

ALEXANDRE VENZON ZANETTI
(Organizador)

COLETÂNEA DIREITO E SAÚDE 2012

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE (CNS)

PORTO ALEGRE
IAHCS
2012



Ficha Catalográfica ????????

Editora IAHCs
Rua Cel. Corte Real, 75 Porto Alegre RS
CEP 90630-080 Tel.: 51 3331 9555 Fax:
51 3331 0592
www.iahcs.com.br

SUMÁRIO

Apresentação <i>José Carlos Abrahão</i>	??
Isenção: um erro constitucional <i>Alexandre Venzon Zanetti</i>	??
O modelo de gestão da saúde pública pelas organizações sociais: aspectos jurídicos desta alternativa eficiente <i>Bernardo Safady Kaiuca</i>	??
Constituição jurídica das sociedades para o fim de prestação de serviços de saúde: a parceria comercial em contraponto ao vínculo de emprego <i>Bruno Milano Centa e Phillipe Fabrício de Mello</i>	??
Impacto da nova jurisprudência uniformizada do Tribunal Superior do Trabalho no setor de saúde <i>Eriete Teixeira</i>	??
Isenção da COFINS para sociedades médicas: revogação da súmula 276 do STJ em face da decisão do STF: efeitos modulatórios <i>José Eduardo Dornelas Souza e José Rilton Tenório Moura</i>	??
Livre iniciativa, controle de preços e limites da atuação estatal <i>Luís Roberto Barroso</i>	??
Prontuário eletrônico: o desafio da quebra de paradigmas em uma sociedade em transformação: do analógico para o digital <i>Patricia Peck Pinheiro e Sandra Tomazi</i>	??
Sobre a imunidade tributária das entidades de assistência social atuantes na área da saúde: aplicabilidade com relação ao ICMS incidente sobre aquisições de mercadoria no mercado interno <i>Renato Nunes e Felipe Medaglia</i>	??
Responsabilidade civil dos hospitais e estabelecimentos de saúde <i>Rosana Florencio da Silva e Waldomiro Alves da Costa Júnior</i>	??





APRESENTAÇÃO

Em 2012, a Confederação Nacional de Saúde (CNS) comemora 18 anos, data oportuna para o lançamento desta publicação. Este livro reúne artigos jurídicos de suma importância para o Setor Saúde, com sugestões e relatos de algumas ações do segmento, que permitirão uma reflexão mais aprofundada. Também é motivo de celebração a posição que a CNS vem adquirindo ao longo desses anos diante do Executivo, Legislativo e Judiciário, com o objetivo de ampliar o debate referente à Saúde. A entidade tem provocado e participado de 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) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Além disso, a Confederação tem acompanhado projetos de lei, requerimentos e medidas provisórias.

A CNS atua em conjunto com seus filiados, congregando atualmente oito Federações (FENAESS, FEHOSUL, FEHERJ, FEHOSPAR, FEHOESC, FEHOESG, FEBASE E FEHOESP) e 90 sindicatos de saúde, representando todos os estabelecimentos de serviços da área no país. Todo o reconhecimento e credibilidade adquiridos até então são frutos de um trabalho intenso, que tem tido participação ativa dos nossos afiliados.

A ação da Confederação nos últimos anos tem alcançado repercussões internacionais, comprovada pelos frequentes convites para participar de palestras, painéis e eventos, onde são debatidos os rumos da Saúde no mundo. É com muito orgulho que podemos afirmar que o nosso sistema é apresentado como uma referência, onde a universalidade, integralidade e equidade são seus pilares. O setor tem

evoluído nos últimos anos no país. De 2006 para 2012, a Saúde deixou de corresponder a 6% do PIB brasileiro para responder por cerca de 9,5%, o que demonstra que hoje o segmento não é apenas um braço social e assistencial, mas também econômico.

O Brasil vive uma grande mobilização entre todos os players do Sistema de Saúde e os números são expressivos: mais de 247 mil estabelecimentos de serviços, 6.800 hospitais – dentre os quais, muitos são de elevada categoria, comparável aos grandes centros mundiais de Saúde –, além de empregar 3 milhões de trabalhadores diretamente e outros 5 milhões indiretos.

Estes resultados estão relacionados ao segmento, que é um exemplo de parceria público-privada. A atuação em conjunto do Sistema Único de Saúde e da Saúde Suplementar, que tem gerado benefícios para a sociedade brasileira, promovem um grande Sistema Nacional de Saúde. O Brasil caminha a passos largos com a universalização do atendimento à Saúde, contando com o importante braço da iniciativa privada, que é responsável por 57% do investimento no setor.

