os estabelecimentos que exploram serviços para os quais são necessárias atividades farmacêuticas devem comprovar perante o órgão fiscalizador que mantêm o profissional qualificado.

EMENTA: INSTITUTO DE ORTOPEDIA E TRAUMATOLOGIA, EMPRESA CUJA ATIVIDADE BÁSICA É A MÉDICO-HOSPITALAR, REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL MEDICINA, AUTUAÇÃO PELO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA.

1. O Art. 1º. da Lei 6.839/80 veda a duplicidade de registro em conselho profissional, ao estabelecer que a inscrição far-se-á pela atividade básica desenvolvida pela empresa.
2. Do contrato societário acostados aos autos, extrai-se que a empresa recorrida tem como finalidade a execução de serviços médicos na especialidade de ortopedia e traumatologia, o que conduz, necessariamente, à inscrição no Conselho Regional de Medicina, registro esse que o apelante já possui.
3. Apelação e Remessa oficial improvidas (BRASIL, TRF 1ª. Região, 2009a).

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSELHOS PROFISSIONAIS. FARMÁCIA HOSPITALAR (DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS). ATIVIDADE-MEIO DO HOSPITAL. REGISTRO DO CRF E CONTRATAÇÃO DE FARMACÊUTICO RESPONSÁVEL. EXIGÊNCIA DESCABIDA. INSUBSISTÊNCIA DA AUTUAÇÃO.

1. A manutenção de dispensário de medicamentos em hospital é atividade-meio, acessória, da prestação de serviços médico-hospitalares.
2. Não sendo, pois, atividade básica, ou atividade-fim de prestação de serviços a terceiros (Lei nº. 6.839/80), é descabida exigência de sua inscrição no Conselho Regional de Farmácia e de contratação de farmacêutico como responsável técnico.

Decide a 5ª. Turma do Tribunal Regional Federal – 1ª. Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Juiz Relator (BRASIL, TRF 1ª. Região, 2009b).

Assim, é entendimento assente no âmbito dos tribunais que não há obrigatoriedade da presença de farmacêutico nos dispensários de medicamentos dos hospitais e clínicas.

Corroborando esse entendimento, têm-se as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. HOSPITAIS E CLÍNICAS. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. PRESENÇA DE PROFISSIONAL LEGALMENTE HABILITADO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. Os dispensários de medicamentos localizados em clínicas e hospitais não se sujeitam à exigência legal da presença de farmacêutico para funcionamento.
2. Recurso especial conhecido, mas improvido (BRASIL, STJ, 2006, p. 205).

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. PRESENÇA DE PROFISSIONAL LEGALMENTE HABILITADO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Está pacificado no STJ que os dispensários de medicamentos localizados em hospitais não se sujeitam à exigência legal da presença de farmacêutico para funcionamento. (Resp 550.589/PE, 2ª. T., Min. Eliana Calmon, DJ de 15.03.2004; Resp 603.634/PE, 1ª. T., Min. José Delgado, DJ de 07.06.2004).
2. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, STJ, 2005a, p. 109).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. HOSPITAL. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. NÃO-EXIGÊNCIA DE PROFISSIONAL FARMACÊUTICO.

1. A Lei 5.991/73, em seu Art. 15, ao prescrever obrigatoriedade de presença de farmacêutico em drogarias e farmácias, não incluiu os dispensários de medicamentos localizados no interior de hospitais e clínicas (Resp 603.634/PE, 1ª. Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 7.6.2004).
2. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, STJ, 2005b, p. 190).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. HOSPITAL. RESPONSÁVEL TÉCNICO (FARMACÊUTICO). NÃO EXIGÊNCIA. SÚMULA 140/TFR. REEXAME DE PROVA. SÚMULA N. 07/STJ. IMPOSSIBILIDADE NA VIA EXCEPCIONAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

1. As unidades hospitalares, com até 200 (duzentos) leitos, que possuam dispensário de medicamento, não estão sujeitas à exigência de manter farmacêutico” (Súmula n. 140/TFR).

[...]

4. Precedentes desta Casa Julgadora.

5. Recurso especial não provido (BRASIL, STJ, 2004, p. 207).

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – ADMINISTRATIVO – CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA – DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTO.

1. A Lei 5.991/73 só exigiu a presença de responsável técnico e sua inscrição no CRF às farmácias e drogarias (Art. 15).

2. Os dispensários de medicamentos, conceituados no Art. 4º., XIV, da referida lei não estão obrigados a cumprir a exigência imposta às farmácias e drogarias.

3. Agravo regimental não provido (BRASIL, STJ, 2008).

Não é diferente o entendimento da primeira turma do Superior Tribunal de Justiça, com relação ao Conselho Regional de Fisioterapia. Veja-se a Ementa:

EMPRESAS PORTADORAS DE SERVIÇOS MÉDICOS – FILIAÇÃO – CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL – DESNECESSIDADE.

É a atividade básica da sociedade que determina a qual conselho deve filiar-se. Se a sua atividade preponderante é a prestadora de serviços médicos, mantendo, como atividade secundária um setor de Fisioterapia, não é necessário sua filiação também ao Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional. Recurso improvido (BRASIL, STJ, 2009).

Este tem sido o entendimento dos tribunais brasileiros, que pode ser visto em recente decisão da 2ª. turma do TRF da 1ª. Região – Minas Gerais, na Apelação Cível nº. 94.01.02722-2, com o seguinte teor:

ADMINISTRATIVO – CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM – REGISTRO.

I – Descabe exigir registro de hospital devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina, também no Coren. Da mesma forma, não está sujeito à fiscalização deste Conselho.

II – O critério definidor de obrigatoriedade de registro de empresa e da anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados nos conselhos de fiscalização das profissões, assenta-se na atividade básica da empresa ou firma-se em relação à natureza dos serviços que a empresa presta a terceiros. Lei n. 6.839, de 30.10.90, art. 1º. (BRASIL, TRF 1ª. Região, 2009c).

Responsabilidade do profissional

Complementando o entendimento de que o decreto não pode ultrapassar a alçada normativa da lei, o artigo 37 do Decreto nº. 12.479, de 18 de outubro de 1978, que trata da Norma Técnica Especial Relativa às Condições de Funcionamento sob a Responsabilidade de Médicos, Dentistas, Farmacêuticos, Químicos e outros, dispôs:

Artigo 37 – Os dispensários de medicamentos funcionarão depois de devidamente licenciados e, obrigatoriamente, sob a responsabilidade de profissional legalmente habilitado, com termo de responsabilidade perante a autoridade sanitária competente.

Como se constata do artigo citado, “sob a responsabilidade de profissional legalmente habilitado, com termo de responsabilidade”. Ora, outro não é o responsável legal pelo dispensário de medicamentos de um hospital senão o próprio médico; naturalmente o médico, profissional

legalmente habilitado para exercer a responsabilidade técnica da unidade de saúde, atribuição que é depositada na pessoa do diretor técnico ou do diretor clínico. Esse entendimento encontra guarida no artigo 3º. da Resolução CFM nº. 1.342/1991, que se transcreve:

Art. 3º. – São atribuições do Diretor Clínico:

- a) dirigir e coordenar o corpo clínico da instituição;
- b) supervisionar a execução das atividades de assistência médica da instituição;
- c) zelar pelo fiel cumprimento do regimento interno do Corpo Clínico da instituição (CFM, 2009a).

Já o artigo 1º. da Resolução CFM nº. 1.352, de 1992, determina:

Art. 1º. – Ao profissional médico será permitido assumir a responsabilidade, seja como Diretor Técnico, seja como Diretor Clínico, em no máximo 2 (duas) instituições prestadoras de serviço médico, aí incluídos as instituições públicas e privadas, mesmo quando tratar-se de filiais, subsidiárias ou sucursais da mesma instituição (CFM, 2009b).

Como se vislumbra pelas transcrições subseqüentes, cabe ao diretor clínico “supervisionar a execução das atividades de assistência médica da instituição”.

A responsabilidade pelo registro fica a cargo do responsável técnico habilitado pela entidade hospitalar, cuja atividade e competência é do diretor clínico e, no que concerne ao responsável legal, deve-se verificar o que determina a legislação pertinente. A Lei nº. 6.839, de 30 de outubro de 1980, dispõe sobre o registro de empresas nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissão, assim rezando seu artigo 1º.:

Art. 1º. – O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas

entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

Tratando-se de estabelecimento de assistência à saúde, o registro é exigível exclusivamente no Conselho Regional de Medicina, e seu responsável técnico é o médico e nenhum outro profissional. Ainda mais por ter a entidade exclusivamente dispensário de medicamentos e não farmácia hospitalar, não pode ser obrigada a ter farmacêutico responsável, porque tal exigência está restrita na lei para farmácias e drogarias; as primeiras porque manipulam fórmulas, o que não é o caso do impreterante, e as segundas porque praticam a venda direta ao consumidor.

O Decreto nº. 12.479/1978 é bem claro ao dispor, no seu artigo 4º.:

Art. 4º. – O licenciamento e o funcionamento dos estabelecimentos ficam condicionados à existência de recursos humanos capacitados *ao desempenho das atividades de sua produção* ou comércio, a critério da autoridade sanitária competente (grifo nosso).

Ora, o desempenho das atividades de sua produção é a prestação de serviços médicos. Por esta razão, todos os prestadores de serviços médicos devem estar registrados no Conselho Regional de Medicina.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FÁRMACIA – CRF. HOSPITAL QUE MANTÉM DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. DESNECESSIDADE DE REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA OU DE CONTRATAÇÃO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO.

1. A Lei 5.997, de 17.12.73, não obriga o dispensário de medicamentos, como tal entendido o setor de fornecimento de medicamentos industrializados, privativo de pequena unidade hospitalar ou equivalente, a ter um responsável técnico, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, a ela não se aplicando a exigência a que se sujeitam as

farmácias e drogarias, por força do disposto no caput do artigo 15 da citada lei, bem como no artigo 27 de seu Decreto regulamentador, de nº. 74.170, de 10.06.74.

2. [...]

3. Ao alterar a redação do parágrafo 2º do Decreto nº. 74.170/74, tornando obrigatória a presença de um responsável técnico nos setores de dispensação dos hospitais públicos e privados e demais unidades de saúde, o Decreto nº. 793, de 05 de abril de 1993, extrapolou os limites da regulamentação, devendo, portanto, no que extrapolou tais limites, ser considerado nulo.

4. Apelação do Conselho Regional de Farmácia improvida (BRASIL, TRF 1ª. Região, 2009d).

Assim, o profissional legalmente habilitado para exercer a responsabilidade do dispensário de medicamentos de uma unidade hospitalar é o médico que prescreve a medicação, cabendo ao dispensário somente a distribuição e não a manipulação da mesma. Portanto, a obrigatoriedade da assistência farmacêutica imposta aos setores de dispensário de medicamentos das unidades hospitalares extrapola os ditames legais.

Referências

BRASIL. Senado Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Ed. do Senado Federal, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 638.271/GO, Rel. Min. José Delgado, da Primeira Turma. Julgado em 05.08.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGA 679.497/SP, da Primeira Turma. Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 27.09.2005a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgAGA 686.527/SP, da Primeira Turma. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 18.10.2005b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 611.921/MG, da Segunda Turma. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 02.02.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg n. Ag 981.653/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, da Segunda Turma. Julgado em 22.04.2008. *Diário da Justiça*, 08 de maio de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 159.104, Relator Ministro Garcia Vieira. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj>. Acesso em: 14 jan. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. AMS, Proc. 1999.03.99.042849-1, da Sexta Turma do TRF da 3ª. Região, Rel. Juíza Consuelo Yoshida.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. AC, Proc. nº. 1999.03.99.024093-3, da Terceira Turma

do TRF 3ª Região, Rel. Juiz Baptista Pereira.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Apelação Cível n. 2000.35.00.021162-9/GO; Acórdão do TRF da 1ª. Região. Apelante: Conselho Regional de Farmácia do Estado de Goiás – CRF/GO; Apelado: Instituto Ortopédico de Goiânia Ltda.; Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso. Disponível em: <<http://www.acordao-tribunal-regional-federal.decisoes.com.br/>>. Acesso em: 14 jan. 2009a.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Apelação Cível 2001.35.00.010696-4/GO, do TRF da 1ª. Região. Apelante: Conselho Regional de Farmácia do Estado de Goiás – CRF/GO; Apelado: Instituto de Urologia e Nefrologia de Goiânia Ltda; Relator: Juiz João Batista Moreira. Disponível em: <<http://www.acordao-tribunal-regional-federal.decisoes.com.br/>>. Acesso em: 14 jan. 2009b.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Apelação Cível nº 94.01.02722-2, da 1ª Região – Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.acordao-tribunal-regional-federal.decisoes.com.br/>>. Acesso em: 14 jan. 2009c.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Apelação Cível n. 2002.35.00.011668-7/GO; Apelante: Conselho Regional de Farmácia do Estado de Goiás – CRF/GO; Apelado: Hospital dos Acidentados Clínica Santa Isabel Ltda.; Relator (a): Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva. Disponível em: <<http://www.acordao-tribunal-regional-federal.decisoes.com.br/>>. Acesso em: 14 jan. 2009d.

CFM: Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1.342/1991*. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp?portal=>>>. Acesso em: 15 jan. 2009a.

CFM: Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1.352/1992*. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp?portal=>>>. Acesso em: 15 jan. 2009b.

O direito do trabalho

Principais reflexos na área de saúde

Eriete Ramos Dias Teixeira*

A importância do direito do trabalho na ordem social

Na lição de Miguel Reale, o direito não é fenômeno estático. É dinâmico. Visa criar comandos destinados a regular a vida social, possibilitando melhor convívio entre os homens e criando barreiras que possibilitem o domínio de uns sobre os outros, com fulcro apenas no poder econômico.

A base do direito do trabalho é exatamente essa proteção do hipossuficiente, no caso o trabalhador, denominado empregado nos termos do artigo 3º. da Consolidação das Leis do Trabalho, visando à tutela da relação de trabalho, mediante a observância dos direitos contidos na legislação trabalhista e nas normas de segurança e saúde ocupacional.

No Brasil, é a Consolidação da Leis do Trabalho – CLT – que regula as relações de emprego, traçando as regras a serem observadas no contrato de trabalho e protegendo toda forma de vínculo formal ou informal, em face do princípio da primazia da realidade, mais conhecido como contrato realidade, que assegura direitos e impõe obrigações, independentemente das formalidades legais.

* Advogada em São Paulo. Assessora Jurídica do Sindicato dos Hospitais, Clínicas, Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas do Estado de São Paulo e da Federação dos Hospitais, Clínicas, Casas de Saúde, Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas e demais Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado de São Paulo.

Nascida no Estado Novo, com forte influência da ditadura fascista adotada pelo então presidente Getúlio Vargas, a CLT foi e é importante instrumento de regulação das relações de trabalho, reunindo em seu contexto diversos direitos estabelecidos em leis esparsas, então vigentes, que tinham por finalidade estancar os conflitos sociais que se acirravam, em razão da profunda transformação por que passava a sociedade brasileira, em especial com a industrialização implantada no país, o que incrementou as lutas sociais por melhores condições de trabalho e de remuneração.

Na lição de Evaristo de Moraes Filho¹ (*Tratado elementar do trabalho*, p. 323), “a consolidação foi útil, representa uma grande tarefa e ficará como um dos marcos mais notáveis na história de nosso direito especial. Sistematizou a legislação confusa e contraditória que possuíamos, harmonizou-a, tornou mais fácil seu conhecimento e aplicação”.

Composta de 922 artigos e 11 títulos, a CLT estabelece desde o conceito de empregado e empregador, passando pela identificação profissional, a duração do trabalho, salário mínimo, férias, segurança e medicina do trabalho, traçando, enfim, normas gerais de tutela do trabalho. A seguir, traz as normas especiais relativas a algumas categorias profissionais, como bancários e ferroviários, dentre outras, passando pela nacionalização do trabalho, proteção ao trabalho da mulher e do menor.

No título seguinte, cuida do contrato individual de trabalho. Após, traça a organização sindical, dispondo desde a formação dos sindicatos até as diferentes formas de negociação coletiva, passando pelas comissões de conciliação prévia e a imposição de penalidades administrativas.

Traça, ainda, um conjunto de regras que regula a Justiça do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho e o Processo Judiciário do Trabalho, cuidando, por fim, de dispor as regras finais e transitórias.

1 Tratado Elementar de Direito do Trabalho, Livraria Freitas Bastos, pg. 323.

Inobstante as inúmeras modificações já sofridas ao longo de seus 56 anos de existência, o fato é que a CLT não sofreu nenhuma mudança de relevância ao longo de sua existência, nem mesmo para adaptar a legislação às alterações consideráveis sofridas pela economia interna e externa, em especial nos últimos 20 anos.

Ao contrário do que era de se esperar, muitos direitos trabalhistas contidos na CLT e em leis esparsas foram incorporados à Constituição Federal, transmudando-se em direitos constitucionais, tornando ainda mais difícil uma renovação e, por consequência, o aperfeiçoamento da legislação trabalhista à nova realidade.

A par da importância inexorável que a legislação trabalhista exerceu e exerce na relação empregado-empregador, é fato que muitos de seus dispositivos são ultrapassados e produzem efeito inverso ao esperado, quando deslocam para a economia informal um contingente enorme de trabalhadores que exercem suas atividades sem qualquer proteção formal, inclusive no campo da saúde ocupacional.

É preciso que as autoridades competentes e a sociedade enfrentem essa questão e adotem medidas de modernização da legislação trabalhista, objetivando trazer para a formalidade o maior número possível de trabalhadores, permitindo que as empresas tenham segurança jurídica para investir no negócio e na contratação formal.

Todos ganharão. Trabalhadores, empresários e governo. Ganha o país!

O setor de saúde, como um dos grandes empregadores de mão-de-obra, sofre enormemente com o alto custo da nossa atual legislação trabalhista. Vários direitos previstos na legislação impactam fortemente a folha de pagamento das empresas, quer em razão dos inúmeros benefícios previstos em lei e em normas coletivas quer em decorrência da sobreposição de verbas incidindo umas sobre as outras, em face da interpretação dos tribunais do Trabalho sobre vários dispositivos da CLT.

A seguir, vamos tratar de alguns desses direitos.

1. Adicional de insalubridade

Diz o artigo 189 da CLT que são consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições e métodos de trabalho exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Ficou ao encargo do Ministério do Trabalho aprovar o quadro de atividades e operações insalubres, bem como sobre os critérios para sua caracterização, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção, tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

Estabeleceu ainda aos respectivos adicionais, de 10, 20 ou 40%, conforme o grau de risco do trabalhador seja mínimo, médio ou máximo.

Dispos ainda que os referidos adicionais incidiriam sobre o salário mínimo da região, conforme a legislação da época. Com a uniformização do valor do salário mínimo determinada pela Constituição Federal (art. 7º, inciso IV), em todo o território nacional, o salário mínimo passou a ser a base de cálculo do adicional de insalubridade.

As atividades e operações insalubres estão contidas na Norma Regulamentadora nº. 15, aprovada pela Portaria 3214, de 8 de junho de 1978, do Ministério do Trabalho, ainda em vigor e balizadora da classificação das atividades insalubres na área de saúde.

O cálculo do adicional de insalubridade sempre foi objeto de grande incerteza para as empresas, pois o Judiciário Trabalhista tem e teve diferentes interpretações ao longo do tempo.

A Súmula 17² do Tribunal Superior do Trabalho cuja redação original

2 Súmula 17 : – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE -

O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado.

228– ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO – NOVA REDAÇÃO

O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas no Enunciado nº. 17.

data de 1969 (21/08/1969) previa que o adicional de insalubridade devido a empregado que percebe por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, salário profissional, sobre esse será calculado. Referida Súmula foi cancelada pela Resolução 29/1994, publicada no Diário da Justiça de 12, 17 e 19 de maio de 1994, para ser restaurada pela Resolução nº. 121 de 2003, publicada no DJ 19, 20 e 21 de novembro de 2003, quando foi substituída pela Resolução nº. 228, que expressamente determinou a incidência do percentual do adicional de insalubridade sobre o salário mínimo de que cogita o artigo 76 da CLT.

De 2003 a 2008, a matéria ficou razoavelmente pacificada, pois alguns tribunais regionais, a par do entendimento do TST, mandavam aplicar o adicional de insalubridade sobre o piso da categoria, quando previsto em norma coletiva.

O tema adicional de insalubridade entrou em intenso debate, novamente, quando o Supremo Tribunal Federal ao julgar os recursos extraordinários nº 565.714 e 570.177, com o pressuposto da repercussão geral³, houve por bem editar a Súmula Vinculante nº. 4 que assim dispôs:

“Salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser utilizado como indexador de base de cálculo de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”

Nº 137 – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – CANCELADA

É devido o adicional de serviço insalubre, calculado à base do salário mínimo da região, ainda que a remuneração contratual seja superior ao salário mínimo acrescido da taxa de insalubridade. Ex-prejulgado nº. 8.

Nº. 228 – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO (Redação Atual)
A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº. 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

- 3 A repercussão geral pressupõe o exame de questão relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, ultrapassando os interesses subjetivos das partes (Lei nº. 11.418, de 2006, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil). A consequência prática da repercussão geral sobre os demais recursos acerca da mesma matéria, é a conformação com a decisão que contraria o entendimento do Pretório Excelso, ou a declaração de estar prejudicada a apreciação de recursos interpostos contra acórdão que se encontra em harmonia com a decisão da Corte Constitucional.

Com essa decisão, o STF quis impedir a fixação do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, sinalizando que o assunto deve ser resolvido por meio de lei editada pelo Congresso Nacional.

A decisão do STF tem por base o artigo 7º., inciso IV, da Constituição Federal que veda a vinculação do salário mínimo como indexador, para qualquer fim.

É importante ressaltar que o posicionamento do STF foi exarado em sede de recurso extraordinário, cujos efeitos limitam-se às partes do processo, não atingindo terceiros, tal qual ocorre nas ações declaratórias de inconstitucionalidade – ADI e nas ações declaratórias de constitucionalidade – ADC, cujos efeitos denominados *erga omnis* atingem toda a sociedade.

Daí por que persiste a interpretação do Tribunal Superior do Trabalho de que o Enunciado 17 deva prevalecer sobre a Súmula 228, o primeiro estabelecendo que o adicional de insalubridade deve incidir sobre o piso salarial legal, ou sobre o piso da categoria, quando previsto em norma coletiva e o segundo dispondo que a base de incidência será o salário mínimo, excetuando a nova redação as hipóteses previstas na Súmula 17.

A Orientação Jurisprudencial OJ 2/SBDI-1 do TST assegurava o pagamento do adicional de insalubridade sobre o salário mínimo: “Adicional de Insalubridade. Base de cálculo. Mesmo na vigência da CF/1988 : salário mínimo”.

Na mesma esteira, a OJ 2/SBDI-2: “Ação rescisória. Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Salário mínimo. Cabível. Viola o art. 192 da CLT decisão que acolhe pedido de adicional de insalubridade com base na remuneração do empregado.”

O TST, em face da decisão do STF, houve por bem cancelar a OJ 2 da SBDI-1, modificando o conteúdo da Súmula 228 para:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO – A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº. 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será

calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo. (Resolução nº. 148, publicada no DJ de 04 de julho de 2008 e republicada no DJ de 08, 09 e 10 de julho de 2008).

Em face da postura adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, a Confederação Nacional da Indústria – CNI e a Confederação Nacional de Saúde – CNS ingressam com Reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal, a primeira tendo recebido o nº. 6266 e a segunda o nº. 6277, ambas sob a relatoria da Ministra Carmem Lúcia, nas quais houve deferimento de liminar, concedida pelo Ministro Gilmar Mendes, presidente do STF, para suspender a Súmula nº. 228 na parte que admite o salário básico como base de incidência do adicional de insalubridade.

Toda essa polêmica gera grande insegurança jurídica para as empresas, que não sabem mais como pagar corretamente e legalmente o adicional de insalubridade.

Considerando o posicionamento do STF à luz da Súmula Vinculante nº. 4 e o fato de que o artigo 192 da CLT não foi expurgado do mundo jurídico, vez que a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como base de incidência do adicional de insalubridade deu-se em sede de Recurso Extraordinário, cujos efeitos alcançam tão-somente os litigantes, nossa orientação é que se utilize o valor do salário mínimo como base de incidência do adicional de insalubridade, até que lei editada pelo Congresso Nacional estabeleça as regras a serem seguidas.

Aliás, esse posicionamento foi recentemente adotado pela 1ª. Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região – São Paulo, ao julgar o recurso ordinário 02477.2004.026.02-00-3.

Na mesma esteira, foi a recente decisão da 7ª. Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no Recurso de Revista RR-603/2003-127-15-00.8, tendo por Relator o Ministro Ives Gandra Martins Filho, que, reformando decisão do TRT da 15ª. Região, determinou que o adicional de insalubridade seja calculado sobre o valor do salário mínimo.

2. Jornada de trabalho 12 x 36

Tema sempre polêmico, a jornada de trabalho 12 x 36 consiste em autorizar o trabalhador laborar por 12 horas em um dia e descansar nas 36 horas seguintes, desde que haja previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Essa jornada é adotada na área de saúde já há bastante tempo. Estima-se que tenha iniciado na década de 60, quando já havia grande dificuldade de locomoção para os trabalhadores que laboravam em jornada noturna e que, ao término do expediente, por vezes no meio da madrugada, ficavam por longas horas aguardando, no local de trabalho, o horário de início das atividades do transporte público, a fim de retornar aos seus lares, após longo período de trabalho.

A adoção da jornada 12 x 36, pela via negocial, uma inovação na área de saúde, veio solucionar o problema, incorporando-se aos direitos do trabalhador da saúde ao longo dos anos.

Sabe-se que a jornada normal de trabalho prevista na legislação brasileira é de 8 horas diárias e 44 horas semanais, conforme o artigo 7º., inciso XIII, da Constituição Federal. No mesmo dispositivo, o legislador constituinte facultou a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

As normas relativas à jornada de trabalho são normas de ordem pública, imperativas. Objetivam proteger o trabalhador do trabalho estafante, por longo período, que possam levá-lo à fadiga, com consequências para a sua saúde, seu convívio social e familiar e de ordem econômica, pois longas jornadas refletem no próprio mercado de trabalho.

Antes mesmo de constar do texto constitucional, o trabalhador brasileiro já tinha jornada máxima estabelecida em lei, pois a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – já previa jornada diária de oito horas e 48 horas semanais, como regra geral. Além disso, a CLT estabelecia, como estabelece, a redução da hora noturna, os períodos destinados a

descanso dentro da jornada de trabalho e entre uma e outra, como meios de proteção ao trabalhador.

O fato é que a jornada de trabalho 12 x 36 é uma realidade no setor de saúde. Embora ultimamente muito combatida pelo Ministério Público do Trabalho e pelo Ministério do Trabalho, por intermédio das superintendências regionais nos diversos estados do país, é altamente relevante para os trabalhadores e para as empresas, especialmente no período noturno, pois sabe-se os riscos que os trabalhadores sofrem em deixar o ambiente de trabalho no período noturno, muitas vezes sem que haja transporte público disponível para a locomoção até suas casas.

Não é recente o debate sobre a legalidade da estipulação da jornada de trabalho 12 x 36 em convenções e acordos coletivos. A jurisprudência ainda é controversa sobre a matéria, ora acatando sua estipulação em convenção ou acordo coletivos ora rejeitando e condenando as empresas a remunerar como extra as horas excedentes à oitava.

Inobstante, o Tribunal Superior do Trabalho vem decidindo pelo reconhecimento da validade da estipulação da jornada de trabalho 12 x 36 em normas coletivas, como demonstra a ementa do seguinte julgado:

“224266 – RECURSO DE REVISTA – JORNADA DE TRABALHO DE 12 X 36 – ACORDO DE COMPENSAÇÃO – VALIDADE – O art. 7º., inciso XIII, da Constituição da República permite a flexibilização da jornada de trabalho, sendo, portanto, válido o regime de trabalho de 12 x 36 estabelecido em norma coletiva. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST – RR 136.597/04.0 – 5ª T. – Rel. Min. João Batista Brito Pereira – DJU 26.08.2005 – p. 928)JCF.7 JCF.7.XIII”.

Três aspectos relevantes devem ser observados pelas empresas quando da adoção da jornada de trabalho 12 x 36. O primeiro diz respeito ao intervalo entre jornadas destinado à refeição e ao descanso. Nos termos do artigo 66 da legislação consolidada, entre uma jornada de trabalho e outra deve haver um período de 11 horas consecutivas para descanso. Isto significa, que a denominada “dobra de plantão” precisa

ser evitada, pois o descanso tem relação direta com a saúde do trabalhador, e, a não concessão do intervalo, além de acarretar horas extras, pode gerar multa administrativa, isto sem considerar que será um agravante em caso de afastamento do trabalhador por motivo de doença.

O segundo aspecto tem previsão no artigo 71 da CLT, ao determinar que em qualquer trabalho contínuo, que ultrapasse o limite de seis horas, deve ser assegurado um intervalo de, no mínimo, uma hora e, no máximo, duas, destinado a alimentação e repouso. O mesmo dispositivo permite modificação no intervalo, mediante acordo ou contrato coletivo, mas há que se observar o disposto na Orientação Jurisprudencial SDI-1/TST, que invalida cláusula de norma coletiva que suprime ou reduz o aludido intervalo, do seguinte teor:

“342. Intervalo Intra jornada para Repouso e Alimentação. Não Concessão ou Redução. Previsão em Norma Coletiva. Validade. É *inválida* cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º., XXII, da CF/88), infenso à negociação coletiva.”

O terceiro aspecto de relevância do intervalo destinado ao repouso semanal está contido no artigo 67 da CLT, o qual assegura descanso semanal por 24 horas consecutivas, preferencialmente aos domingos, ressalvando as hipóteses de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço.

No caso dos serviços que obriguem o trabalho aos domingos deve ser estabelecida escala de revezamento, organizada mensalmente, de tal forma que a cada quatro semanas, o trabalhador usufrua o repouso semanal em um domingo.

3. Adicional noturno

Nos termos do artigo 73 da CLT, o trabalho noturno, salvo havendo revezamento semanal ou quinzenal, será remunerado com o acrésci-

mo de, no mínimo, 20%, devendo as empresas observar o contido em cláusula prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho no tocante ao percentual de remuneração.

A hora noturna, segundo a CLT, é reduzida em relação à hora diurna, devendo ser computada como de 52 minutos e 30 segundos. Isto significa, na prática, que, o trabalho durante sete horas noturnas equivale a oito horas, uma vez que a jornada noturna, por fixação legal é reduzida tendo início às 22 horas de um dia e término às 5 horas do dia seguinte.

Por força do disposto no '§ 5º, do artigo 73 da CLT, as prorrogações do trabalho noturno geram o pagamento de adicional noturno, significando isso, que se houver prorrogação do trabalho após as cinco horas, considera-se ainda que o trabalhador está em período noturno. Essa é a interpretação do Supremo Tribunal Federal, conforme sua Súmula 313:

“313 – Provada a identidade entre o trabalho diurno e o noturno é devido o adicional, quanto a este, sem a limitação do art. 73, § 3º. da CLT. independentemente da natureza da atividade do empregado.”

Não é demais lembrar que o adicional noturno, por ser verba salarial, integra a remuneração do empregado para todos os fins e efeitos, devendo ser computado no cálculo das férias, do 13º. salário, do recolhimento previdenciário e fundiário, nas verbas rescisórias.

Nesse sentido dispõe a Súmula 60 do Tribunal Superior do Trabalho, tanto em relação à prorrogação da jornada noturna, quanto à sua integração ao ganho do trabalhador, que o recebe com habitualidade:

“Nº. 60 – ADICIONAL NOTURNO. INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO E PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO. (INCORPORADA A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº. 6 DA SDI-1)

I – O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos.

(ex-Súmula nº. 60 – RA 105/1974, DJ 24.10.1974)

II – Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º., da CLT.”

Por fim, a supressão do trabalho noturno permite a suspensão do pagamento do aludido adicional, conforme já sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio da Súmula 265.

Nº. 265 – ADICIONAL NOTURNO. ALTERAÇÃO DE TURNO DE TRABALHO. POSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO

A transferência para o período diurno de trabalho implica a perda do direito ao adicional noturno.

No entanto, no caso do trabalhador da área de saúde, o empregador deve averiguar se a transferência não lhe será prejudicial, hipótese em que o trabalhador já exerça atividade em outra empresa, no período diurno.

4. Profissões regulamentadas na área de saúde

Nos termos do artigo 5º., inciso XIV da Constituição Federal, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Alguns profissionais na área de saúde têm suas atividades regulamentadas em lei, umas estabelecendo carga horária e piso salarial, outras apenas traçando regras para o exercício profissional. São elas: médicos, odontologistas, enfermeiros, laboratoristas, farmacêuticos, psicólogos, técnicos em radiologia, fisioterapeutas.

Médicos e seus auxiliares

Sempre em debate e fonte de dúvidas frequentes, a Lei nº. 3.999, de 15 de dezembro de 1961, fixou quantia igual a três salários mínimos o piso salarial dos médicos e cirurgiões-dentistas e equivalente a dois salários mínimos, o piso salarial dos auxiliares, descritos na lei como auxiliar de laboratorista, radiologista e internos. Os radiologistas tiveram

posteriormente regulamentação própria pela Lei nº. 7.345/76. Quanto aos internos a lei não especificou quem seria, mas a melhor interpretação é de que seriam os médicos residentes, na condição de auxiliares dos demais médicos.

No tocante à carga horária, a lei estabeleceu um mínimo de duas horas e um máximo de quatro horas para os médicos e quatro horas para os auxiliares.

A carga horária estabelecida em lei foi durante muito tempo objeto de embate judicial, mas a jurisprudência firmou-se no sentido de que a Lei nº. 3.999/61 não fixou jornada de trabalho, mas piso salarial na proporção da jornada de trabalho.

Nesse sentido, a Súmula 143, do Tribunal Superior do Trabalho, que sedimentou a matéria:

Nº. 143 – SALÁRIO PROFISSIONAL

O salário profissional dos médicos e dentistas guarda proporcionalidade com as horas efetivamente trabalhadas, respeitado o mínimo de 50 (cinquenta) horas mensais. Ex-prejulgado nº. 15.

A Súmula 370 do TST reitera o mesmo entendimento ao dispor:

Nº. 370 – MÉDICO E ENGENHEIRO. JORNADA DE TRABALHO. LEIS Nº.s 3.999/1961 E 4.950/1966. (CONVERSÃO DAS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NºS 39 E 53 DA SDI-1)

Tendo em vista que as Leis nos. 3999/1961 e 4950/1966 não estipulam a jornada reduzida, mas apenas estabelecem o salário mínimo da categoria para uma jornada de quatro horas para os médicos e de seis horas para os engenheiros, não há que se falar em horas extras, salvo as excedentes à oitava, desde que seja respeitado o salário mínimo/horário das categorias.

O mesmo raciocínio aplica-se ao técnico de laboratório, permitindo-se sua contratação por período superior às quatro horas previstas em lei, desde que guardada a proporção entre a jornada contratada e o piso salarial estabelecido legalmente.

A Súmula 301 do TST não afasta a aplicação da lei, mesmo que o laboratorista não tenha formação específica, desde que haja efetiva prestação dos serviços:

Nº 301 – AUXILIAR DE LABORATÓRIO. AUSÊNCIA DE DIPLOMA. EFEITOS

O fato de o empregado não possuir diploma de profissionalização de auxiliar de laboratório não afasta a observância das normas da Lei nº. 3.999, de 15.12.1961, uma vez comprovada a prestação de serviços na atividade.

Técnicos em raio x

Já os radiologistas têm sua profissão regulamentada pela Lei nº. 7.394, de 29 de outubro de 1985. A jornada de trabalho desses profissionais é de 24 horas semanais, com piso salarial correspondente a dois salários mínimos, tal como estabelecido na referida lei. Sobre os dois salários mínimos incide o percentual de 40% a título de risco de vida ou insalubridade.

Também em relação a esses profissionais houve intenso debate judicial acerca do piso salarial, pois como a lei menciona que o piso deve ser de dois salários mínimos profissionais, o entendimento da representação dos trabalhadores é que o técnico faria jus ao piso salarial de quatro salários mínimos. O Tribunal Superior do Trabalho sedimentou o debate com a edição da Súmula 358, do seguinte teor.

Nº. 358 – RADIOLOGISTA. SALÁRIO PROFISSIONAL. LEI Nº. 7.394, DE 29.10.1985

O salário profissional dos técnicos em radiologia é igual a 2 (dois) salários mínimos e não a 4 (quatro).

Com isso, não há mais qualquer dúvida de que o piso salarial do técnico em radiologia é de dois salários mínimos, que devem ser acrescido do percentual de 40% a título de risco de vida ou insalubridade.

Ainda em relação aos técnicos em radiologia, outra questão que gera dúvidas aos empregadores diz respeito à concessão das férias. Alguns

profissionais reivindicam duas férias por ano de 20 dias cada período, enquanto a CLT estabelece que as férias serão concedidas de uma só vez, após cada 12 meses de trabalho, sendo no máximo de 30 dias, conforme o número de faltas do trabalhador no curso do período aquisitivo.

O direito às férias semestrais de 20 dias em cada período é destinado exclusivamente ao servidor público, por força da Lei nº. 1.234, de 14 de novembro de 1950, que assegurou aos servidores públicos e aos empregados de entidades paraestatais de natureza autárquica que operam diretamente com raios X e substância radioativas, férias de 20 dias consecutivos, por semestre de atividade profissional.

Aos técnicos em radiologia que atuam no setor privado, aplicam-se as normas contidas nos artigos 129 e seguintes da CLT, ou seja, férias de 30 dias ou na proporção do número de faltas durante o ano, conforme o disposto no artigo 130 da CLT.

Fisioterapeutas

A Lei nº. 8.856, de 1º. de março de 1994 estabeleceu que a jornada de trabalho do profissional fisioterapeuta e do terapeuta ocupacional será de 30 horas semanais. Não há piso salarial fixado em lei, devendo as empresas observarem o estabelecido em acordo, convenção ou sentença normativa, quando houver.

Para os demais profissionais que não há na lei disposição sobre jornada de trabalho, nem piso salarial legal.

Conclusão

O assunto não se esgota aqui. Inúmeras são as questões que, diariamente, enfrentam-se nas relações de trabalho, que geram dúvidas e exigem do administrador, da equipe de recursos humanos e, por vezes, das assessorias jurídicas a busca de soluções que tragam a paz social entre capital e trabalho.

Essa é a pequena contribuição que se procurou trazer, à luz não só da letra fria da lei, mas, sobretudo, do que vêm decidindo os tribunais sobre diferentes questões que afetam as relações entre trabalhadores e empregadores no dia-a-dia dos estabelecimentos de saúde.

Referências

- Constituição Federal;
- CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação da Leis do Trabalho*. 33. ed. atualizada, São Paulo: Saraiva
- SUSSEKIND, Arnaldo & Maranhão, Délio. *Direito do trabalho e previdência social – Pareceres*. [s.l.]: Editora Limitada, 1973.
- ALVES, Ivan D. Rodrigues & MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Teoria e prática do direito do trabalho*. [s.l.]: Edições Trabalhistas, 1988.
- MARANHÃO, Délio & CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do trabalho*. 17. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1993
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado elementar do direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, v. 1.
- MENDONÇA, Maria Helena. *O contrato de trabalho em perguntas e respostas*. 2.ed., [s.l.]: SINDHOSPE, 2003.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006

Independência funcional do médico: requisito fundamental para a descaracterização do vínculo de emprego e exercício profissional autônomo

Bruno Milano Centa*

A precarização dos serviços de saúde, que teve como consequência a queda do padrão de remuneração do profissional médico, desencadeou fato inédito que, há alguns anos, soaria absurdo: a proliferação de reclamações trabalhistas ajuizadas por médicos. A matéria passou a ser tratada de forma cotidiana – e controvertida – nos tribunais, sendo trazida à discussão em Juízo a possibilidade ou não do exercício do labor médico de forma autônoma, ou seja, sem a necessidade de registro em Carteira de Trabalho. O presente artigo busca, por meio da análise atenta do Código de Ética Médica e da melhor jurisprudência, demonstrar a total possibilidade do exercício livre e desvinculado da Medicina, sem se enquadrar nas possibilidades previstas no artigo terceiro da Consolidação das Leis do Trabalho, e, ainda assim, em total acordo com a legislação vigente.