O Sistema de Saúde brasileiro constitui-se em uma complexa engrenagem composta pelo Governo, prestadores e operadoras de serviço, que necessitam existir harmonicamente. Portanto, é preciso continuar perseverando em uma relação equilibrada e cada dia mais construtiva em prol de uma assistência de qualidade, humanizada e segura à nossa população. Isto nos leva a certeza que o nosso grande desafio é o equilíbrio do relacionamento entre estes entes, agregando valores para que possamos atender os 190 milhões de brasileiros sem distinção. A CNS tem acompanhado toda essa evolução do setor no Brasil e vem assumindo publicamente o seu compromisso com o segmento, participando de forma ativa de todas as ações em que a Saúde esteja inserida e lutando pelo aprimoramento da área.

Esta coletânea valoriza o importante trabalho que o Conselho Jurídico da CNS vem realizando ao longo da história da entidade, não somente representando a Confederação, mas também atuando permanentemente na defesa dos interesses do setor. Na verdade, os artigos aqui reunidos exemplificam uma parte do trabalho realizado pela sua equipe, que é mobilizar as Federações e os Sindicatos no debate de normas e leis que se refletem sobre o segmento.

O Conselho Jurídico atua em diversos órgãos, acompanhando e opinando em recomendações e decisões sobre legislação e outros assuntos. O grupo também participa de importantes conferências e congressos, discutindo e refletindo sobre questões jurídicas relacionadas à Saúde.

A história da CNS só ratifica a importância da união do setor para a evolução da Saúde no país. A luta em conjunto pelo desenvolvimento e fortalecimento do segmento está pautada no engajamento de todos os players para que possamos alcançar resultados em prol de um Sistema de Saúde a cada dia com mais qualidade e seguro. Espero que essa publicação contribua positivamente e colabore com a construção de novos projetos, que favoreçam a população brasileira.

José Carlos Abrahão

Presidente da Confederação Nacional de Saúde (CNS)

Autores, em ordem alfabética:

- *Alexandre Venzon Zanetti*
- *Bernardo Safady Kaiuca*
 - *Bruno Milano Centa*
 - *Eriete Teixeira*
 - *Felipe Medaglia*
- *José Eduardo Dornelas Souza*
 - *José Rilton Tenório Moura*
 - *Luís Roberto Barroso*
 - *Patricia Peck Pinheiro*
- *Phillipe Fabrício de Mello*
 - *Renato Nunes*
- *Rosana Florencio da Silva*
 - *Sandra Tomazi*
- *Waldomiro Alves da Costa Júnior*



**Direito e Saúde
2012**

***ISENÇÃO:
UM ERRO CONSTITUCIONAL***

*Alexandre Venzon Zanetti**



*

Graduado em Direito pela UNISINOS, especialista em Processo Civil e Tributário, e coordenador jurídico da CNS

ISENÇÃO: UM ERRO CONSTITUCIONAL

Alexandre Venzon Zanetti: graduado em Direito pela UNISINOS, especialista em Processo Civil e Tributário, e coordenador jurídico da CNS

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo levantar aspectos polêmicos dos temas abordados em sala de aula e confrontá-los com decisões do Supremo Tribunal Federal referentes ao tema.

O tema escolhido foi o da imunidade às instituições beneficentes de assistência social, contida no artigo 150 da Constituição Federal, e o não tratamento similar quando da previsão da isenção contida no artigo 195 do mesmo diploma legal.

Nesta esteira de pensamento, participamos de várias reuniões junto aos advogados que compõem o quadro da Confederação Nacional da Saúde, cuja abrangência se dá em todo o país, para a discussão do tema quando da promulgação da Lei 12.101/2009, que em muitos aspectos feriu preceitos constitucionais.

Nosso grupo tem entendimento no sentido de que a palavra “isenção” contida no artigo 195, parágrafo sétimo, da Constituição Federal, está aposta ali de forma totalmente equivocada, eis que não cabe a fixação de isenção no âmbito constitucional, mas, tão-somente, imunidade, tendo em vista que a primeira se dá em âmbito de lei ordinária.