A profissão do médico, em decorrência das peculiaridades de sua atividade, bem como do nítido caráter de interesse público de que se reveste, essencial no cumprimento de um dos objetivos do Estado relacionados à saúde pública, diferencia-o obrigatoriamente dos demais trabalhadores em geral; não sendo possível, via de regra, e partindo-se

* Advogado, graduado pela Faculdade de Direito de Curitiba. Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica. Membro titular do Conselho Jurídico da Confederação Nacional de Saúde, representando a Federação dos Hospitais do Estado do Paraná – FEHOSPAR. Coordenador Científico da HOSPITASUL – Congresso e Feira de Produtos e Serviços para Estabelecimentos de Saúde do MERCOSUL e criador do Simpósio Paranaense de Direito aplicado em Saúde.

essencialmente das mesmas premissas que norteiam a atividade prestacional da gama maior das relações de trabalho, perquirir-se acerca de uma eventual relação de caráter subordinante em relação aos hospitais e demais estabelecimentos de saúde nos quais exercer seu labor, durante a internação dos pacientes.

Sublinhe-se o princípio fundamental contido no artigo 7º. do Código de Ética Médica¹, que estabelece o livre arbítrio dos médicos em prestar serviços profissionais, coadunando-se com o princípio constitucional de liberdade em si e da liberdade profissional, qual seja, o artigo 5º., incisos II, XIII e XX.

Observe-se o Código de Ética Médica, no dispositivo referido:

“Art. 7º. – Código Ética – Capítulo I – Princípios Fundamentais:
O Médico deve exercer a profissão com ampla autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços profissionais a quem ele não deseje, salvo na ausência de outro médico, em casos de urgência, ou quando sua negativa possa trazer danos irreversíveis ao paciente.”

Necessário se faz ressaltar ainda que o Código de Ética Médica, em seu artigo 142, obriga o médico a “acatar e respeitar os Acórdãos e Resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina”.

O hospital, por meio de seus serviços de hotelaria e apoio, possui leitos e setores específicos para acompanhamento dos doentes que ingressam através dos médicos que compõe o corpo clínico.

Assim está conceituado o “Corpo Clínico” na Resolução nº. 1.481/97 do Conselho Federal de Medicina:

Conjunto de médicos de uma instituição com a incumbência de prestar assistência médica aos pacientes que a procuram, gozando de autonomia, técnica, científica, política e cultural.

1 BRASIL. Conselho Federal de Medicina – *Resolução do Conselho Federal de Medicina* – CFM nº. 1.246/88, publicada no D.O.U. de 26.01.1988.

Justamente pela autonomia profissional conferida aos médicos por Resolução de seu Conselho Federal, a forma de labor mais comum nos hospitais brasileiros é a formatada em corpo clínico aberto, ou seja, médicos contratados não sob a égide das leis trabalhistas, mas de forma autônoma.

O corpo clínico, formado por médicos atuantes em determinada instituição e dirigido por um diretor clínico – eleito pelos próprios médicos – possui total autonomia em relação à direção da instituição.

Cabe ao corpo clínico, sob a orientação de seu diretor, estabelecer escalas de plantão, cirurgias e demais procedimentos, bem como pausar a linha técnica de atuação dos profissionais, apenas comunicando a administração da instituição hospitalar para que adapte sua estrutura e serviços de apoio a tais necessidades.

Ou seja: ao profissional médico é disponibilizada a estrutura hospitalar, para que por meio dela possa atender a contento às necessidades do tratamento dos pacientes que se encontram sob sua responsabilidade. Trata-se de uma relação civil, de parceria comercial, e não de relação de emprego.

Notadamente, conforme já fora abordado, a instituição hospitalar tem por objetivo movimentar sua estrutura a partir da oferta de condições tecnológicas, de infra-estrutura clínica e cirúrgica e de hotelaria para receber pacientes, em maior ou menor grau de complexidade.

Em linhas gerais, é nesta dinâmica que funciona o panorama intra-hospitalar e o acesso do médico nessas instituições. No Brasil, o acesso do profissional médico às instituições hospitalares de forma plena é garantido pelo Código de Ética Médica, em seu artigo 25:

Código de Ética Médica, Capítulo II, Direitos do Médico;

É direito do médico: Art. 25 – Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte de seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas da instituição.

Da análise atenta do artigo retromencionado, vislumbra-se que ao profissional médico é facultada a escolha da instituição hospitalar de sua conveniência para internar e assistir seus pacientes, ainda que não faça parte de seu corpo clínico, desde que observadas as normas técnicas da instituição. Sendo condicionada apenas a observância dos referidos regramentos internos, é de clareza solar que a atividade dos médicos, nessas condições, não possui a subordinação como condicionante, havendo plena autonomia no exercício de suas atividades.

A condição elencada é imperativa e, para tanto, colaciona-se parecer que justifica a tese ora esposada, sob nº. 37.615/93 do CREMESP – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo:

Consulta nº 37.615/93

Assunto: Ingresso ao Hospital com finalidade de internação

Relator: Adriana C. Turri Joubert – Advogada

Consulta:

O..., solicita ao CREMESP maiores esclarecimentos sobre o artigo 25 do Código de Ética Médica, e se o direito nele contido refere-se a pacientes particulares ou de convênio.

Parecer:

A situação vislumbrada do art. 25 do Código de Ética já foi tratada inúmeras vezes pelo CREMESP. Contudo, sua reiteração é sempre valiosa àqueles que são impedidos de exercer a medicina sob a justificativa de não pertencerem ao corpo clínico de determinada entidade. Essa reflexão ganha mais peso ainda, quando a negativa acima mencionada parte de único hospital existente na localidade escolhida pelo profissional para fixar residência e exercer seu mister.

Realmente, é curioso verificar a quantidade de instituições que se furtam ao cumprimento do Código de Ética Médica no tocante ao assunto em tela, sendo certo que diversas são as razões apontadas e a mais costumeira é o excesso de profissionais no exercício da medicina.

Porém, a intenção existente no art. 25 do C.E.M. é de clareza meridiana. Isso significa que ao profissional não pertencente ao corpo clí-

nico de entidade privada com ou sem caráter filantrópico é garantido o direito de internações de seus pacientes.

Ora, o único requisito apresentado pelo art. 25 para que o médico possa livremente internar seus pacientes é o respeito às normas técnicas da instituição independentemente da categoria dos mesmos, ou seja, se particulares ou conveniados.

Isso se dá, pois o artigo em análise não distingue os pacientes. Ao contrário, ele os generaliza. Trata-se, então, de um direito que é conferido ao médico, inobstante, a classificação do paciente carente de internação hospitalar.

Vale lembrar também que eventual proibição dessa natureza se configura em flagrante desrespeito ao art. 5º, XIII da constituição Federal Brasileira, uma vez que é assegurado a todo cidadão o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.

Assim, se a entidade vedar ao médico a internação de qualquer de seus pacientes, ela estará cerceando a liberdade do profissional, impedindo que o mesmo exerça sua profissão, já que o hospital é a “ferramenta de trabalho” do médico.

Em conclusão, foi por esta razão que o art. 25 do C.E.M. foi criado. Vale dizer, para regulamentar a situação daquele que não pertence ao corpo clínico de entidade privada com ou sem caráter filantrópico, independentemente da classificação do paciente.

É o parecer, s.m.j.

São Paulo, 27 de dezembro de 1.993

Adriana C. Turri Joubert – Advogada

Aprovado na 1.602ª. Reunião Plenária, realizada em 18.06.94.

A partir desta normativa, fica claro que a instituição hospitalar deve viabilizar o acesso de qualquer médico às suas instalações, pois trata-se de um direito deste profissional.

Em que pese haja a possibilidade de contratação do médico como empregado, nos termos do artigo 3º. da Consolidação do Trabalho, resta incontroverso que, nos moldes aqui explanados, não se fazem presentes ao menos três requisitos clássicos ensejadores da relação de emprego, quais sejam, a pessoalidade, a subordinação e a dependência econômica.

A *pessoalidade*, posto que o médico utiliza a estrutura hospitalar quando se faz necessário, no uso da prerrogativa que lhe é conferida pelo artigo 25 do Código de Ética Médica; além de poder se fazer substituir por outro colega quando impossibilitado de comparecimento, observada a escala definida pelo corpo clínico, que, conforme já observado, é definida de forma totalmente independente da direção da instituição hospitalar, por deliberação dos próprios médicos.

A *subordinação*, posto que, nos termos do artigo 7º. do Código de Ética Médica, o médico é um profissional independente, não estando sujeito ao cumprimento de horários e à submissão de diretrizes diretas dos hospitais em que atua, tendo autonomia técnica, política, científica e cultural.

A atividade do médico prestador de serviços é caracterizada pela ausência de subordinação a quem quer que seja. Comumente, presta serviços em inúmeras instituições, sem delimitação de jornadas, observando as preferências e necessidades de cada paciente e o nível de excelência de cada hospital em determinada especialidade, não mantendo vínculo de emprego com nenhum deles, sendo inerente a esse tipo de atividade a ausência total de requisitos de exclusividade e continuidade na prestação de serviços.

E, uma vez não havendo subordinação nem pessoalidade, muito menos deve se considerar que pode vir a se concretizar uma relação de *dependência econômica* entre médicos e um determinado hospital. Isto porque, uma vez sendo o uso da estrutura uma faculdade e conveniência de cada profissional, o médico pode passar dias, semanas, meses e até anos sem prestar serviços em uma determinada instituição hospitalar,

constituindo seus ganhos por meio dos vários atendimentos que efetua, em diversas localidades diferentes.

Ciente desta condição, o Sistema Único de Saúde – SUS – possui um código específico para a remuneração dos honorários médicos devidos quando da prestação de serviços de forma autônoma, denominado “Código 7”. O CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde – inclusive emitiu Nota Técnica, de número 44/2004², posicionando-se no sentido de que, quando prestados serviços de forma autônoma, o faturamento deve obrigatoriamente ser realizado sob a rubrica do Código “7”, eximindo a instituição onde foram realizados os atendimentos da responsabilidade de encargos decorrentes destes honorários:

Desta forma, resta demonstrado cabalmente que a responsabilidade pelo recolhimento de encargos patronais somente pode recair sobre a entidade contratada quando e, somente quando, tenha esta relação direta de emprego com o profissional prestador dos serviços. Que nos casos em que o prestador de serviços é profissional autônomo, credenciado e atuando nessa condição (Código 7), deve exclusivamente sobre o mesmo recair o ônus, desta forma desobrigando a entidade contratada. E que, em qualquer das hipóteses, nenhuma responsabilidade objetiva recai sobre os entes gestores do SUS (secretarias estaduais ou municipais de Saúde).

2 A Nota Técnica CONASS 44/2004 foi emitida no contexto da discussão jurídica em torno da edição do Código “45”. Alguns gestores, preocupados com o recolhimento do INSS destes profissionais, que ficaram sob sua responsabilidade no ato de pagamento aos mesmos, solicitaram ao Ministério da Saúde, uma opção para que o sistema calculasse o valor relativo ao profissional, mas que seu pagamento ficasse a cargo do hospital, que terceirizou os serviços dos profissionais e não ao cargo do Gestor, que contratou o hospital e não o profissional. O novo código foi incluído com a publicação da portaria SAS nº. 158/04, para “profissionais autônomos sem cessão de crédito”, cujo CPF deve ser informado na AIHS (Autorização para Internação Hospitalar), sendo o crédito relativo aos serviços profissionais calculados em separado, mas computado no CNPJ do estabelecimento de saúde e depositado na conta do hospital com o qual o profissional tem relação de trabalho. Os gestores passaram a adotar quase que exclusivamente o Código “45”, mesmo com a manutenção do Código “7”. A contabilização dos honorários médicos na conta do próprio hospital, ainda que os serviços tenham sido prestados de forma autônoma, gerou uma enxurrada de ações judiciais, tanto de hospitais quanto de entidades representativas de médicos e estabelecimentos de saúde, questionando a política oficial de repasse, pois além da bitributação decorrente da necessidade de faturamento dos honorários na contabilidade da instituição hospitalar para posterior repasse ao médico, criaram-se conflitos acerca da responsabilidade sobre os recolhimentos previdenciários decorrentes deste repasse, bem como o eminente risco de caracterização de vínculos empregatícios obviamente inexistentes.

Desta forma, verifica-se que o próprio Estado, por meio de seu Sistema Único de Saúde, reconhece de forma incontestada que o serviço médico pode ser prestado, no ambiente hospitalar, de forma autônoma e totalmente independente, inclusive no âmbito financeiro, pois há a previsão de recebimento de honorários em separado à remuneração das despesas hospitalares.

Destarte, verificada a ausência dos requisitos clássicos da caracterização do vínculo de emprego, presentes no artigo 3º. da Consolidação das Leis do Trabalho, tem-se de ser plenamente defensável, nos termos da argumentação deste tópico, a possibilidade do labor médico sem a hipótese de caracterização de vínculo empregatício.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

20006729 – RELAÇÃO HAVIDA ENTRE AS PARTES – MÉDICO E HOSPITAL – É notório que a maioria dos profissionais liberais da área da saúde, em especial os médicos, quando laboram dentro dos hospitais, trabalham de forma autônoma, sem subordinação e segundo seu próprio interesse econômico, percebendo o correspondente aos serviços prestados, deduzido o percentual ajustado com o hospital para que este cubra os custos de manutenção de sua estrutura material. Não há vínculo de emprego nessa hipótese. (TRT 4ª. R. – RO 01421.008/95-5 – 6ª. T. – Rel. Juiz p/o Ac. João Ghisleni Filho – J. 26.11.1998).DTZ1667916 – CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL DE SAÚDE DO OESTE DO PARANÁ-UNIOESTE – MÉDICO PLANTONISTA-VÍNCULO DE EMPREGO-INEXISTÊNCIA-Em razão do HUOP (Hospital Universitário do Oeste do Paraná)– não possuir personalidade jurídica, a UNIOESTE (mantenedora e gestora do hospital)– firmou convênio com o CISOP (Conselho Intermunicipal de Saúde do Oeste do Paraná) – com a finalidade específica de repassar recursos do SUS aos médicos plantonistas (como no caso do reclamante) em razão dos procedimentos médicos e hospitalares realizados, bem como para pagamento de despesas do hospital, sem qualquer ingerência administrativa ou de pessoal, tendo em contrapartida cota de internamentos de procedimentos hospitalares. Diante da prova oral produzida, verificando-se a existência de autonomia na

elaboração das escalas de plantão e troca de plantões sem o conhecimento (ou consentimento) da direção do Hospital, o que indica a inexistência de subordinação dos médicos plantonistas aos réus, correto o Juízo de origem em indeferir o reconhecimento do vínculo empregatício com o CISOP e responsabilidade solidária dos réus. (TRT 9ª R. – Proc. 00221-2005-069-09-00-2 – Ac. 07792-2007 – 4ª. T. – Rel. Juiz Sergio Murilo Rodrigues Lemos – DJ 23.03.2007)

DTZ1668000 – MÉDICO – VÍNCULO DE EMPREGO – AGENDAMENTO DE CONSULTAS-SUBORDINAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. O agendamento de consultas é praxe na atividade profissional desenvolvida pelo médico, quer em consultórios particulares, quer por médicos empregados, pois facilita a rotina desenvolvida pelos mesmos, não caracterizando, tal ato, subordinação hierárquica, mormente quando observados os horários estabelecidos pelo próprio profissional. (TRT9ª R. – 00368-2005-091-09-00-3 – ACO 14372-2006 – OrgEsp – Relª. Juíza Marcia Domingues – DJPR 19.05.2006)

Daí porque sendo a subordinação jurídica elemento essencial à configuração do fato complexo da relação de emprego, a sua existência deve ser provada, juntamente ao demais elementos, por quem a alega. Exegese dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC.

Ademais, a jurisprudência já assentou entendimento no sentido de que não se configura relação de emprego quando, no exercício da função, o médico atende a diversos pacientes encaminhados no caso pelo reclamado ou mesmo por terceiros, como convênios médicos, recebendo remuneração em conformidade com o número de consultas, atendimentos e exames ou mesmo pela quantidade de horas realizadas (se este for o ajuste), sem qualquer tipo de subordinação, notadamente jurídica.

Mantém-se o entendimento jurisprudencial:

120057182 – RELAÇÃO DE EMPREGO – MÉDICO PLANTONISTA – Não demonstrada a presença de dois dos requisitos ensejadores da relação de empregado, quais sejam, a pessoalidade e a subordinação, tem-se que o médico plantonista que presta serviços a hospitais,

podendo fazer-se substituir por outro colega quando impossibilitado de comparecimento, mantém com aquele serviços de natureza autônoma. Nega-se provimento ao pedido de reconhecimento de relação de emprego entre as partes. (TRT 4ª. R. – RO 00497-2002-381-04-00-3 – 5ª. T. – Rel. Juíza Tânia Maciel de Souza – J. 29.05.2003).

120064409 – RELAÇÃO DE EMPREGO – MÉDICO CREDENCIADO – Não configurada a pretensa relação de emprego quando, no exercício da função de médico, o reclamante atendeu pacientes encaminhados pelas reclamadas, recebendo remuneração em conformidade com o número de consultas realizadas, sem subordinação jurídica. (TRT 4ª. R. – RO 01663.811/99-7 – 6ª. T. – Rel. Juiz João Alfredo Borges Antunes de Miranda – J. 14.05.2003).

Assim, da apreciação dos julgados ora colacionados, vislumbra-se que a mera existência de prestação de serviços, inobstante sua natureza, não tem sido reconhecida pelo Poder Judiciário como requisito decisivo para o reconhecimento da relação de emprego. A ordem jurídica não confere privilégio a tipo específico de relação, em detrimento das demais, não tendo lugar a suposição de que, pelo reconhecimento da existência de prestação de serviços, fica automaticamente transferido ao tomador o ônus de provar a não configuração do vínculo de emprego.

Da peculiar formação profissional e da autonomia da vontade

Inobstante considerar que a dinâmica de trabalho em ambiente hospitalar propicia condições de trabalho autônomo, de forma totalmente independente, mister se faz salientar que o médico é um profissional de formação diferenciada.

Nenhuma lei escrita é específica no sentido de coagir um médico no atendimento de um paciente, salvo nos casos de urgência e emergência ou em virtude de força contratual.

Ainda que por força de contrato, o médico poderá cessar, a qualquer tempo, a prestação dos serviços, por sua própria vontade ou por motivo de força maior.

Segundo Lacassagne³, “*em princípio, é inteiramente livre o exercício da medicina. O médico pode recusar o seu ministério e sua recusa peremptória não tem necessidade de ser justificada por motivos graves e legítimos. O exercício da medicina é, em geral, puramente voluntário*”.

Portanto, o profissional médico é detentor da direção que pretende conferir aos seus destinos, sendo livre e alheio a pressões externas que possam influenciar esta escolha.

Acrescido ao fato da orientação do próprio Conselho profissional ser pela atuação independente, a formação acadêmica do médico figura dentre as que exigem maior dedicação, aplicada em elevada carga de estudos e aplicação prática dos conhecimentos.

Trata-se, portanto, de profissional de nível diferenciado, plenamente ciente de seus direitos e prerrogativas.

Em virtude de pertencer a uma elite cultural, e, na maioria das vezes, social, o médico não pode ser comparado ao trabalhador comum assalariado, e tampouco pode sustentar, de forma genérica, ser vítima do grande capital ou de pressões externas. O médico é dono de sua vontade e ciente de suas ações, sendo plenamente aceitável que exerça seu labor em condições plenas de autonomia, fazendo uso da figura da parceria comercial para ter melhores resultados financeiros no desenvolvimento de seu ofício.

Há que salientar que a boa-fé na execução dos contratos é princípio geral de cunho moral que se aplica em todo complexo das relações privadas, representando respeito mútuo entre as partes no fiel cumprimento do pactuado.

3 LACASSAGNE. Précis de Médecine Legale, trad. Do A., Librairie J.B. Bailliére et fils, Paris, 1908. apud FRANÇA, Genival Veloso de. Direito do médico. 6.ed. São Paulo: Fundação BYK, 1994.

Não há dúvida de que o modo eleito pelas partes para a própria contratação da apontada prestação de serviços evidencia que essa era realmente a intenção das mesmas naquele momento, não se podendo presumir que esta possa ter perdurado no tempo ao arrepio da vontade de ao menos um dos contraentes, em especial considerando o nível diferenciado dos atores da relação de trabalho que ora se analisa. Tem-se a condição de autônomo como clara opção do profissional médico.

É cada vez mais comum, inclusive, que a prestação de serviços médicos se dê por meio da constituição de pessoas jurídicas. Há de se salientar, contudo, que a criação dessas pessoas jurídicas, no caso dos médicos, não possui qualquer intuito de fraudar a legislação trabalhista.

O parágrafo único do artigo 966 do Código Civil prevê expressamente que profissões intelectuais podem se constituir em sociedade empresária, desde que o exercício da profissão se constitua em elemento de empresa.

Busca-se, por intermédio da criação de sociedades empresárias, a reunião de esforços e objetivos comuns, além da desoneração da elevada carga tributária incidente sobre os trabalhadores autônomos do Brasil.

Tem-se, portanto, que a prestação de serviços médicos através de pessoa jurídica também é plenamente possível, considerando, inclusive, que os médicos que a integram via de regra realizam atendimentos em uma série de estabelecimentos de serviços de saúde, não havendo qualquer viés de pessoalidade nessa espécie de relação.

Admitem-se, inclusive, sociedades empresárias que tenham como objeto a prestação de serviços de saúde constituídas por sócios não médicos, o que demonstra a boa-fé na constituição de pessoa jurídica a tal mister. Saliente-se, entretanto, que o médico, com regular habilitação profissional, deve sempre figurar como responsável técnico neste tipo de sociedade, nos termos da Resolução CFM 1.626/01.

Ou seja, há a clara opção dos profissionais pela forma de trabalho que lhes parece mais vantajosa, tanto no que tange à autonomia quanto

no que se refere à estruturação de sociedades e aos custos do desenvolvimento da atividade profissional.

A jurisprudência assim se posiciona a respeito:

Vínculo empregatício x autônomo. “Optando o trabalhador em receber percentual superior de comissões na condição de autônomo, ao invés de ter a CTPS anotada e, perdurando tal situação por mais de quatro anos, impossível o reconhecimento do liame empregatício após encerrada a relação de trabalho. Inexistência de intenção de fraudar normas trabalhistas, pois manifesta a prevalência da vontade obreira pelo benefício do percentual comissional superior. A boa-fé na execução dos contratos é princípio geral de cunho moral que se aplica em todo complexo das relações privadas, representando respeito mútuo entre as partes no fiel cumprimento do pactuado (artigo 151 do CCB), sem contar que “O intérprete deve cogitar como o contrato tem sido anteriormente cumprido pelas partes, pois que são elas o melhor juízo de sua hermenêutica, devendo considerar-se que, se executou num dado sentido, é porque entenderam os contratantes que esta era a sua verdadeira intenção.” (Caio Mário da Silva Pereira, citado pelo Juiz Fernando A. V. Damasceno nos autos do processo TRT – 10ª. RO nº. 641.89, publicado no DJU de 27.02.91, p. 3143). Recurso a que se nega provimento.” (TRT – 10ª. R – 2ª. T – RO nº 5700/95 – Rel. Juiz Alencar Machado – DJDF 18.10.96 – p. 18628).

110000491 – PARCERIA – PROMESSA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA – DESCUMPRIMENTO – MODIFICAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL – IMPOSSIBILIDADE – Restando evidenciado nos autos que a relação comercial mantida entre os litigantes era de parceria, não há que se falar em vínculo empregatício. Uma vez não respeitada a pactuação inicial, caberá ao prejudicado buscar o direito inadimplido perante a Justiça competente, sendo inconcebível que pretenda modificar a própria natureza da relação obrigacional, mesmo porque, entre parceiros, não há subordinação jurídica que possibilite o reconhecimento de vínculo de emprego. (TRT 24ª. R. – Proc. 01394/2001-000-24-00 – Rel. Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior – DOMS 12.08.2002)

Aliás, a precipitação de decisões de idêntico jaez é que erigiu ao plano legal questões outrora principiológicas acerca da boa-fé e da probidade na execução dos contratos em geral, inclusive os trabalhistas, no sentido de que muito embora vigore o princípio protetivo do hipossuficiente na relação de trabalho, a real intenção das partes quando da emanção da vontade – no ato de contratar, portanto –, deve ser observada pelo julgador, a fim de se possibilitar o equilíbrio da própria relação contratual, em atendimento, justamente, a questões que dizem respeito à probidade e à boa-fé na execução dos contratos.

Assim é que o Código Civil Brasileiro dispõe em seu artigo 421, *verbis*:

Art. 421 – A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Significa dizer, portanto, que a liberdade de contratar será sempre analisada à luz de sua função social, vale dizer, em face de seus próprios princípios protetivos, respeitada, em qualquer caso, a vontade das partes convenientes.

Adiante, dispõe o artigo 422 do mesmo diploma:

Art. 422 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Ora, é evidente que o comando legal direciona-se no sentido de que por princípio de probidade e boa-fé, que devem nortear todas as relações contratuais, as partes devem guardar e observar fielmente aquilo que restou pactuado, tanto na execução do contrato, quanto e principalmente na sua conclusão ou término.

Vale dizer, se foi contratada de dada forma, é porque assim parecia mais vantajoso a ambas as partes, atendendo de forma plena os

interesses dos contratantes presentes quando da intenção de celebrar o pacto. E se tal modo perdurou através do tempo, é porque os partes assim o desejavam.

Diante de todo o exposto, têm-se os elementos da autonomia da vontade e da boa-fé na celebração dos contratos como fundamentais para a sustentabilidade do exercício profissional do médico sem o risco de desvirtuamento, e, conseqüentemente, a caracterização de vínculo empregatício.

Referências bibliográficas

- PRUNES, José L. Ferreira. *Direito do trabalho para médicos e dentistas*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1975.
- BORBA, Valdir Ribeiro. *Administração hospitalar: princípios básicos*. São Paulo: CEDAS – Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde, 1985.
- BRASIL, Lei 3.999/61. Site da Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, 2007. Disponível em www.planalto.gov.br.
- COSTA, Armando Casimiro. *Compilação da Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- MENDONÇA, Maria Helena. *Conhecendo o Sistema Único de Saúde*. Curitiba: FEHOSPAR, 1999.
- WIERZCHON, Patricia Maria. O ensino **médico** no Brasil está mudando? Transpondo desafios para concretizar mudanças. (Is medical education changing in Brazil? Overcoming Challenges in order to Achieve changes.). *Revista Brasileira de Educação Médica*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 62-66, jan./abr. 2002.
- SILVA FILHO, João Ferreira da. A formação médica : processo de ensino, saber e prática profissional. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, v. 32, n. 4, p.225-234, jul./ago., 1983.
- MORINIGO, Fábio Cupertino. *A inquietude do trabalho médico* : 50 anos – HSE. Rio de Janeiro: AACEA, 1997. 318. p.1997
- SÁ, Manoel R. Castro. A modernidade desencantada, a crise da medicina e o imaginário institucional. *Revista Brasileira de Educação Médica*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 46-52, out./dez. 2000.
- ROSA, Carlos Alberto Pessoa. A morte e o ensino **médico**. *Revista Brasileira de Educação Médica*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2/3, p. 52-67, maio/dez. 1999.
- RIBAS, Eliana Ribeiro de Souza; PISTELLI, José Luiz; KANNER, Richard. A saúde **do** hospital, **do médico** e **do** sistema hospitalar. *Revista Brasileira de Clínica e Terapêutica*, São Paulo v. 27, n. 2, p. 47, mar. 2001.
- MEZZAROBBA, Leda. Avaliação educacional na área da saúde. *Revista Brasileira de Educação Médica*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2/3, p.27--31, Mai./Dez. 1996.
- WIERZCHON, Patricia Maria. Como abrir caminho para a transformação **do** ensino **médico** : vivendo a realidade da mudança. *Revista Brasileira de Educação Médica*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2/3, p. 27-31, maio/dez. 1999.

LAMPERT, Jadete Barbosa. Currículo de graduação e o contexto da formação **do médico** (The undergraduate curriculum and context of medical training). *Revista Brasileira de Educação Médica*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 7-19, jan./abr. 2001.

VIEIRA, Joaquim Edson. Definição de necessidades sociais para o ensino **médico** (The definition of social needs according to medical education). *Revista Brasileira de Educação Médica*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 153-157, maio/ago. 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 6. ed., rev. e aum. São Paulo: Byk, 1998.

BULCÃO, Lúcia Grando. **O Ensino médico e os novos cenários de ensino-aprendizagem (Medical education and new scenarios for teaching/learning.)** *Revista Brasileira de Educação Médica*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 61-72, jan./abr. 2004.

CARNEIRO, Mauro Brandão; GOUVEIA, Valdiney Veloso; ARAÚJO, Edevard José de. *O médico e o seu trabalho: resultados da Região Sul e seus estados*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2005..

DIAS, Maria Antônia de Andrade. *O Mundo da Saúde*. out/dez 2003, ano 27, n.4, p. 609-611.

CENTA, Bruno Milano. *O trabalho do médico*. Curitiba: PUCPR – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Direito do Trabalho, 2008.

Terceirização no setor saúde

Daniel Correa Silveira*

Muitas são as teorias que buscam esclarecer a natureza do instituto da terceirização, sobretudo no que se refere à essência do procedimento que atenda aos limites impostos pela legislação trabalhista. Mas é claro que a matéria proposta deve ser discutida sob a óptica dos riscos oferecidos ao estabelecimento de saúde a partir do momento em que contrata serviços terceirizados.

A grande verdade é que qualquer forma de contratação traz consigo a existência de riscos a ambas as partes; é da natureza das relações jurídicas a possibilidade de eventual inadimplemento por uma ou ambas as partes.

Evidência dessa conclusão é que mesmo a relação de emprego, por mais zelo que venha a adotar o empregador, sempre lhe representa um risco, expressado pelo chamado passivo trabalhista, que se materializará na hipótese de reclamatória na Justiça especializada.

Pretende-se abordar, então, não somente o instituto da terceirização em sua essência conceitual, como também todas as modalidades de contratação de terceiros, sobretudo no que se refere às cooperativas, que tanto têm feito parte da realidade das empresas de saúde.

* Advogado, pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, assessor Jurídico da Federação dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul – FEHOSUL, Consultor do Instituto de Administração Hospitalar e Ciências da Saúde – IAHCS .

Em termos de gestão, a idéia básica centraliza-se na redução, ao menos imediata, dos custos decorrentes da folha de pagamento. Em se tratando de setor cuja relação custo/receita tem sido cada vez mais encarada como um desafio permanente, a terceirização surge como alternativa que, dada à urgência com que muitas vezes é adotada, acaba por onerar ainda mais o estabelecimento hospitalar.

Terceirização x cooperativismo

O que se pretende estabelecer, então, é um conjunto básico de princípios que, espera-se, possam nortear o administrador no momento de optar por terceirizar serviços; de forma alguma encerrar-se-á debate técnico jurídico acerca da matéria, sendo evidente, ademais, que o tema se aplica a todas as hipóteses de transferência de serviços a terceiros.

A título meramente conceitual, eis que na prática e nos riscos representados pouco se diferem, deve-se estabelecer, entretanto, de início, as características básicas da prestação de serviços por terceirização, na essência da palavra, e cooperativa.

A prestação de serviços cooperativados difere-se da hipótese de terceirização a partir do momento em que, no segundo caso, tem-se pessoa jurídica com o claro objetivo de obter o lucro a partir da intermediação de contratação entre profissionais e empresas. Isto é, evidencia-se o vínculo de emprego entre o trabalhador e a pessoa jurídica prestadora de serviços. Aliás, tornou-se tradicional o requisito de que não poderia a empresa contratar serviços terceirizados para o desempenho de sua atividade-fim.

Já quanto às cooperativas, constituem-se estas em grupo de trabalhadores associados, com interesses comuns, dotados de certa autonomia, regidos somente pelas disposições estatutárias da entidade.

Do ponto de vista doutrinário, é claro que a essência do cooperativismo é perfeita. Entretanto, inúmeros são os casos de ex-cooperados

que ingressam em juízo pleiteando vínculo empregatício com a cooperativa (da qual eram sócios) e com a empresa tomadora de serviços.

Aliando-se este fato ao já conhecido paternalismo de uma parte do Judiciário Trabalhista brasileiro, acrescentando-se, ainda, alguns equívocos sempre visíveis tanto na contratação dos serviços quanto no dia-a-dia da contratualidade, tornou-se comum empresas tomadoras de serviços cooperados serem condenadas a partir do reconhecimento de vínculo empregatício ou por responsabilidade solidária. É o entendimento corrente Jurisprudência nacional: *DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A responsabilidade subsidiária do segundo reclamado decorre do fato de ter se beneficiado diretamente do trabalho de limpeza prestado pelo reclamante, por força do contrato de prestação de serviços que manteve com a primeira reclamada. Aplicação da Súmula 331, IV, do TST. (TRT4 RO 00759-2006-015-04-00-3)*

A fim de pretensamente resolver-se o problema, foi publicada, em dezembro de 1994, a Lei 8.949, que introduziu parágrafo único ao artigo 442 da CLT, segundo o qual “*qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela*”.

De início, nota-se que, ao menos em tese, deixou de ser requisito para legalidade da contratação de serviços cooperativados que estes não se destinem à atividade-fim a que se dedica o tomador.

Entretanto, seria exageradamente simplistas se se concluísse não haver qualquer risco de reconhecimento de vínculo empregatício entre o tomador de serviços e o trabalhador cooperado.

O certo é que o parágrafo único do art. 442 da CLT refere-se às hipóteses de cooperativa regularmente constituída, além de regular relacionamento entre tomador e cooperativado.

Equívocos ao terceirizar

No caso das cooperativas, o risco existe a partir do momento em que, em vez de trazer benefícios aos cooperados, esses organismos apenas intermediam a contratação de trabalhadores, que passam a exercer funções obedecendo as mesmas exigências e padrões de um assalariado, sem usufruir de benefícios iguais, tais como férias, 13º. salário ou previdência social.

O grande erro comumente visualizado nos casos de terceirização ocorre quando o empregador passa a tomador de serviços, e o empregado, a cooperado ou empregado/sócio de empresa prestadora. Criou-se perigosa cultura no sentido de submeter determinado grupo de funcionários a uma nova modalidade remuneratória.

Profissionais se associam, ou mesmo constituem cooperativa, ou então se organizam como sócios de nova empresa e permanecem prestando serviços em condições idênticas àquelas de quando eram empregados, adotando as mesmas rotinas, práticas e, não raras vezes, ocupando cargos idênticos.

A fraude ao contrato de trabalho, nessas circunstâncias, é evidente: não há como “transformar” empregado em prestador de serviços dessa forma; se assim fosse, é claro que nenhum estabelecimento de saúde manteria qualquer profissional em seu quadro de funcionários.

A grande pergunta surge: o que e como terceirizar?

O elemento básico da matéria diz com a atividade-fim do tomador de serviços: não se pode outorgar a terceiros a realização de serviços que estejam diretamente relacionados com o objetivo institucional do hospital.

É claro que, em muitos casos, existem posições opostas em relação a quais atividades se constituem em atividade-fim do tomador. Mas o raciocínio mais lógico é justamente o inverso, no sentido de ser permitida a terceirização das atividades de meio do tomador. Bem definiu

Leiria ao preceituar que *terceirização é a agregação da atividade-fim de uma empresa ou organização na atividade de meio de outra.*

Em geral, todas as atividades que não se constituam na função principal do hospital, ou que não demandem a necessidade de manutenção de serviço próprio, podem ser terceirizadas. A decisão, é claro, dependerá do foco institucional do hospital, isto é, ao estabelecimento destinado exclusivamente a serviços de hotelaria, por exemplo, vastas são as alternativas de terceirização.

Um hospital geral, com variadas atividades de diagnóstico, terapia e, inclusive, hotelaria, tem reduzidas as possibilidades, já que um maior número de serviços se constitui em sua atividade-fim.

É por esta razão que mais comumente se observa a contratação de serviços terceirizados para as atividades de limpeza e vigilância, eis que são consideradas acessórias. Nesses casos, havendo contratação regular de empresa idônea e cumpridora dos deveres trabalhistas, reduzidos são os riscos ao hospital.

Mas os erros situam-se justamente quando equivocadas são as formas adotadas para se terceirizar e as atividades escolhidas. Não são raras as notícias de hospitais que afastam seu corpo de enfermagem para que esses profissionais constituam cooperativa ou empresa prestadora de serviços e permaneçam laborando em idênticas condições.

Chegando ao Poder Judiciário, fatalmente o entendimento será em desfavor do hospital: *Terceirização ilegal de mão-de-obra em atividade-fim. Formalização de vínculo societário imposta ao trabalhador com a suposta empresa prestadora. Fraude manifesta à legislação trabalhista. Vínculo empregatício direto com o real empregador, conforme o entendimento vertido na Súmula n.º. 331, III, do TST.*

Ocorre, na hipótese, a terceirização de atividade básica, essencial à atividade de qualquer hospital e, ainda, mediante evidente fraude ao contrato de trabalho: o único objetivo seria, então, a redução dos custos sem a devida avaliação das consequências, já que, fatalmente, qualquer

profissional nessas circunstâncias obteria o posterior reconhecimento do vínculo de emprego.

Veja-se: A legislação brasileira não acolhe a hipótese de terceirização de serviços essenciais nem na hipótese de cooperativas de trabalho cuja atuação, no caso concreto, restou evidenciada em fraude à lei trabalhista, visto que o hospital recorrente mantinha no exercício de idênticas funções empregados efetivos e cooperativados. (TRT 4 RO 00248-2004-662-04-00-6)

É do voto do Relator: O direito positivo em questão, é fato, é expresso ao estatuir que qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados (art. 90 da Lei 5.764/71), entretanto, a situação real analisada não constitui suporte fático para sua incidência, pois no caso de fraude aos direitos trabalhistas é dever concluir pela existência de relação de emprego, e não de uma sociedade cooperativada, incidindo no caso concreto, especificamente, o artigo 9º da Consolidação.

Profissionais médicos e terceirização

Não se pode negar que a relação com os profissionais médicos sempre foi um desafio ao administrador hospitalar, isto, principalmente, em função da autonomia profissional que reveste sua atuação.

Ocorre que a autonomia do profissional médico em relação à sua atuação técnica não pode ser alcançada, indistintamente, ao relacionamento mantido com o hospital que se utiliza de seus serviços.

A decisão acerca do que se pode terceirizar nesse âmbito de profissionais dependerá, como já argumentado, do foco do estabelecimento hospitalar e, sobretudo, de sua estrutura clínica.

Não se confunda a terceirização com a relação mantida entre hospital e os médicos que compõem seu corpo clínico devidamente organizado.

Essa é uma relação bastante distinta, já que, em tese, não existe a prestação do serviço ao hospital, mas ao próprio paciente.

Eis uma característica do aspecto de hotelaria dos grandes hospitais: o médico utiliza-se das instalações para procedimentos, prestando o serviço diretamente ao paciente, e o hospital cede o espaço físico e as condições técnicas e de pessoal, cobrando por isso.

Mas deve-se tratar de um outro aspecto do serviço médico: a contratação de sociedades de profissionais a fim de terceirizar atividades do hospital. Ingressa-se, então, em ponto bastante delicado, eis que jamais haverá consenso no que se refere a quais atividades médicas podem ser consideradas como “de meio” dentro de um estabelecimento hospitalar e, por isso, passíveis de terceirização.

Existe, inclusive nos tribunais o conceito de que as atividades médicas mais especializadas, como obstetrícia e pediatria, por exemplo, podem ser entendidas como atividade-meio, já que não dependeria o hospital, ao menos em tese, de manutenção de quadro de profissionais dessas especialidades.