A consequência desse pensamento será aqui abordada, pois, na existência de imunidade, os requisitos da lei, apregoados pelo artigo 195 da Carta, seriam os contidos no artigo 14 do Código Tributário Nacional, hoje recepcionado como lei complementar, sendo desta forma inconstitucional a Lei 12.101/2009 ao introduzir novas exigências para o gozo da imunidade, então tratada de isenção.

Em seguida, serão abordados os dois casos encontrados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os quais serão utilizados como paradigmas que sustentam que a expressão contida no artigo 195, parágrafo sétimo, está mal colocada, tratando-se, na verdade, de imunidade.

Com o intuito de ilustrar melhor o trabalho, é acostada também a decisão liminar obtida pela Confederação Nacional da Saúde em ação direta de inconstitucionalidade, em que a tese principal sustentada é a mesma que servirá como base para o presente trabalho, liminar esta referendada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

A conclusão já está conhecida pelo transcorrer da introdução: onde está prevista isenção no parágrafo sétimo do artigo 195 da Constituição Federal, na verdade estamos tratando de imunidade.

IMUNIDADE E ISENÇÃO ASPECTOS RELEVANTES

O tema em tela está envolto nos conceitos de estrutura interna do Estado, no que diz respeito às peculiaridades e competências tributárias.

É sabido que o regime estabelecido pela Constituição Federal é o da competência privativa no tocante aos impostos, eis que ela própria discrimina e especifica, nos artigos 153, 154, 155 e 156, respectivamente, os que cabem à União, aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios, e ainda competência residual, no tocante a outros impostos não discriminados ou especificados, importando para o presente trabalho os que são de competência da União.

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

- I – importação de produtos estrangeiros;**
- II – exportação, para o exterior, de produtos animais ou nacionalizados;**
- III – renda e proventos de qualquer natureza;**
- IV – produtos industrializados;**
- V – Operações de créditos, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;**
- VI – propriedade territorial rural;**
- VII – grandes fortunas, nos termos da lei complementar.**

Art. 154. A União poderá instituir:

- I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;**

ISENÇÃO: UM ERRO CONSTITUCIONAL

Alexandre Venzon Zanetti: graduado em Direito pela UNISINOS, especialista em Processo Civil e Tributário, e coordenador jurídico da CNS

II – Na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.”

Diz-se competência privativa quando a criação de determinada arrecadação couber, exclusivamente, a uma única pessoa jurídica de direito público, devendo se destacar a competência residual, que surge quando, após definidas as competências privativas para a instituição de arrecadação de tributos sobre fontes constitucionalmente identificadas, é ainda atribuída a determinada pessoa de direito público interno competência suplementar, residual para a criação de outras arrecadações compulsórias, sobre novas fontes, diversas das já existentes.

O sistema adotado no Brasil indica que tal competência é atribuída com exclusividade, então, de forma privativa, à União.

No entanto, para que se proceda à instauração ou modificação de tributo em sentido amplo, o Estado, em uma de suas esferas de poder, promove uma série de atos que caracterizam o processo legislativo.

Este, em última análise, é o princípio da legalidade contido no artigo 5º, II da Constituição Federal, que estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou não fazer senão em virtude da lei.

O Professor Paulo de Barros Carvalho assim define a questão:

“Por força do princípio da legalidade(CF, art.5º II), a ponência de normas jurídicas inaugurais no sistema há de ser feita, exclusivamente, por intermédio de lei, compreendido esse vocábulo em sentido lato. Em qualquer segmento de conduta social, regulada pelo direito, é a lei o instrumento introdutor dos preceitos jurídicos que criam direitos e deveres correlatos. No plexo das faculdades legislativas que o constituinte estabeleceu, figura a de editar normas que disciplinem a matéria tributária, desde que contemple o próprio

fenômeno da incidência até aquelas que dispõe a propósito de uma imensa gama de providências, circundando o núcleo da regra-matriz e que tornam possível a realização concreta dos direitos de que é titular o sujeito ativo, bem como dos deveres cometidos ao sujeito passivo.”

Diante de tal quadro, tem-se que a União, Estados, Distrito Federal e os Municípios exercitam a competência tributária por meio do processo legislativo, atuando na criação de tributos em sentido amplo, em cada esfera de competência no gozo da “faculdade legislativa”, como denomina o Autor referido anteriormente, normalmente se colocando essa pessoa que exercita a competência tributária na condição de sujeito ativo, ou como credor da prestação a ser cumprida pelo devedor contribuinte.