Nesses casos, em que houver sociedade de médicos legalmente constituída prestadora de serviços a outros hospitais, acredita-se que a relação terceirizada tem grandes chances de dar certo.

Veja-se: Prova que evidencia o exercício das funções de médica junto ao hospital reclamado na condição de sócia de uma organização autônoma e independente de prestação de serviços de atendimento obstétrico. Improcedência do pedido de vínculo de emprego com o hospital que se delineia a partir da prova oral, que demonstrou inexistir ingerência do hospital sobre a equipe de médicos integrantes da sociedade contratada. Inaplicável à espécie a Súmula 331 do TST, na medida em que não caracterizada a intermediação irregular de mão-de-obra ou a terceirização irregular de serviços. (TRT 4 RO 00114-2003-021-04-00-0)

É situação bastante diferente dos casos dos médicos que ocupam “a porta de entrada” do hospital; aqueles que prestam um primeiro atendimento ao paciente que busca a entidade. Esses são tidos como executores

da atividade-fim do estabelecimento, razão pela qual é essencial a manutenção de quadro de profissionais vinculados nos moldes da legislação trabalhista, justamente porque estão diretamente relacionados à atividade-fim do empreendimento

É interessante observar-se, ainda, a forma como serviços de diagnóstico vem sendo terceirizados. Quanto a estes, não deve o hospital enfrentar maiores problemas desde que verificados os cuidados adiante delineados já que são, na grande maioria dos casos, serviços auxiliares da sua atividade principal.

Os tribunais nacionais têm enfrentado questões semelhantes, inclusive a partir de intensa atuação fiscalizatória e judicial de parte do Ministério Público do Trabalho, órgão que vem combatendo com especial afinco os procedimentos de terceirização no ambiente hospitalar.

Eis caso de Ação Civil Pública intentada contra Hospital da Capital Gaúcha, justamente a partir da atuação do Ministério Público do Trabalho: “*AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS SUBORDINADOS OBJETIVAMENTE À ESTRUTURA DO HOSPITAL. OBRIGAÇÃO DE REGISTRAR E ANOTAR A CTPS DE DIVERSOS TRABALHADORES AINDA NÃO IDENTIFICADOS. DIREITO INDIVIDUAL. Questionável a suposta impossibilidade do hospital demandado delegar os serviços de radiologia, tomografia e ultrassonografia a terceiros, haja vista que se trata de uma entidade filantrópica que, como qualquer outra empresa, pode terceirizar atividades-meio, desde que ausentes a pessoalidade e a subordinação direta. A escassa prova produzida nos autos da ação não permite verificar se esteja, pela terceirização realizada, sonogando direitos aos trabalhadores e atingindo a sociedade em geral pela sonogação de contribuições previdenciárias e recolhimentos de FGTS e desmoralização do sistema jurídico. A terceirização não implica, de regra, fraude, devendo esta ser analisada caso a caso. A simples opção de gestão do hospital não é matéria que atraia a interferência do Ministério Público do Trabalho que só se justifica*

quando vislumbrada ou apurada fraude na aplicação das normas trabalhistas. Vale lembrar que a tomadora, sempre que se utiliza de uma terceirização lícita, responde subsidiariamente pelo eventual inadimplemento dos créditos trabalhistas dos empregados de suas prestadoras, na esteira da consagrada construção jurisprudencial”.

O mais importante a ser lembrado é que não existe uma fórmula a ser empregada indistintamente a todos os hospitais, haja vista que, e nisso devemos insistir, a opção pela terceirização dos serviços médicos dependerá do foco e do perfil de cada empresa de saúde.

Cuidados a serem tomados

Os primeiros cuidados devem ser adotados desde o momento em que se decide contratar serviços de terceiros, já que, como se viu, não é assim tão simples selecionar quais são as atividades que podem ser objeto dessa contratação.

Mas não é só: é de essencial importância verificar-se a idoneidade da empresa prestadora de serviços, ou mesmo da cooperativa a ser contratada. Se esses organismos não cumprirem com os deveres que a lei os impõe, certamente o hospital acabará arcando com as consequências.

Também é muito importante, a fim de não macular a contratação, que as atividades objeto da prestação do serviço estejam diretamente relacionadas com os objetivos institucional do prestador.

Lembre-se: o hospital deve terceirizar somente suas atividades de meio, e a empresa que tenha nessas atividades o seu objetivo principal.

Do ponto de vista da cooperativa, esta deve ser formada de acordo com as regras trazidas pela Lei 5.764 de 1971, isto é, principalmente partir do interesse dos trabalhadores, por meio de assembléia destes, com no mínimo 20 membros associados, em que serão definidas as diretorias e os termos dos seus estatuto social, eu deverá ser arquivado na Junta Comercial.

Vencidas as preliminares questões relativas à formalização do contrato, surge o ponto que merece total atenção de parte do tomador de serviços: o dia-a-dia da relação com o trabalhador propriamente dito.

O ponto de partida é que o trabalhador cooperativado ou vinculado a empresa prestadora goza de autonomia, isto é, não guarda qualquer relação de hierarquia com o tomador de serviços, devendo cumprir, entretanto, o contrato firmado com a cooperativa/empresa.

Não deve, pois, o tomador de serviços exercer poder de ingerência sobre a prestadora ou seus membros/funcionários.

De uma forma mais clara, deve o tomador de serviços estar atento aos requisitos legais para a existência da relação de emprego, contida no art. 3º. da Consolidação das Leis do Trabalho: subordinação, dependência econômica e pessoalidade, principalmente.

Segundo Amauri Mascaro do Nascimento, a subordinação *é uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.*

É claro que o trabalhador deve manter relação subordinada ao seu empregador – prestador do serviço – mas jamais com o hospital, seus dirigentes e prepostos. Não deve o hospital, por exemplo, fiscalizar os horários do trabalhador tercerizado, manter controle de jornada, cartão ou livro ponto, etc.; quaisquer descontentamentos que possam surgir por parte do tomador de serviços devem ser notificadas diretamente ao prestador, que é a empresa a quem está vinculado o profissional.

Além disso, ainda no que se refere à análise do quesito subordinação, deve-se advertir que vem sendo intensamente combatidas pelo Poder Judiciário as situações em que trabalhadores empregados trabalham em igualdade de funções e condições com trabalhadores tercerizados: se existe a necessidade de manutenção de trabalhadores empregados, então não é possível tercerizar.

São condições incompatíveis entre si, já que, neste caso, a empresa deixa de ser prestadora de serviços próprios para atuar como mera intermediária de mão-de-obra, o que evidencia a ocorrência de fraude ao contrato de trabalho.

No caso das cooperativas, mais comuns ainda são as situações em que empregados e cooperativados trabalham de igual para igual; existem casos de hospitais em que parte da enfermagem é composta por empregados e parte por profissionais cooperativados.

A legislação pertinente, é claro, mostra-se expressa ao fixar que *qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados* (art. 90 da Lei 5.764/71). Ocorre que, na situação supraindicada, não se constitui suporte fático para aplicação da norma, pois no caso de evidente fraude aos direitos trabalhistas, forçoso é se determinar a existência de relação de emprego.

No que tange ao elemento pessoalidade, este diz respeito à pessoa de quem presta o serviço; isto é, para que se observe como vínculo de emprego determinada relação jurídica, esta deve, ao menos no que se refere à pessoa do trabalhador, revestir-se de caráter eminentemente personalíssimo. Isto é: *a prestação do trabalho, pela pessoa física, tem um caráter de infungibilidade, no que concerne ao trabalhador; na relação de emprego: a relação jurídica é, portanto, intuitu personae com respeito ao empregado.*

A questão debatida centra-se na interpretação dos fatos a fim de que seja reconhecida a real possibilidade de substituição eventual do trabalhador por outra pessoa associada à cooperativa ou funcionária da empresa de prestação de serviços, para que se possa concluir pela descaracterização da pessoalidade, que é, como já indicado, requisito indispensável para a formação do vínculo empregatício.

É claro que pode o hospital ter preferência por um ou outro trabalhador vinculado à empresa prestadora, mas é inclusive saudável que estes sejam eventualmente substituídos por outros, até mesmo como forma de evidenciar a inexistência do vínculo.

Essencial, ainda, a análise da dependência econômica, já que ao obreiro devem ser alcançados valores remuneratórios ou pela cooperativa ou pela empresa prestadora de serviços que o emprega.

O pagamento pela “compra” dos serviços deve ser realizado na forma do contrato, ou seja, diretamente à cooperativa/prestadora, sob pena de se configurar o pagamento de salário.

Além disso, será remunerada a empresa terceirizada condicionada à efetiva prestação do serviço. Na relação empregatícia, ao contrário, deve o trabalhador ser remunerado desde que tenha estado à disposição de seu empregador, não sendo essencial, para a paga, o emprego de sua mão-de-obra.

A própria Consolidação das Leis do Trabalho prevê esta possibilidade, eis que preleciona seu artigo 4º., *caput*:

Art. 4º. Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

Já o art. 457, *caput*, nos traz:

Art. 457 Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

Pela análise conjunta de ambos os dispositivos, conclui-se que o SALÁRIO é a contraprestação paga ao empregado pelo período em que tenha estado à disposição do empregador, independentemente de efetivo cumprimento de tarefas.

Este é, sem dúvidas, um grande aspecto diferenciador entre a relação empregatícia e a contratação civil de prestação de serviços terceirizados: eis que, enquanto que na primeira se faz necessária a mera colocação do obreiro à disposição do empregador, na segunda, tem-se a contraprestação condicionada à efetiva prestação do serviço.

Além disso, não se deve exigir exclusividade da cooperativa para com determinado tomador – no caso, o hospital – eis que tal situação

sujeitaria a relação a uma dependência econômica entre a cooperativa e a empresa que contrata seus serviços.

Veja-se os casos de contratação de sociedades médicas, analisados em item anterior: existe a possibilidade de se terceirizar serviços médicos, desde que se esteja tratando de empresa prestadora de serviços legalmente constituída, com claros objetivos bem definidos, e não somente servir de porto para médicos empregados demitidos e que continuam laborando em igualdade de condições dentro do hospital.

Nestes casos, o que deve restar sempre muito bem claro, a partir do momento em que se constata ser possível terceirizar, é a manutenção das características que envolvem uma contratação comercial, sem quaisquer resquícios dos analisados elementos caracterizadores da existência do vínculo de emprego.

Os serviços devem ser prestados pelo profissional médio na condição de sócio da empresa prestadora, sendo esta um organismo autônomo e totalmente independente em relação ao hospital. Havendo essa independência, por si só deixa de existir a figura da subordinação e, ao passo que se trata de uma relação efetivada entre duas pessoas jurídicas, naturalmente mostrar-se-á ausente a personalidade.

Quanto à importância de não serem verificados os requisitos do vínculo de emprego, analise-se a decisão referente a processo intentado por médica obstetra contra hospital: *Além do mais, mesmo que se presume que a constituição de uma sociedade por quotas limitada, situação da (nome da empresa), fosse condição imposta pelo reclamado para contratar os serviços da reclamante e se desvincular dos encargos trabalhistas, não há como ser reconhecido o vínculo empregatício entre as partes, visto não se encontrar presente, o requisito da dependência e subordinação, principal elemento de distinção entre o vínculo de emprego e o contrato de prestação de serviços havido entre as duas empresas.*

Assim, diante do contexto fático do caso, a circunstância de que os serviços da sociedade à qual pertencia a reclamante estão inseridos na

atividade preponderante do hospital reclamado não se mostra decisivo a ponto de levar ao reconhecimento do contrato de trabalho. Não havia, no caso, a subordinação e reconhecido, inclusive, que a reclamante poderia realizar atendimentos a particulares e convênios médicos, os quais lhe eram diretamente remunerados, sem a interferência do reclamado.

Veja-se o quão valorizadas são as circunstâncias de independência profissional – ausência de subordinação – e impessoalidade dos serviços prestados pela empresa terceirizada.

A questão básica é: trabalhador terceirizado/cooperativado não é empregado do hospital e como tal não deve ser tratado, sob pena de ser maculado todo o processo de contratação.

Conclusão

Não restam dúvidas de que é possível contratarem-se serviços cooperativados e/ou terceirizados de forma segura e com baixos riscos ao tomador; cuidados são necessários, sim, mas observe-se que eles são inerentes a toda e qualquer forma de contratação, seja uma compra e venda seja nas negociações com convênios, por exemplo.

Não se encare a outorga de serviços a terceiros unicamente como drástica e imediata redução de custos com pessoal, pois os custos existem inclusive, como bem se sabe, no passivo oculto que pode ser gerado pelas contratações malfeitas ou maldirecionadas.

Encare-se a terceirização como uma forma moderna de qualificação dos serviços e da gestão hospitalar. Afinal, há muito a saúde deixou de ser uma atividade de benemerência e assumiu um caráter negocial, onde elevadas cifras circulam a cada ano.

Nesse ambiente, a qualificação das atividades é essencial a fim de se obter sucesso em um mercado cada vez mais competitivo. O hospital

está preparado para esse enfrentamento? Poderá a terceirização figurar como sua parceira? Depende de cada caso; do perfil de cada estabelecimento.

Um estudo aprofundado de cada caso poderá ser a garantia do sucesso nas contratações.

Referências

- Curso de direito do trabalho* – Estudos em Memória de Célio Goyatá. [s.l.]: LTr, 2.ed. v.1.
NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito do trabalho*. [s.l.]: LTr, 1976.
NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 14.ed. [s.l.]: LTr.
LEIRIA, L. S. *Terceirização, uma alternativa de flexibilidade empresarial*. [s.l.]: Editora Ortiz, 1991.
JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª . REGIÃO.

Responsabilidade civil envolvendo médicos e hospitais

Maria Helena Mendonça*

Juramento de Hipócrates

“Eu juro por Apolo, médico, por Esculápio, Higela e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte, fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes. Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito do Trabalho, Previdência Social e Direito Sindical, pela Faculdade de Direito de Curitiba. Foi assessora Jurídica do SINDIPAR– Sindicato dos Hospitais do Estado do Paraná, da AHOPAR – Associação dos Hospitais do Estado do Paraná. Participou da criação da FEHOSPAR, FEHOESC, FEHOESG, FEBASE e CNS, tendo sido desta, assessora Jurídica desde sua criação até o ano de 2003. É assessora Jurídica da FENAESS desde 1987 e da FEBASE, desde 2004. Hoje, acumula na FENAESS as funções de Assessora Jurídica e Superintendente Executiva, além de assessora para Assuntos Parlamentares do SINDHOSP.

uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte. Não praticarei a talha, mesmo sobre um calculoso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam. Em toda casa entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução, sobretudo longe dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados. Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. Se eu cumprir com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens, se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça.”

Quando Hipócrates *jurou* por Apolo, por Esculápio, por Higela e Panacea, tomando por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, *jurou* dar de si todas as forças e os conhecimentos de que dispunha afirmando que “em toda casa entrarei para o bem dos doentes”... Ou seja, “firmou um compromisso, obrigação de meios” e não “de resultados”.

Obrigação de meio.

E é esse o compromisso que está presente na relação contratual que se estabelece entre o médico e seu paciente, entre o hospital e seu usuário.

Como a responsabilidade civil decorre sempre do descumprimento de uma obrigação, seja ela geral ou específica, desde que nasça de uma relação jurídica (específica) ou de uma norma legal a que o cidadão esteja obrigado a observar, é da natureza desta obrigação, isto é, quanto a ser de meios ou de resultados, é que o deslinde da questão irá se fixar.

Na obra sempre atual de Rui Stocco, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial* (p. 82-3), encontra-se o exato entendimento deste conceito: “*Esta teoria que busca diferenciar a obrigação*

de meios daquela que colima um resultado, foi esboçada no Direito Romano e desenvolvida pela doutrina italiana, francesa e alemã.

E conforme Fábio Konder Comparato, em *Ensaios e pareceres de direito empresarial* (p.524), citado por Teresa Ancona Lopes em o *Dano estético* (p. 32): coube a R. Demogue a sua sistematização doutrinária e o estabelecimento um pouco mais preciso da distinção entre esses dois tipos de obrigação que “*a formulou incidentalmente ao tratar de um problema de repartição do ônus da prova em matéria de obrigações contratuais e delituosas*”.

Hoje este conceito alargou-se e não se restringe apenas à questão processual da inversão do ônus da prova. Conforme, ainda Demogue (idealizador da teoria) há obrigação de meios, quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio, sem olhar o resultado. Como, por exemplo, (cita) os serviços profissionais do médico que se obriga a usar de todos os meios indispensáveis para alcançar a cura do doente (lembrar Hipócrates), sem, contudo, assegurar o resultado, que seria a própria cura.

Essa atividade tem que ser desempenhada da melhor maneira possível, com a diligência necessária para o melhor resultado, mesmo que este não seja conseguido.

Em síntese, na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade (Teresa Ancona Lopez. O dano estético. São Paulo: 1980, p.32).

Esta importante distinção, para o assunto que examinamos, tem merecido o estudo detalhado de muitos autores de renome, dentre os quais se destaca Ruy Rosado de Aguiar, que, em publicação na *Revista dos Tribunais* (718/83, p. 83), ensina: “*A obrigação é de meios quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado*”.

Feitas estas citações e considerações, vai-se ao âmago do propósito do ensaio.

Responsabilidade.

A origem desta palavra (latim): *respondere*, significa responder por alguma coisa, por seus atos, por suas ideias e ideais, até pelos pensamentos expressados que possam influenciar as pessoas, um filme, um programa de TV, etc. Em causando danos, a responsabilidade toma outros contornos.

Como foi escrito em *Responsabilidade civil dos estabelecimentos assistenciais de saúde*, Primeira Edição, SINDHOSBA – Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado da Bahia, 2000, e repete-se na segunda edição, AHMG-Associação de Hospitais de Minas Gerais, nos seus 50 anos em 2006: *“Ao indivíduo é concedida a liberdade de agir como melhor lhe aprouver e indicar o seu próprio discernimento. E essa liberdade, em sentido amplo extrapola as previsões legais e independe das mesmas.*

Pode o homem contrariar determinado ordenamento jurídico, ofender a moral e os bons costumes, conduzir-se de forma totalmente contrária ao convívio e à aceitação social.

Basta para tanto que se responsabilize por tais atos, respondendo penal e civilmente, perante esta mesma sociedade que contraria.

Esta imposição estabelecida pelo meio social devidamente regrado pelos seus próprios componentes representa e traduz a noção de Justiça, capaz de tornar possível a convivência entre eles.

Quando opta por determinada atitude, pela prática de determinado ato, o ser humano está exercendo a sua liberdade de escolha, o seu “livre arbítrio”. Pode, com isso, provocar a reação de seu meio social, ou, então, sequer ser notado por este. Isto porque, uma determinada conduta assume contornos e recebe qualificações, justamente a partir

da reação causada, seja ela positiva ou negativa, tendo ou não produzido interferência na vida outrem.

A partir desta repercussão causada é que a atitude ou o ato praticado vão ser classificados no mundo social e jurídico.

Mas somente interessará ao Direito se providos de potencial lesivo quando, então, desencadeará o mecanismo de recomposição dos valores atingidos ou dos males verificados, seja pelo simples entendimento entre as pessoas, seja pela recuperação dos prejuízos ou pelo complexo repressor da legislação crimina”l.

Ato Jurídico e Ato Ilícito. Responsabilidade e Dano.

Para melhor se entender o Julgado objeto deste comentário, precisa-se percorrer a simples distinção entre ato jurídico e ato ilícito, distinção essa fundamental no Voto Visto do Excelentíssimo Senhor Ministro João Otávio de Noronha, como será visto mais adiante.

O Código Civil Brasileiro concentrou todas as disposições relativas ao ato jurídico lícito, ao tratar do *negócio jurídico*, artigo 104. Ato ilícito e ato jurídico distanciam-se bastante em termos dos efeitos que produzem. Enquanto o ato jurídico tem força suficiente para produzir e dar origem a direitos e deveres para quem o pratica, o ato ilícito somente poderá produzir deveres. Aquele será sempre praticado de acordo com a ordem jurídica, enquanto que o ato ilícito será sempre praticado em desacordo com a ordem jurídica. Por isso a *responsabilidade civil* tem seus fundamentos voltados para a reparação do *dano*, resultante do *ato ilícito*.