Esta, então, é a forma criadora, se podemos assim denominar, de tributos em sentido lato, prevista na Constituição Federal de 1988, que, no entanto, estabelece limitações a este poder de tributar, que são as chamadas imunidades, por vezes, confundidas, ou mal denominadas de isenções.

Primeiramente, faz-se necessária a abordagem quanto aos preceitos constitucionais referentes à isenção tributária e à imunidade tributária.

Um apanhado pela doutrina pátria nos leva a um conceito simples sobre o tema e uma explicação razoável sobre a diferença.

Tem-se que Imunidade é a forma de não incidência mediante a supressão do tributo por determinação constitucional.

Já Isenção é a dispensa do pagamento de tributo devido por determinação legal.

Trata-se de diferenciação contida no ordenamento jurídico brasileiro que estabelece a problemática enfrentada no presente trabalho. Assim, verifica-se que a expressão empregada pelo artigo 195, parágrafo sétimo, da Constituição Federal está empregada de forma equivocada. Em verdade, como a vedação ao ato de tributar se dá pela via constitucional, e não pela via da legislação ordinária, o artigo anteriormente citado deveria conter a expressão isenta.

ISENÇÃO: UM ERRO CONSTITUCIONAL

Alexandre Venzon Zanetti: graduado em Direito pela UNISINOS, especialista em Processo Civil e Tributário, e coordenador jurídico da CNS

A conceituação faz com que tenhamos uma diferenciação entre incidência e não incidência tributária importante para a explanação do tema, de forma a solucioná-lo de forma definitiva.

O primeiro é o fato de a situação previamente descrita na lei ser realizada e incidir no tributo, dando nascimento assim à obrigação tributária. Neste caso, a situação está incluída no campo de tributação. Trata-se da ocorrência do fato gerador do tributo ou, como a expressão da lei, o texto legal incide na relação fática previamente tipificada e, então, efetivamente realizada.

Já o segundo, por óbvio, é o inverso. A situação ficou fora dos limites do campo tributário, ou a não ocorrência do fato gerador, pois a lei não descreve, não tipifica a hipótese de incidência.

Nesta diferenciação é que se encontra a resposta para a diferença entre isenção e imunidade.

Se, como já referido anteriormente, isenção é a dispensa de pagamento de tributo feita por disposição expressa em lei, logo, o raciocínio lógico é no sentido de que no caso de isenção a situação já está tipificada, ou seja, a hipótese de incidência está tipificada. Portanto, percebe-se que se trata de dispensa da obrigação de pagar, em que a hipótese de incidência encontra-se tipificada.

No caso de imunidade, não chega a nascer a obrigação de pagar para que sobrevenha então a dispensa. É então uma forma de não incidência pela supressão da competência impositiva para tributar certos fatos, por disposição constitucional.

Tal conceito ou diferenciação são encontrados em toda a doutrina.

Em obra de Rui Barbosa Nogueira, intitulada Curso de Direito Tributário, citando Amílcar de Araújo Falcão, define-se imunidade tributária como:

“a forma qualificada ou especial de não incidência, por supressão, na Constituição, da competência impositiva ou do poder de tributar, quando se configuram certos pressupostos, situações ou circunstâncias previstos no Estatuto Supremo. Esquemáticamente, poder-se-ia exprimir a mes-

ma ideia do seguinte modo: A Constituição faz, originariamente, a distribuição da competência impositiva ou do poder de tributar; ao fazer a outorga dessa competência, condiciona-a, ou melhor, clausula-a, declarando os casos em que ela não poderá ser exercida. A imunidade é, assim, uma forma de não incidência pela supressão da competência impositiva para tributar fatos, situações ou pessoas, por disposição constitucional.”

O professor Paulo de Barros Carvalho, em sua obra Curso de Direito Tributário, elucida de forma clara, precisa e sem complicações toda a problemática abordada no presente trabalho.

(...) Há consenso entre os especialistas no consignar as diferenças entre imunidade, isenção e não incidência, convindo dizer que, ultimamente, vem prosperando a lição mediante a qual as três categorias mereceriam considerar-se casos de não incidência, agregando-se a cada uma, pela ordem, as seguintes expressões: estabelecida na Constituição (imunidade); prevista em lei (isenção); e pura e simples (não incidência em sentido estreito). (...) Pág. 110.