Do elo entre a existência do dano e a responsabilidade, resulta a obrigação de reparar. Podemos resumir na seguinte “equação”: *conduta ilegítima + dano + relação entre a conduta e o dano = responsabilidade civil = obrigação de reparar (indenizar).*

Entretanto, pode-se encontrar situações nas quais, mesmo ocasionando danos, o ato não será considerado ilícito. São os que caracterizam a legítima defesa, estado de necessidade ou *exercício legal da profissão*.

Aqui é necessário que se detenha um pouco. Se alguém, no exercício legal de uma atividade regulada e reconhecida por lei, por ela (a lei) delimitada e fiscalizada, não terá responsabilidade por eventuais danos, por não ser um procedimento ilícito. A não ser que se configure abuso de direito, exercício irregular ou anormal. Então haverá ilicitude no ato praticado.

Presentes estarão ou a culpa ou o dolo. Sem que se esqueça da relação de causa e efeito.

Culpa, como escreveu Cretella Júnior (citado por Rui Stocco, p. 85) – *a faute* dos franceses, ora se traduz por falta, culpa, ato ilícito. Mas a interpretação doutrinária e jurisprudencial que mais se assemelha ao conceito que a legislação brasileira adotou, traduz a *culpa* como violação da noção de deveres, ou seja, deveres decorrentes de preceitos legais, deveres do círculo familiar, deveres morais e éticos e obrigação de observar regulamentos, etc. (atividades sociais, familiares e profissionais), em princípio, não oferecem riscos a outrem. O elemento primário de todo ilícito é um comportamento humano e voluntário, com repercussão no mundo exterior. Esta conduta humana poderá ser uma ação (fazer) ou omissão (não fazer) Fazer algo que não deveria por ser ilícito ou por haver se comprometido a não fazer (obrigação de não fazer), ou, então, deixar de fazer algo que deveria (obrigação de fazer legal ou contratual).

Desta forma serão encontrados três elementos que caracterizam a responsabilidade civil:

- o dano deve ser certo (não pode ser hipotético, provável);
- deve existir relação de causalidade, causa e efeito entre o agir ou omitir e o dano produzido;
- deve SEMPRE originar-se de um ato ILÍCITO.

Responsabilidade objetiva dos patrões

O atual Código Civil, escrito à luz da jurisprudência pacificada, consagra a responsabilidade objetiva dos “patrões” (art. 932, III) por atos de seus *subordinados*. Isto porque, ao delegar a outrem a execução de uma obrigação que lhe é própria, o executor estará atuando em nome e por conta e risco do mandatário. Assim, cabem, ao mandatário, os deveres de escolher bem, instruir bem e fiscalizar constantemente os atos delegados. Essa delegação pode ser por meio de um contrato de trabalho ou contrato de preposição, ou prestação de serviços. Basta a existência de uma relação jurídica entre ambos assim como o caráter ilícito do ato que tenha causado dano a alguém e, é claro, a relação de causa e efeito.

Código de Defesa do Consumidor

Editado em 1990, adotou a teoria da culpa objetiva. E foi nos seus dispositivos que o voto em comento fundamentou sua decisão:

“A doutrina tem se posicionado no sentido de que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o § 1º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma assim estabelece:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I – o modo de seu fornecimento;

II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

“III – a época em que foi fornecido”

Com base em tal dispositivo, se há prestação de serviços defeituosos, responde por eles o fornecedor.

Em se tratando de responsabilidade atribuída a hospitais, cabe impor um divisor para aplicação dessa teoria, ou seja, deve-se avaliar se o serviço tido por defeituoso se inseria entre aqueles de atribuição da atividade hospitalar. Melhor elucidado a seguir:

Um hospital é grande prestador de serviços, que conta com extenso corpo de profissionais, visando curar e salvar vidas ou torná-las qualitativas. Desta forma, constatado algum defeito na prestação de serviços que resulte em danos, cabe a responsabilização do hospital, segundo a tese ora discutida.

Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra Programa de Responsabilidade Civil (fls.383/384), cita a título de exemplo, algumas ocorrências que poderiam levar à responsabilização dos hospitais, detendo-se mais às hipóteses de infecção hospitalar, como contaminação ou infecção em serviços de hemodiálise. Em casos tais, é certo que houve falha na prestação de serviços hospitalares, tendo em vista a falta de cuidados especiais que evitariam tais ocorrências.

Podem ser citados outros exemplos, como a aplicação de remédios equivocados por parte do corpo de enfermagem, negligência na vigilância e observação da qual decorrem danos aos pacientes internados, instrumentação cirúrgica inadequada ou danificada, realização de exames etc. Nesses casos, o defeito é decorrente da falha na prestação de serviço cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital.

*Todavia, o mesmo não se pode dizer quando se está frente a uma consequência gerada por serviços de atribuição técnica restrita ao médico (mormente quando o profissional não tem nenhum tipo de vínculo com a entidade hospitalar)”.
.....*

Inexiste falha nos serviços de incumbência do hospital, tanto que a acusação imposta pela autora na ação residiu na imperícia médica. Confira-se:

“2. No entanto, o Dr.....(suprime-se) , naquele dia, somente chegou no hospital por volta das 22:00 hs, iniciando logo seu trabalho, que realizou com toda velocidade, visto que das 22:00 hs até as 3:00 hs do outro dia, num período de apenas cinco horas, fez cirurgia em oito mulheres, inclusive a Requerente.

3. Devido a esta precipitação ou pressa, a cirurgia efetuada na Autora não foi bem sucedida. Isto porque, na extração das varizes, por imperícia ou negligência, lhe foram seccionados ou lesados os nervos da perna, como relatam os especialistas.

(.....)

4. Devido às lesões provocadas nos nervos da perna, a Autora perdeu o movimento normal desse membro, é o que dizem em resumo os exames”.

Mais além, enfatiza a questão da obrigação de meios, e não de resultado.

“Data vênha de entendimentos contrários, não posso entender que a responsabilidade civil dos hospitais quanto às atividades desenvolvidas por médicos, independente do vínculo de subordinação destes, seja objetiva, pois estar-se-ia abraçando a tese de que o contrato estabelecido entre médico e paciente é de resultado, visto que, em última análise, o hospital estaria garantindo o resultado que o médico não pode assegurar.”

E, adiante, discorreu com muita propriedade e conhecimento sobre o fato de que o corpo humano é imprevisível nas suas reações e no funcionamento. E muitas dessas reações, no caso de cirurgias, por exemplo, não são passíveis de serem previstas, antes do ato cirúrgico. Que mesmo se valendo o profissional do emprego de toda técnica e diligência, a cura (resultado esperado) não constitui objeto do ajuste, pois nem sempre pode ser alcançada, pelas circunstâncias enunciadas.

Daí a necessidade de se averiguar se houve culpa do profissional, conforme define o parágrafo 4º. do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Continuando:

“Contudo, se, na ocorrência de dano, tal como a que sucedeu nos presentes autos, impor-se ao hospital que responda objetivamente, em última análise, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois como afirmado acima, se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.

E nem se diga sobre a teoria do risco empresarial, pois qualquer intervenção médica, por menor que seja, inclui riscos não detectáveis.

É compreensível que a teoria da responsabilidade objetiva empresarial médica venha em decorrência das efetivas mudanças que ocorreram na sociedade nas últimas décadas, entre elas o avanço tecnológico na área médica e o aumento da população assistida, seja saúde pública ou privada.

Há não muito tempo, a medicina era praticamente uma arte, a arte de curar. Médicos de família acompanhavam os indivíduos por toda a vida e também seus descendentes. Conseguiam diagnosticar uma doença tocando o corpo do paciente, considerando o histórico da pessoa, suas tendências e propensões. Curava-se valorizando o indivíduo.

Todavia, essa realidade cedeu lugar à medicina empresarial, na qual o atendimento pessoal é substituído pelo atendimento em massa, impessoal”.

E continua, com extrema lucidez:

“Mas não se pode fugir à realidade vivenciada no Brasil, em que, a par da existência de algumas empresas médicas, nos quais os serviços médicos são apenas um meio de atingir o fim de obter lucros (...) têm-se em larga escala, os hospitais públicos, nos quais a intenção de lucro não existe e onde os médicos trabalham premidos entre a falta de tecnologia, tempo e necessidade de atender a um número expressivo de pessoas.

Também não se pode olvidar da existência de hospitais tradicionais, que, não obstante sejam organizados empresarialmente, não perdem de vista o objetivo de prestação de serviços médicos, o fim de melhorar a vida do paciente e, em última análise, o fim de curar”.

Resulta daí a importância dos dispositivos do CDC, ou seja, a conceituação de serviço defeituoso (quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar...) para provar que o defeito inexistiu ou que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Em seu voto, o Ministro chamou a atenção para a questão do chamado *risco empresarial*:

“Data vênia, não é o fato de os hospitais terem um mínimo de organização que poderão ser inseridos “numa complexa cadeia de produção e circulação de bens e serviços” (voto da Relatora) que atraia as disposições do Código de Defesa do Consumidor, a exemplo do que ocorre com o fornecedor de produtos para o consumo em massa. Não há comparação entre um hospital e um fabricante, por exemplo, de sucos industrializados. A atividade hospitalar não é econômica e não se volta para isso”.

No caso julgado, restou amplamente esclarecido que o ato cirúrgico foi realizado nas dependências do hospital que forneceu medicamentos e equipe de enfermagem. Não somente. O ato médico foi de inteira responsabilidade do profissional. Não se falou como discorreu o Ministro: *“Em infecção hospitalar nem de imperícia dos serviços de enfermagem, nem mesmo instrumentação cirúrgica. Portanto, inexistiu nexo causal entre o dano e a prestação de serviços do hospital, mas tão somente do médico, que não era empregado do referido hospital”.*

O fato de os hospitais manterem cadastros dos médicos que se utilizam de suas instalações reforçou o Ministro, significa apenas um procedimento indispensável para se identificar e reconhecer o profissional, como tal. Mas isto não confere ao hospital a atribuição de fiscalizar os serviços prestados, visto que tais profissionais, por força de seu próprio

Código de Ética, têm total liberdade ao proceder ao diagnóstico e realizar o ato médico, inclusive cirúrgico.

Mas isso “não confere ao hospital a atribuição de fiscalizar os serviços prestados pelos médicos que lá operam..... (omitido)

Inexiste, tanto por parte do hospital como de seu corpo clínico, ingerência no trabalho do cirurgião – o que seria um absurdo, pois não se pode pensar que o hospital obrigue o médico a seguir sua orientação e seus métodos operatórios.

Aliás, tais hipóteses, se ocorrentes, feririam a ética profissional, que não admite a intervenção técnica nos serviços do cirurgião, sob pena de, inclusive, colocar em risco a segurança do paciente, ante as divergências que certamente surgiriam.

Portanto, não houve intermediação do ente hospital. In casu, certo que o médico cirurgião.....(omitido), não tinha nenhum tipo de vínculo como hospital(omitido), apenas se serviu de suas instalações para a realização de cirurgias.

Assim, ao tendo o médico em questão prestado quaisquer serviços no interesse ou sob as ordens do hospital, não há por que falar em responsabilidade do nosocômio quanto ao sucesso da cirurgia questionada nos autos.

Ante o exposto, peço vênua para divergir da i. Relatora e conhecer do recurso especial do Hospital.....(suprimido) e dar-lhe provimento, a fim de julgar a ação improcedente quanto a ele.

É como voto.

Conclusão a respeito do julgado.

A responsabilidade do *hospital* decorre unicamente por presença de defeitos nos serviços que são prestados pelo mesmo e jamais pelo médico assistente, seja ele contratado ou não pelo estabelecimento.

Em razão disso ganham extrema relevância as rotinas implantadas para assegurar a maior segurança possível em relação aos atos dos profissionais envolvidos na prestação do serviço.

Aliado à implantação de rotinas de segurança, não se deve perder de vista que o objetivo colimado é a recuperação da saúde, e este objetivo precede todas as outras preocupações. Para esse fim, o hospital deverá ter os meios indispensáveis, por meio de uma estrutura física, técnica e administrativa suficiente e eficiente. Também no quesito do quadro de pessoal e do corpo clínico, estes devem ser em suficiente número para a prestação dos serviços a que se propõem, plenamente habilitados e treinados do ponto de vista profissional, assim como conscientemente motivados pelos compromissos éticos em relação aos pacientes e pelo ideal de recuperar a saúde e salvar vidas.

Dentro desses compromissos encontra-se o direito irrestrito do paciente e/ou seu responsável legal, a toda informação a respeito de sua saúde, ao tratamento prescrito, a possíveis outras alternativas, assim como aos riscos que, razoavelmente, podem ser esperados, na forma de que preceitua o artigo 14 do CDC, já referido.

O hospital é responsável pelo respeito à dignidade do paciente e tem o dever de preservar sua integridade e segurança.

Cumpridas tais premissas, aliados ao bom funcionamento do hospital estarão cumpridas as normas do Código de Ética do Hospital Brasileiro. Curiosamente, redigido por um grupo de especialistas da área, foi aprovado no final do ano de 1985, pela Comissão de Saúde da Câmara dos Deputados, e depois nenhuma notícia ou referência.

Mas tais premissas que estão divulgadas, sem, contudo, validar a fonte são aquelas que figuram em nosso ideal de estabelecimento de serviço de saúde. Onde cada um sentir-se-á seguro e onde terá segurança de internar seus entes queridos.

Imunidade tributária – panorama atual e perspectivas

Josenir Teixeira*

A possibilidade de ser diferente em relação a alguns pontos sempre foi vista de esguelha. A regra é ser igual. Por que, então, alguém deveria se distinguir?

Na imunidade acontece algo parecido. Algumas pessoas jurídicas são diferentes das outras. Um tanto delas não paga todos os impostos que as outras pagam. E isso gera certa “incompreensão” ou “insatisfação” dos órgãos governamentais, pois elas são exceção a uma regra de ouro da administração pública: a arrecadação.

É claro que, para se atingir o *status* de imune e não pagar impostos, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos precisam cumprir diversos requisitos legais para se enquadrarem na exceção e fazer jus ao beneplácito imunizante. E, mesmo quando elas o fazem a contento, ainda assim a fiscalização governamental tenta desemoldurá-las daquelas circunstâncias para atingir o objeto maior de sempre: a arrecadação.

* Advogado, Mestre em Direito Privado pela FADISP (Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo), Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela UNIFMU/SP, em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP), em Direito do Trabalho pelo Centro de Extensão Universitária (CEU/SP) e em Direito do Terceiro Setor pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP). Presidente do IBATS – Instituto Brasileiro de Advogados do Terceiro Setor. Membro do Conselho Consultivo da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP. Professor do curso de Direito do Terceiro Setor da Escola Superior de Advocacia (ESA) da OAB/SP. Professor do curso de Pós-Graduação em Administração Hospitalar e Negócios da Saúde da UNISA/SP. Articulista da revista www.noticiashospitais.com.br. Conselheiro do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS). Autor dos livros *Prontuário do paciente: Aspectos Jurídicos e Assuntos Hospitalares na Visão Jurídica*. OAB/SP 125.253

Será mostrado aqui o quão é ingrato lutar contra posturas governamentais equivocadas, míopes e desencanadas que fazem as entidades sem fins lucrativos gastar dinheiro para se defenderem contra a sanha (ou seria insana?) arrecadatória do Poder Executivo, em suas três esferas.

Mesmo diante deste cenário sombrio e desestimulador, as entidades sem fins lucrativos que atuam na área da saúde continuam a combater o bom combate, pois pensam no ser humano de forma completa, não segmentada e com sentimento de caridade e desprendimento entranhado em seus propósitos.

Conceito de imunidade

Imunidade é um privilégio concedido a certas pessoas, em função de determinadas circunstâncias, de se ver livre de alguma obrigação. A imunidade tributária, nessa linha é a regalia concedida pela Constituição Federal – CF – a algumas pessoas jurídicas de não pagar determinados impostos.

O não pagamento de impostos (espécie de tributo¹) é exceção, pois a regra geral é a contribuição financeira de todos os atores da sociedade para o amplo desenvolvimento desta, nos seus variados aspectos. Os artigos 145 e seguintes da CF autorizam os entes políticos a instituir e cobrar tributos (impostos, taxas e contribuição social²) para tal fim.

1 IR; ISSQN; IPTU – AgRg. no AI nº. 501.686, STF, Súmula STF nº. 724; IPVA; ITR; ITBI – RE nº. 235.737, do STF; ICMS – ACi nº. 198.855-2/0, TJ/SP; ED em RE nº. 210.251. Ensinam Cristiano Carvalho e José Augusto Dias de Castro que, “em tese, não se enquadrariam nos impostos alcançados pela imunidade o IPI, o ICM, o IOF e o Imposto de Importação e Exportação, por não se tratarem de impostos incidentes sobre renda, patrimônio e serviços. Todavia, em recente decisão em sede de agravo regimental em agravo de instrumento, o Supremo Tribunal Federal decidiu por considerar que as entidades de assistência social têm direito à imunidade também em relação ao IPI e ao Imposto de Importação: AI 378.454. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal também incluiu o ICMS na importação como alcançado pela imunidade: RE-ED-EDv 186.175.” *Aspectos jurídicos do terceiros Setor*. Cristiano Carvalho, Marcelo Magalhães Peixoto (coord.). 2. ed., rev. e atual. São Paulo: MP Ed., 2008. p. 16-17.

2 Cristiano Carvalho e José Augusto Dias de Castro observam que “Em relação às contribuições das entidades de assistência social e de educação sem fins lucrativos, a imunidade alcança as contribuições sobre receita bruta mensal (PIS e COFINS), sobre folha (Contribuição Previdenciária) e sobre lucro (CSLL), bem

Todavia, há certas pessoas jurídicas que não estão ao alcance dos entes políticos no que diz respeito à instituição da cobrança de tributos. E isso acontece porque a própria CF não autorizou aqueles entes políticos a agirem assim.³ O título da seção que antecede o artigo 150 da CF é “*Das Limitações ao Poder de Tributar*”. Limitação, no bom português, é a restrição de alguém em fazer alguma coisa. Os entes políticos possuem um campo previamente delimitado, demarcado, que não podem adentrar. Eles estão contidos, refreados, reprimidos pela Lei Maior.

Aliomar Baleeiro assim se pronunciou sobre a imunidade tributária como limitação ao poder de tributar:

Toda imunidade é uma limitação ao poder de tributar, embora a recíproca não seja verdadeira. Assim, de partida, por método, convém logo ter no espírito esses dois conceitos constitucionais: a imunidade como uma exclusão da competência de tributar. Uma exclusão só pode ser proveniente da Constituição, pois é esta quem dá competência, e uma Constituição nada mais é do que um feixe de competências.⁴

Hugo de Brito Machado ensina que “imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra de tributação.

como a última contribuição criada pela Lei Complementar n. 110, de 2001, incidente sobre despedida sem justa causa e sobre remuneração paga ao empregado (Contribuição social ao FGTS).” Aspectos jurídicos do terceiro setor. Cristiano Carvalho, Marcelo Magalhães Peixoto (coord.). 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: MP Ed., 2008. p. 18.

3 “O constituinte escolheu determinadas situações, bens e pessoas que ficam fora desse campo impositivo; por essa razão as imunidades delimitam a competência tributária. Ensinam Aires F. Barreto e Paulo Ayres Barreto que: ‘O poder tributário – enq quanto atributo de soberania de que dotado o Estado – tem, no Brasil, o seu exercício disciplinado inteira e rigidamente pela Constituição. As pessoas político-constitucionais (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) receberam da Constituição faixas circunscritas de competência tributária (isto é, competência legislativa para instituir tributos). Isso significa que o âmbito da competência tributária, constitucionalmente outorgada, é demarcado pelas balizas postas pela própria Constituição. Dentre elas, estão as chamadas ‘imunidades tributárias’, que consistem, exatamente, na exclusão da competência tributária em relação a certos bens, pessoas e fatos. Quer dizer: a própria Constituição, ao traçar a competência tributária, proíbe o exercício em relação a eles.’ Imunidades tributárias: *limitações ao poder de tributar*, p. 9.” In LUNARDELLI, Regina Andrea Accorsi. *Tributação do terceiro setor*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 172-73.

4 Imunidades e Isenções Tributárias, p. 70, in MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro setor e imunidade tributária: Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 137.

O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência aquilo que é imune. É limitação da competência tributária”.⁵

A Assistência Social

A assistência social delimita o campo social e, na visão de Maria Luíza Mentriner⁶, “compreende um conjunto de ações e atividades desenvolvidas nas áreas públicas e privadas, com o objetivo de suprir, sanar ou prevenir, por meio de técnicas próprias, deficiências e necessidades de indivíduos ou grupos quanto à sobrevivência, convivência e autonomia social”.

A Constituição Federal de 1988 elencou os direitos sociais e a assistência social:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição.⁷

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

5 *Curso de direito tributário*, p. 207. “Ressalvamos que, pela explicação trazida pelo autor acerca de seu posicionamento – “Se toda atribuição de competência importa uma limitação, e se a regra é uma limitação dessa competência” -, podemos concluir que o termo *limitação* é por ele utilizado com o significado de *delimitação*, *demarcação*, *fixação* e não *redução*, *supressão*. Por isso, a crítica que deve ser feita envolve muito mais os argumentos expostos acima do que aqueles voltados à concepção segundo a qual a imunidade funciona como limitação de competência no sentido de supressão, redução.” in MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro setor e imunidade tributária: Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 140.

6 MENTRINER, Maria Luíza. *O estado entre a filantropia e a assistência social*. São Paulo: Cortez, 2001. In MACHADO, Maria Rejane Bitencour. *Entidades beneficentes de assistência social*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 34.

7 “Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, que se caracterizam como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamento do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.” MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. atual. até a EC nº. 52/06. São Paulo: Atlas, 2006, p. 479.

- I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;
- III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A Lei nº. 8.742/93 traz a definição da assistência social:

Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

É sabido, entretanto, que as mazelas sociais brasileiras estão longe de ser equacionadas, em razão da utopia que tomou conta dos constituintes. Wagner Balera afirmou, em 1996, que “a questão social se mostra, no Brasil, muito grave.”⁸ Uadi Lammêgo Bulos⁹ adverte, conscientemente, que os constituintes de 1988,

ao inscrever a assistência social no Texto de 1988, recaíram na promessa vaga, sem qualquer condição de ser cumprida, porquanto, no Brasil, os minoritários sociais, os pobres, os necessitados, são maioria. E não há uma efetiva política pública empenhada em destinar recursos à área da assistência social. São inúmeros os indivíduos privados de qualquer bem da vida, inclusive aqueles arrolados no art. 5º.

8 *Contribuições Previdenciárias – Questões Atuais*. São Paulo: Dialética, 1996. p. 220. In artigo intitulado “A Imunidade das Entidades Beneficentes de Assistência Social”.

9 BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 6. ed. rev., atual. e ampl. até a Emenda Constitucional 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1359/1360.

Acreança-se, ainda, o desprestígio da dignidade humana, sem a qual não há liberdade, nem segurança, nem prioridade, nem isonomia.

(...)

Certamente, os constituintes não imaginaram a gravidade do que prometeram. Porém, como a maioria das disposições constitucionais, peçadas de intenções ideológicas, os objetivos da assistência social, na Constituição de 1988, dificilmente lograrão efetividade.

“Enquanto os excluídos não se fizerem ouvir, ou enquanto a surdez moral impedir os capazes de ouvir o clamor dos infelizes, de pouco valerá denominar-se cidadã a Constituição de 1988”, porque continuarão existindo os “sem-teto, sem-terra, sem-emprego, sem-comida, sem-roupa, sem-saúde, sem-escola, sem-lazer, sem-brinquedo, sem-pais, sem-família.”¹⁰

O pensamento de Augusto Massayuki Tsutiya converge para o de Uadi Lammêgo Bulos quando ele afirma que

Os brasileiros encontram-se ainda excluídos dos mais elementares direitos sociais, configurados na desigualdade social reinante no Brasil. Carvalho¹¹ sintetiza muito bem a questão, *in verbis*: “José Bonifácio afirmou, em sua representação enviada à Assembléia Constituinte de 1823, que a escravidão era um câncer que corroía nossa vida cívica e impedia a construção da nação. A desigualdade é a escravidão de hoje, o novo câncer que impede a constituição de uma sociedade democrática. A escravidão foi abolida 65 anos depois da advertência de José Bonifácio. A precária democracia de hoje não sobreviveria a espera tão longa para extirpar o câncer da desigualdade.”¹²

Neste artigo, trataremos a saúde como espécie do gênero assistência social, na amplitude que o Supremo Tribunal Federal¹³ lhe conferiu, apesar desta classificação não ser vista de bom grado pelo governo. Mas isso seria objetivo de outro artigo.

10 NALINI, José Renato. *Constituição e estado democrático*. São Paulo: FTD, 1997. p. 242.

11 CARVALHO, José Murilo de Carvalho. *Cidadania no Brasil*. p. 228. In TSUTIYA (2007), p. 422.

12 TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de direito da seguridade social*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 421.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 2.028.

O Estado brasileiro não consegue, sozinho, atender os cidadãos na abrangência determinada pela Constituição Federal.¹⁴ Antevendo isso, os próprios constituintes de 1988 fizeram constar diversos artigos na Carta Magna que previam a participação da sociedade civil para que, em parceria com o Poder Público, complementasse a assistência às pessoas, visando dar-lhes dignidade¹⁵, no sentido amplo.

Esta linha de orientação é de fácil constatação no próprio texto constitucional:

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. (...)

Na área da saúde, a prescrição da CF no sentido da participação da iniciativa privada no desenvolvimento de ações e programas que lhe são pertinentes é expressa e taxativa:

14 “Consciente dos seus próprios limites, o Estado brasileiro sabe que deve contar com entidades privadas para lograr o desiderato constitucional da assistência.” BALERA, Wagner. Artigo intitulado “A Imunidade das Entidades Beneficentes de Assistência Social” in *Contribuições previdenciárias questões atuais*. ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). São Paulo: Dialética, 1996. p. 221.

15 CF, Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º – As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º – É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º – É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. (...)

Destinatários da imunidade

A atenção, agora, será dispensada às entidades sem fins lucrativos como destinatárias da imunidade tributária constitucional. Além de as entidades não poderem possuir fins lucrativos elas devem se enquadrar como praticantes da assistência social, no sentido amplo. Prevê a Constituição Federal:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

VI – instituir impostos sobre; (...)

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)

§ 7º – São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Além das entidades de assistência social¹⁶ e educação, expressas no texto constitucional, as que atuam na saúde¹⁷ também são reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal como aptas a gozar da imunidade tributária ali mencionada.¹⁸

Ser “sem fins lucrativos” significa não distribuir lucros aos associados ou a qualquer outra pessoa que integre a entidade.¹⁹ O eventual superávit financeiro deve ser aplicado no desenvolvimento das atividades da própria entidade. Nada obsta nem proíbe que a entidade pratique atividades econômicas e obtenha lucro, desde que este seja revertido e aplicado na promoção dos objetivos assistenciais dela mesma.²⁰ E isso é tão verdadeiro que, se

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 214.788.

17 “Logo, impõe-se a conclusão de que as destinatárias da imunidade quanto às contribuições sociais são as entidades que atuam no âmbito da assistência social, em sentido estrito, tal como definida no art. 203 da CF/88, e, ainda, das entidades que exercem atividades de saúde (...).” GOULART, Karine Borges. *Entidades beneficentes & contribuições sociais*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 128.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN nº 2.028. Assim se posicionou o Ministro José Carlos Moreira Alves: “Esse conceito mais lato de assistência social – e que é admitido pela Constituição – é o que parece deva ser adotado para a caracterização dessa assistência prestada por entidades beneficentes, tendo em vista o cunho nitidamente social de nossa Constituição. (...)”

19 Sacha Calmon Navarro Coelho ensina: “Por ‘sem fins lucrativos’ deve-se entender aquelas que não se apropriam dos resultados operacionais, ou seja, que não distribuem resultados entre sócios ou mantenedores ou associados, reinvestindo tudo o que ganham e, cada vez mais, em atividades-meios capazes de sustentar os planos educacionais próprios dessas entidades. Caso contrário, a imunidade em tela ficaria conduzida à caridade e à filantropia, o que não esteve nos cálculos do constituinte que dá à sociedade a possibilidade de cooperar com o governo nas esferas de educação e da assistência e previdência sociais (paraestabilidade) com organismos fortes, auto-suficientes e progressistas, certo que sem atividade econômica própria não poderiam tais entes desenvolver as funções educacionais e assistenciais a que se propuserem.” Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 358. In *Aspectos jurídicos do terceiro setor*. Cristiano Carvalho, Marcelo Magalhães Peixoto (coord.). 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: MP Ed., 2008. p. 259.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 369.872.

fosse proibido às entidades sem fins lucrativos realizar ações ou atividades lucrativas, por que existiriam normas jurídicas proibindo a tributação da receita dela advinda? Se isso não fosse possível não haveria a necessidade de tal previsão legal, o que parece óbvio.²¹

Não se vai aqui tratar de isenção, que é apenas um favor legal criado por lei ordinária pelo ente político e pode ser revogado ao seu bel prazer, quando quiser. A imunidade²², ao contrário, é a retirada da capacidade de tributar do poder tributante. Trata-se a imunidade de instituto constitucional inserido nos direitos e garantias individuais²³, sendo vedada a edição de Emenda Constitucional que tenha por objeto a sua supressão (CF, art. 60, § 4º., IV), eis que é cláusula pétria.²⁴

Panorama atual da imunidade das entidades sem fins lucrativos

Não é de hoje que a imunidade é vilipendiada pelo governo, em todos os níveis. A discussão judicial acerca da natureza jurídica da lei (complementar ou ordinária) que regulamenta dispositivo constitucional que limita o poder de tributar está no Supremo Tribunal Federal há mais de 10 anos, o que faz que o governo entenda, explore, use e abuse de lei

21 Sacha Calmon Navarro Coelho observa que “A ‘gratuidade’ pela qual tantos lutam é maléfica e contraproducente. Se as instituições particulares atuassem gratuitamente a fundo perdido, logo se estiolariam em quantidade e qualidade. A filantropia é cara, e a caridade pouca. A idéia de permitir o lucro e de obrigar sua reinversão no *munus* educacional ou assistencial enquanto condição para o privilégio da imunidade é verdadeiro motor do ‘instituto’, tornando-o útil e eficaz. A ampliação do campo de abrangência da atuação das entidades, a seu turno, tem sido a grande, a investimóvel contribuição da Suprema Corte, à operacionalidade da imunidade das instituições. Com o decidir, assim, o STF tem propiciado o surgimento de centenas de instituições a servir micro-comunidades, em verdadeiro somatório de esforços visando o fim público inquestionável: a melhoria incessante dos níveis de educação, cultura assistencial do sofrido povo brasileiro.” *Curso de direito tributário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 275. *Apud Aspectos jurídicos do terceiro setor*. Cristiano Carvalho, Marcelo Magalhães Peixoto (coord.). 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: MP Ed., 2008. p. 149.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº. 232.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 237.718.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN nº. 939-7.

ordinária e medida provisória para obter seu intento de arrecadação desvairada e linear. Está-se filiado à linha de pensamento de quase todos os doutrinadores tributaristas que defendem a aplicação de lei complementar (Lei 5.172/66, Código Tributário Nacional – CTN²⁵) para regulamentar a limitação do poder de tributar, conforme manda o art. 146, II, CF.²⁶

Já é hora de o Supremo Tribunal Federal julgar os processos que tratam deste assunto, pois, após quase 11 anos de embate entre as teses jurídicas defendidas pelas entidades e governo, o relacionamento entre eles já se desgastou o suficiente.

Em se prevalecendo o previsto no art. 146, II, CF, bastaria que as entidades cumprissem os três requisitos que estão dispostos nos artigos 9º.²⁷ e 14²⁸ do CTN.

A se firmar o entendimento²⁹ do governo, que indevidamente trata

25 O Código Tributário Nacional, votado originalmente como lei ordinária, foi recepcionado como lei complementar. Vide art. 19, § 1º., CF/67.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADINs nºs. 2.028, 2.036, 2.228, 2.621 e 2.545.

27 CTN, art. 9º. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) IV – cobrar imposto sobre: a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros; b) templos de qualquer culto; c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo; (redação dada pela Lei Complementar nº. 104/01) § 1º. O disposto no inciso IV não exclui a atribuição, por lei, às entidades nele referidas, da condição de responsáveis pelos tributos que lhes caiba reter na fonte, e não as dispensa da prática de atos, previstos em lei, assecutoriais do cumprimento de obrigações tributárias por terceiros.

28 CTN, Art. 14 – O disposto na alínea c do inciso IV do art. 9º. é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nelas referidas: I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (redação dada pela Lei Complementar nº 104/01) II – aplicarem integralmente no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão. § 1º – Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º. do art. 9º., a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício. § 2º. – Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do art. 9º. são exclusivamente os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previsto nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

29 “Os defensores da lei ordinária se fiam no argumento de que o vocábulo ‘lei’ foi utilizado sozinho no art. 150, VI, c, da Constituição Federal, e que, caso o legislador quisesse se referir a lei complementar, ele teria complementado a redação e escrito o termo ‘complementar’. Entende quem assim pensa que, se a constituição não exigiu expressamente a necessidade de lei complementar, não cabe ao intérprete exigir. É bem verdade que a palavra ‘ordinária’ também não está escrita no artigo constitucional acima mencionado. (...) A questão é de hermenêutica, passando pela aplicação das técnicas exegéticas aceitáveis e de interpretação sistemática. (...) A tendência do Supremo Tribunal Federal, ao que tudo indica, é pelo reconhecimento da necessidade de lei complementar para regulamentar esta questão constitucional, o que nos parece absolutamente acertado.” TEIXEIRA, Josenir e HOHMANN, Ana

a imunidade como se fosse isenção, a Lei Ordinária nº. 8.212/91, especialmente o artigo 55³⁰, que foi revogado pelo artigo 44, I, da Lei nº. 12.101/09, seria apta para estabelecer os requisitos que as entidades deveriam cumprir para fazer jus ao não pagamento dos impostos previstos nos artigos 150, VI, “c” e 195, § 7º., ambos da CF, o que seria, no mínimo, frustrante.

Como o Supremo Tribunal Federal – STF –, em alguns momentos e em dadas situações, faz emergir seu viés político, o que efetivamente o é, também, muito traz preocupação o destino do assunto. A prevalecer a tese defendida pelo governo, o STF sepultaria definitivamente diversas entidades, colocando a derradeira pá de cal no seu leito de morte.

A Lei 9.732/98

O governo já tentou mudar a redação do artigo 55 da Lei nº. 8.212/91 por meio da Lei nº. 9.732/98, que alterava a redação primitiva

Carolina. *Revista de Direito do Terceiro Setor* – RDTS. ano 1. n. 1, jan./jun. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 196-197.

30 Texto primitivo da Lei 8.212/91, Art. 55. Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente: I – seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal; II - seja portadora do Certificado e do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecidos pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos; III – promova a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes; IV - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título; V – aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais apresentando, anualmente ao órgão do INSS competente, relatório circunstanciado de suas atividades. § 1º. Ressalvados os direitos adquiridos, a isenção de que trata este artigo será requerida ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, que terá o prazo de 30 (trinta) dias para despachar o pedido. § 2º. A isenção de que trata este artigo não abrange empresa ou entidade que, tendo personalidade jurídica própria, seja mantida por outra que esteja no exercício da isenção. O texto deste artigo foi parcialmente alterado pelas Leis nºs. 9.429/96, 9.528/97 e 9.732/98 (suspensa pela ADIN 2.028) e MP 2.187-13/01.

do inciso III³¹ e incluía os parágrafos 3º.³², 4º.³³ e 5º.³⁴ O STF freou o ímpeto governamental e suspendeu a eficácia de tais dispositivos, conforme decisão proferida na ADIN 2.028³⁵.

Os efeitos produzidos pela MP 446/08 e a sua consequência constitucional

Em 10.11.2008, o governo federal, atropelando a discussão e o andamento do Projeto de Lei nº. 3.021/08, de autoria dele mesmo, editou a Medida Provisória – MP – nº. 446, que dispunha sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social, regulava os procedimentos de “isenção” de contribuições para a seguridade social e revogava o artigo 55 da Lei 8.212/91³⁶.

Esta MP fez verdadeira revolução no que diz respeito à imunidade tributária das entidades, pois alterou as regras até então praticadas com base na Lei nº. 8.212/91 e no Decreto nº. 2.536/98 e retirou a competência³⁷ do Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS –, o que feriu o art. 204, II, CF, para conceder o Certificado de Entidade Beneficente

31 Redação dada pela Lei 9.732/98 a este inciso: “III – promova, gratuitamente e em caráter exclusivo, a assistência social beneficente a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência;”

32 Redação dada pela Lei 9.732/98 a este parágrafo: “§ 3º Para os fins deste artigo, entende-se por assistência social beneficente a prestação gratuita de benefícios e serviços a quem dela necessitar.”

33 Redação dada pela Lei 9.732/98 a este parágrafo: “§ 4º O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS cancelará a isenção se verificado o descumprimento do disposto neste artigo.”

34 Redação dada pela Lei 9.732/98 a este parágrafo: “§ 5º Considera-se também de assistência social beneficente, para os fins deste artigo, a oferta e a efetiva prestação de serviços de pelo menos sessenta por cento ao Sistema Único de Saúde, nos termos do regulamento.”

35 “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em **referendar** a concessão da medida liminar para **suspender**, até decisão final da ação direta, a eficácia do art. 1º, na parte em que alterou a redação do art. 55, inciso III, da Lei nº. 8.212, de 24/7/1991, e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, bem como dos arts. 4º, 5º e 7º, da Lei nº 9.732, de 11/12/1998. Brasília, 11 de novembro de 1999. Carlos Velloso. Presidente.” (grifos no original)

36 MP 446/08, art. 48, I.

37 Tal competência foi atribuída pela Lei 8.742/93, art. 18, IV, que teve sua redação alterada pelo art. 47 da MP 446/08.

de Assistência Social (CEBAS), documento até então “imprescindível” para o reconhecimento das entidades como imunes (ou “isentas”, na visão do governo) ao pagamento de impostos e contribuição previdenciária patronal. Esta insegurança jurídica continuará até que o STF julgue a ADIN 2.028. A MP segmentou as entidades por área de atuação e determinou que elas assim buscassem a concessão da certificação substitutiva ao CEBAS (que deixou de existir): as da saúde, no Ministério da Saúde; as de educação, no Ministério da Educação e as de assistência social, no Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.³⁸ Esta divisão prevalece hoje, em razão do previsto no artigo 21³⁹ da Lei nº. 12.101/09.

Além disso, as entidades que desenvolvessem atividades concomitantemente em mais de um campo social (saúde, educação e assistência social) e tivessem receita anual superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais)⁴⁰ seriam obrigadas a criar uma pessoa jurídica para cada uma das suas áreas de atuação, com número próprio no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ)⁴¹, e isso em 12 meses.⁴² Tal previsão fere frontalmente o art. 5º., XVIII, da CF, sendo, portanto, inconstitucional, pois é “vedada a interferência estatal” no funcionamento das associações. A discussão do projeto de lei durante vinte meses e a pressão que as entidades fizeram nos parlamentares trouxeram bons ares à democracia, pois a cisão das entidades não aparece no texto da Lei nº. 12.101/09, da mesma forma que desapareceu qualquer referencial à receita delas. A nova lei prevê, no artigo 22, que a entidade que atue em mais de uma área (saúde, educação e assistência social) deverá

38 MP, 446/08, art. 22.

39 Art. 21. A análise e decisão dos requerimentos de concessão ou de renovação dos certificados das entidades beneficentes de assistência social serão apreciadas no âmbito dos seguintes Ministérios: I – da Saúde, quanto às entidades da área de saúde; II – da Educação, quanto às entidades educacionais; e III – do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, quanto às entidades de assistência social.

40 MP, 446/08, art. 24.

41 MP, 446/08, art. 35.

42 MP, 446/08, art. 35, § 2º.

requerer a certificação e sua renovação no Ministério responsável pela área de atuação preponderante da entidade, sendo esta definida como atividade econômica principal no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) do Ministério da Fazenda.

Em 19.11.2008, o Senado Federal devolveu a MP 446/08 à Presidência da República, por entender que sua proposição parecia-lhe contrária à CF. Em 02.12.2008, o governo federal propôs o Projeto de Lei do Senado – PLS – nº. 462, que repetia o texto da MP 446, mas, em vez do deferimento de pedidos de renovação de CEBAS, da extinção de recursos e do prejuízo das representações, conforme previsto originalmente nos extintos artigos 37, 38 e 39 dela, previu que estes processos sejam encaminhados aos ministérios correspondentes à área de atuação das entidades, que deverá julgá-los até 31.12.2009 “observando a legislação em vigor à época de sua protocolização original”. O PLS não nasceu para o mundo jurídico e perdeu o objeto em razão da edição da Lei nº. 12.101/09.

A Câmara dos Deputados, por sua vez, rejeitou a MP em 10.02.2009.⁴³ Neste ínterim, em cumprimento ao artigo 37 da MP 446/08, o CNAS editou as Resoluções nºs. 3 (23.01.09), 7 (03.02.09), 8 (04.02.09) e 12 (09.02.09), que deferiram a renovação de 7.107 CEBAS que ali tramitavam.

Diante da postura do Congresso Nacional, os olhos dos operadores do Direito se voltaram para o previsto no art. 62, §§ 3º. e 11, da CF, pois esperava-se pelo decreto legislativo que iria disciplinar as relações jurídicas decorrentes daquela Medida Provisória. Ele não surgiu no mundo jurídico, o que deveria ter acontecido até 12.04.2009. Esse fato atraiu a aplicação do § 11, art. 62, CF, que prevê que “as relações jurídicas constituídas e decorrentes dos atos praticados durante sua vigência (da MP) conservar-se-ão por ela regidas” .

43 DOU 12.02.2009, p. 1, Atos do Congresso Nacional.

Os parlamentares Luciana Genro (PSOL/RS) e Raul Jungmann (PPS/PE) protocolaram os projetos de decretos legislativos – PDL – nºs. 1.378 e 1.379, em 03.03.2009 e 05.03.2009, respectivamente, na Câmara dos Deputados, ambos tratando da regulamentação dos efeitos da MP 446/08.

O primeiro PDL, composto de apenas um artigo, propunha a revogação de qualquer efeito produzido pela MP em questão, durante seu prazo de vigência. A explicação da ementa do PDL era a seguinte: “Revoga os efeitos da aplicação da Medida Provisória que permitiu a renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS), para inúmeras entidades irregulares ou com pedidos indeferidos”.

O segundo PDL continha apenas um artigo, assim redigido: “Art. 1º. Em decorrência da rejeição da Medida Provisória nº. 446, de 07 de novembro de 2008, ficam convalidados todos os atos decorrentes da aplicação de seus dispositivos, à exceção do disposto nos arts. 37 e 39, para os quais a convalidação dar-se-á até o dia 10 de abril de 2009.” Ambos os PDLs foram arquivados, pois não foram votados no tempo determinado pela Constituição Federal.⁴⁴

A Ação Civil Pública

Eis que, em 03 de abril de 2009, a juíza de direito da 13ª. Vara Federal do Distrito Federal concedeu liminar numa Ação Civil Pública⁴⁵ ajuizada pelo Ministério Público Federal em dezembro de 2008 contra

44 Declaração de prejudicialidade – Nos termos do art. 62, § 11, da Constituição, não editado decreto legislativo até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. Verifico que a Medida Provisória nº. 446, de 2008, foi rejeitada pelo Plenário do Senado Federal aos 10 de fevereiro de 2009. Portanto, havendo transcorrido *in albis* o prazo constitucional, estão prejudicados os Projetos de Decreto Legislativo nº.s 1.378 e 1.379, ambos de 2009, pelo que determino o arquivamento das proposições na forma do art. 164, I e § 4º., do Regimento Interno. Em 5/5/09 – Michel Temer, Presidente.

45 nº. dos autos: 2008.34.00.038314-4.

a União Federal, e determinou que a Secretaria da Receita Federal do Brasil constituísse imediatamente (“proceda ao lançamento”), e depois suspendesse, a exigência do crédito tributário, até decisão contrária daquele juízo, todos os (pretensos) “créditos de contribuições devidas à seguridade social, em face das entidades que tinham pedidos de concessão e renovação de Certificados de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) e Representações Administrativas, que estavam pendentes de julgamento no Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, quando da edição da Medida Provisória 446/08, bem como das que aguardavam decisões em Recursos/Pedidos de Reconsideração dirigidos ao Ministro da Previdência Social (Art. 7º., § 1º. do Decreto 2.536/98 e parágrafo único do art. 18 da Lei 8.742/93) relativamente aos fatos ocorridos dentro dos períodos de validade ou análise dos Certificados de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) solicitados.”

Determinou a magistrada que o autor da ação deveria apresentar a lista de todas as entidades que foram beneficiadas pela MP 446/08 e que deveriam ter (pretensos) débitos inscritos na dívida ativa da União Federal.

Havia a convicção de que tal despacho, em decorrência de seu ineditismo e diante da flagrante fragilidade jurídica, seria cassado pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª. Região por meio de recurso da Advocacia-Geral da União (AGU). Todavia, não foi o que aconteceu. Um juiz federal convocado, fazendo as vezes do desembargador federal designado para a relatoria, em 27 de julho de 2009, ao analisar o Agravo de Instrumento⁴⁶, indeferiu o efeito ativo pretendido pela União Federal “em face da inconstitucionalidade dos artigos questionados pelo MPF”. Entendeu o juiz que os artigos 37, 38 e 39 da Medida Provisória “são inconstitucionais por ofenderem a razoabilidade, proporcionalidade e igualdade, invadir atribuições do Executivo e o disposto no art.

46 N°. dos autos: 2009.01.00.029151-6/DF.

195, § 7º. da Constituição”. Continuou o magistrado: “O deferimento de certificado indistintamente aos requerentes, bastando haver pedido ou reclamações tramitando, pedido de renovação, pedidos de reconsideração ou recursos pendentes no CNAS, ofende a razoabilidade e o dever de fundamentação das decisões administrativas, além do princípio da igualdade. Permite inclusive que uma entidade que descumprisse todas as regras para gozo do benefício e já o tivera indeferido se valesse das benesses das referidas normas, bastando contar com pedido, reclamação ou recurso tramitando junto ao CNAS. Noutro giro, ofendem a especialização de atribuições entre Legislativo e Executivo, pois cabe a esse concretizar a norma genérica no caso concreto. No caso, as normas invalidaram completamente essa divisão de atribuições de determinou (*sic*), certamente em face do assoberbamento do Executivo, a concessão do CEBAS sem qualquer análise e, pior, em casos que tal documento já havia sido indeferido e contava com recurso ou pedido de reconsideração pendente. Finalmente, e mais evidente é que a norma ofende o disposto no art. 195, § 7º. da Constituição. (...) Se a lei praticamente dispensa o cumprimento de qualquer requisito, mas condiciona apenas à existência de mero pedido de renovação, reclamação ou recurso, pendentes de análise, ela ofende de morte a necessária regulamentação em sentido material estabelecida na Carta Magna. Cabe ressaltar, a liminar tutela interesse público relevante de constituição de créditos tributários que caminham para a decadência, sem o devido cuidado da própria entidade com atribuição constitucional para os respectivos lançamentos – a União (Fazenda Pública) – que pede em sentido contrário.”⁴⁷

A União Federal, então, tentou outro caminho: ajuizou pedido de Suspensão de Liminar⁴⁸. O TRF da 1ª. Região suspendeu a execução da medida liminar deferida pela decisão monocrática da juíza da 13ª. Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal por entender que “a decisão

47 Páginas 2 e 3 do despacho.

48 Autos nº. SLAT 2009.01-00.052337-7/DF.

atacada, à primeira vista, coloca em rota de colisão os Poderes da República, em razão do que dispõe o art. 62, § 3º., supra, configurando grave lesão à ordem pública”.

A constituição do suposto crédito tributário do governo federal, em face das entidades, está suspensa, enquanto se espera pela análise do mérito da ação.

A fiscalização governamental não ficará inerte, pois o seu viés arrecadatório não a permite agir assim. Muito provavelmente ela interpretará as normas que dizem respeito ao assunto de forma restritiva e atuará as entidades, que, mais uma vez, deverão procurar no Judiciário a garantia ao respeito dos seus direitos, onde a discussão consumirá vários anos do sossego delas.

Aliás, não é outro o sentido do previsto no artigo 40 da Lei nº. 12.101/09, que determina aos ministérios da Saúde, da Educação e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome que informem à Secretaria da Receita Federal do Brasil os pedidos de certificação originária e de renovação deferidos, bem como os definitivamente indeferidos.

A nova lei da filantropia: nº 12.101/09

Enquanto tudo isso acontecia, o presidente Lula editou a Lei nº. 12.101/09, publicada em 30 de novembro de 2009, que dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social, regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social, altera a Lei nº. 8.742/93, revoga dispositivos das Leis nºs 8.212/91, 9.429/96, 9.732/98, 10.684/03 e da Medida Provisória nº. 2.187-13/01.

Como não poderia deixar de ser e mantendo coerência com a postura adotada desde o primeiro mandato, o atual governo editou lei ordinária, em vez de complementar, mesmo diante do disposto no artigo 31 da nova lei, que prevê que “o direito à isenção das contribuições sociais

poderá ser exercido pela entidade a contar da data da publicação da concessão de sua certificação”.

A nova lei é a materialização do PL 3.021/08 e de outros que a ele estavam apensados, e a sua intenção principal está estampada no artigo 21: “A análise e decisão dos requerimentos de concessão ou de renovação dos certificados das entidades beneficentes de assistência social serão apreciadas no âmbito dos seguintes Ministérios: I – da Saúde, quanto às entidades da área de saúde; II – da Educação, quanto às entidades educacionais; e III – do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, quanto às entidades de assistência social” .

Isso retirou do CNAS a legitimidade de conceder ou renovar o CEBAS, o que, em nossa modesta opinião, fere o artigo 204, II, da CF, conforme antes manifestado.

Tal disposição legal alterou a LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social – nº. 8.742/93 – no seu artigo 18, III e IV, passando o CNAS a ter por atribuição apenas o “acompanhamento” e a “fiscalização” do processo de certificação das entidades e organizações de assistência social no Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e a “apreciação” do relatório anual que conterà a relação de entidades e organizações de assistência social certificadas como beneficentes, devendo “encaminhá-lo” para conhecimento dos Conselhos de Assistência Social dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. Tudo isso por força do artigo 42 da Lei nº. 12.101/09.

A total separação das entidades de acordo com a sua atuação e atividade, pretendida pelo governo, não será absolutamente factível. Veja-se, por exemplo, o previsto no parágrafo 3º do artigo 13 da nova lei: caso a entidade que atua na educação não consiga cumprir os requisitos estabelecidos no parágrafo primeiro de tal artigo, ela poderá, “complementarmente, (...) contabilizar o montante destinado a ações assistenciais”. E o que são “ações assistenciais”? Voltamos, então, à reflexão, incertezas, indefinições e subjetivismos extraídos na legislação que norteia o tema:

CF, arts. 5º. e 203; LOAS; Decreto 6.308/07; Resolução CNAS nº. 191 etc. Além disso, os assustadores pareceres das consultorias jurídicas dos ministérios da Previdência e do Desenvolvimento Social também serão utilizados pela fiscalização governamental para encurtar o alcance das atividades desenvolvidas pelas entidades sem fins lucrativos.

Ao longo de 45 artigos, a nova lei traz as regras que devem ser observadas desde 30 de novembro de 2009 pelas entidades sem fins lucrativos. Todavia, a própria lei se refere por 10 vezes a “regulamentos” que deverão ser editados pelos ministros das respectivas pastas para institucionalizar os requisitos que deverão ser cumpridos pelas entidades. Até o início de março de 2010, entretanto, nenhum dos três ministérios tinha editado qualquer regulamento para aplicação da lei, mesmo ela já estando em vigor há quase 90 dias.

Essa inércia permite concluir que o previsto no artigo 35 da nova lei não acontecerá. Tal artigo prevê que os pedidos de renovação de CEBAS protocolados (no CNAS) e ainda pendentes de julgamento serão julgados pelo Ministério da área no prazo máximo de 180 dias, ou seja, até 30 de maio de 2010, aproximadamente. E o julgamento deve ser feito pelo Ministério responsável com base na “legislação em vigor à época da protocolização do requerimento”, em razão da irretroatividade da nova lei.

E isso gera outra preocupação às entidades. Pessoas que não têm qualquer familiaridade com a prática empregada pelos técnicos do CNAS e que não conhecem a legislação anterior é que julgarão os processos, o que, no mínimo, amedronta as entidades. É claro que tudo pode ser aprendido. Porém, isso é, no mínimo, preocupante. Esperamos que a luz do Divino Salvador ilumine a mente de tais pessoas para que as entidades não sucumbam ante a ignorância delas.

O CEBAS era um dos requisitos exigidos pelo artigo 55 da Lei nº. 8.212/91, revogado pela nova lei da filantropia, e imprescindível para o requerimento do reconhecimento da “isenção” da cota patronal perante

a Secretaria da Receita Federal do Brasil – SRFB –, por meio de processo administrativo específico. Daí a sua importância para permitir às entidades gozarem de tal benefício que, na prática, é verdadeira “imunidade”.

A nova lei avançou ao prever, no artigo 31, que “o direito à isenção das contribuições sociais poderá ser exercido pela entidade a contar da data da publicação da concessão de sua certificação”. Elimina-se, assim, o processo administrativo que era obrigatório perante a SRFB, em que pese a obtenção do novo certificado se constituir em verdadeiro processo administrativo, também, mas agora no âmbito dos ministérios.

O confronto da MP 446/08 com a Lei nº. 12.101/09

A MP em questão causou polêmica por deferir, prejudicar e extinguir processos e representações que tramitavam no CNAS. Como visto anteriormente, os efeitos produzidos pela MP, durante a sua vigência, convalidaram-se. A Ação Civil Pública (ACP) que pretende cassar os efeitos produzidos pela MP ainda tramita e, ao que tudo indica, demorará alguns anos até o assunto se resolver de forma definitiva. A situação de hoje permite inferir que os efeitos produzidos pela MP estão válidos, diante da inexistência de decisão judicial na ACP. Portanto, hoje, é válido concluir que os processos de concessão originária e de renovação de CEBAS que tramitavam no CNAS estão deferidos, que as representações estão prejudicadas e que os recursos estão extintos.

Ignorando a concretude de tal fato jurídico, decorrente da aplicação de preceito constitucional, a Lei nº. 12.101/09 ressuscitou situação jurídica que já estava fulminada, trazendo, de novo, insegurança jurídica que as entidades não mereciam.

Eis o comparativo entre os textos legais da MP e da nova lei da filantropia:

MP 446/08	Lei n.º. 12.101/09
<p>Art. 37. Os pedidos de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social protocolizados, que ainda não tenham sido objeto de julgamento por parte do CNAS até a data de publicação desta Medida Provisória, consideram-se deferidos.</p> <p>Parágrafo único. As representações em curso no CNAS propostas pelo Poder Executivo em face da renovação referida no caput ficam prejudicadas, inclusive em relação a períodos anteriores.</p>	<p>Art. 35. Os pedidos de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social protocolados e ainda não julgados até a data de publicação desta Lei serão julgados pelo Ministério da área no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da referida data.</p> <p>§ 1º. As representações em curso no CNAS, em face da renovação do certificado referida no caput, serão julgadas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei.</p>
<p>Art. 38. Fica extinto o recurso, em tramitação até a data de publicação desta Medida Provisória, relativo a pedido de renovação ou de concessão originária de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social deferido pelo CNAS.</p>	<p>Art. 34. Os pedidos de concessão originária de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social que não tenham sido objeto de julgamento até a data de publicação desta Lei serão remetidos, de acordo com a área de atuação da entidade, ao Ministério responsável, que os julgará nos termos da legislação em vigor à época da protocolização do requerimento.</p>
<p>Art. 39. Os pedidos de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social indeferidos pelo CNAS, que sejam objeto de pedido de reconsideração ou de recurso pendentes de julgamento até a data de publicação desta Medida Provisória, consideram-se deferidos.</p>	

Constata-se do quadro apresentado que os pedidos de renovação do CEBAS que ainda não tinham sido julgados pelo CNAS foram deferidos e assim estão até hoje por força de imperativo constitucional. Todavia, a nova lei da filantropia mandou que os ministérios da área de atuação da entidade os julguem em 180 dias a contar de 30 de novembro de 2009 (data da publicação da Lei n.º. 12.101/09). É esperar para ver.

Ora, ou a Constituição Federal vale alguma coisa e produz efeitos, no caso os previstos no parágrafo 11 do artigo 62, ou a sociedade brasileira, nela incluídas as entidades sem fins lucrativos, estará fadada a conviver eternamente com a insegurança jurídica, como nunca antes se tinha visto na história deste país.

Cabe às entidades atuarem para que a legalidade de nosso sistema jurídico seja efetivamente respeitado e a efetividade dele decorrente se concretize, em prol da paz social.

Conclusão

A situação das entidades sem fins lucrativos, incluindo as que atuam na saúde, que era indefinida, definiu-se. Mas isso continua causando enorme insegurança jurídica e interfere no planejamento estratégico das mesmas. Este quadro está ficando insustentável. E pior: o futuro não é nada animador, consequência, principalmente, do imobilismo inacreditável delas diante de questões tão importantes que lhe dizem respeito diretamente, mas que foram relegadas a segundo plano, num ato de ceticismo e subestimação da força da fiscalização governamental.

As entidades sem fins lucrativos, principalmente as que atuam na saúde, devem buscar o efetivo reconhecimento de seu protagonismo no atendimento do cidadão brasileiro dependente do Sistema Único de Saúde – SUS -. Elas fazem, por amor ao próximo e voluntarismo, mais do que o Estado brasileiro deve fazer, por obrigação que lhe é imposta pela Constituição Federal. Mas, infelizmente, a população não vê isso com esses olhos.

Caso as entidades não combatam de frente a sanha arrecadatória do governo federal, com todas as forças, inclusive no Judiciário, se for preciso, o preço de tudo isso sairá caro demais, pois elas estarão “na mão” do Poder Executivo, fazendo apenas o que ele entender que deve

ser feito, retirando totalmente a sua liberdade e espontaneidade de criação e atuação.

Ou as entidades se recusam a dançar a música tocada pelo governo ou estarão fadadas a se “acabarem” em uma trilha sonora que não lhes apetece.

Cabe às entidades colocar os pingos nos is e mostrar à sociedade as benesses que suas atividades lhe trazem, exigir do governo, seja ele qual for, o respeito e o reconhecimento que merecem e não se curvarem a arremedos ditatoriais concretizados em legislação verdadeiramente tupiniquim (perdoem os índios capixabas por usar indevidamente o substantivo que identifica o seu povo) que as estrangulam.

Referências

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 6. ed. rev., atual.e ampl. até a Emenda Constitucional 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GOULART, Karine Borges. *Entidades beneficentes & contribuições sociais*. Curitiba: Juruá, 2004.
- LUNARDELLI, Regina Andrea Accorsi. *Tributação do terceiro setor*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MACHADO, Maria Rejane Bitencour. *Entidades beneficentes de assistência social*. Curitiba: Juruá, 2007.
- MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro setor e imunidade tributária: Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- MENTRINER, Maria Luiza. *O estado entre a filantropia e a assistência social*. São Paulo: Cortez, 2001.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. atual. até a EC nº. 52/06. São Paulo: Atlas, 2006.
- NALINI, José Renato. *Constituição e estado democrático*. São Paulo: FTD, 1997.
- PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Aspectos jurídicos do terceiro setor*. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: MP Ed., 2008.
- ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Contribuições previdenciárias – Questões Atuais*. São Paulo: Dialética, 1996.
- TEIXEIRA, Josenir e Ana Carolina Hohmann. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*. ano 1. n. 1, jan./jun. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2007.