(...) Vejamos, neste sentido, o que preceitua o art. 195, § 7º, da Constituição Federal: *São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.* Com a ressalva do tropeço redacional, em que o legislador empregou *isenção* por *imunidade*, vê-se que há impedimento expresso para a exigência de contribuição social das entidades beneficentes referidas no dispositivo. (...) Pág. 118.

ISENÇÃO: UM ERRO CONSTITUCIONAL

Alexandre Venzon Zanetti: graduado em Direito pela UNISINOS, especialista em Processo Civil e Tributário, e coordenador jurídico da CNS

(...) Poderíamos sublinhar tão-somente três sinais comuns: a circunstância de serem normas jurídicas válidas no sistema; integrarem a classe das regras de estrutura; e tratarem de matéria tributária. Quanto ao mais, uma distância abissal separa as duas espécies de unidades normativas. O preceito de imunidade exerce a função de colaborar de uma forma especial, no desenho das competências impositivas. São normas constitucionais. Não cuidam da problemática da incidência, atuando em instante que antecede, na lógica do sistema, ao momento da percussão tributária. Já a isenção se dá no plano da legislação ordinária. Sua dinâmica pressupõe um encontro normativo, em que ela, regra de isenção, opera como expediente redutor do campo de abrangência dos critérios da hipótese ou da consequência da regra-matriz do tributo (...). Pág. 123

Ressalta-se, então, que as exigências do legislador periférico para aquisição da isenção referida no artigo 195 da Lei Maior estão totalmente equivocadas, exceto aquelas previstas pelo Código Tributário Nacional em seu artigo 14, que serão abordadas mais adiante.

O EQUÍVOCO FORMAL DO ARTIGO 195 DA LEI MÁXIMA

Reza o art. 195 § 7º da CF:

“§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em Lei.”

Embora o dispositivo utilize o termo “isenção”, ao indicar que as entidades beneficentes de assistência social são desoneradas de contribuição para a seguridade social, por se tratar de desoneração veiculada pelo próprio texto constitucional, a sua natureza jurídica é de verdadeira imunidade, como já sustentado anteriormente.

Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, no MS 22.192-DF (DJ 19.12.96), cuja cópia segue anexa, destacando-se o seguinte trecho do voto vencedor do eminente Ministro Celso de Mello, a quem coube relatá-lo:

“Impede enfatizar, neste ponto, um aspecto da mais alta relevância. Mais importante do que a própria discussão sobre o alcance da norma inscrita em simples ato de caráter infraconstitucional editado pelo Poder Público (DL nº 1572/77, art. 1º § 1º), revela-se a análise da cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta da República, que outorga a entidades beneficentes de assistência social – desde que atendam às exigências estabelecidas em lei – benefícios extraordinários da imunidade subjetiva referente às contribuições pertinentes à seguridade social.

Com a superveniência da Constituição Federal de 1988, outorgou-se às entidades beneficentes de assistência social, em norma definidora de típica hipótese de imunidade, uma expressiva garantia de índole tributária em favor dessas instituições civis.

A cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política – não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para seguridade social, contemplou as entidades beneficentes de assistência social com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei (ROQUE ANTONIO

ISENÇÃO: UM ERRO CONSTITUCIONAL

Alexandre Venzon Zanetti: graduado em Direito pela UNISINOS, especialista em Processo Civil e Tributário, e coordenador jurídico da CNS

CARRAZZA, “Curso de Direito Constitucional Tributário”, p. 349 nota de rodapé nº 144, 5ª ed. , 193, Malheiros; JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO, “Contribuições Sociais no Sistema Tributário” p. 171-175, 1995, Malheiros; SACHA CALMON NAVARRO COELHO, “Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário, p. 41-42, item nº 22, 4ª ed., 1992, Forense; WAGNER BALERA, “Seguridade Social na Constituição de 1998”, p. 71, 1989 RT, vg.).

Convém salientar que este magistério doutrinário reflete-se na própria jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, que já identificou na Cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política, a existência de uma típica garantia de imunidade estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social (RTJ 137/965, Rel. Min. Moreira Alves).”

Desta forma, sendo a imunidade uma limitação ao poder de tributar, a lei a que faz menção a parte final do § 7º, ou seja, a que pode estabelecer as exigências para o gozo do benefício, há de ser lei complementar, por força do que estabelece o art. 146 II da CF, verbis:

**“Art. 146. Cabe à lei complementar:
II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.”**

Compreende-se a razão da exigência de veículo dessa estatura. É que se fosse o Constituinte deixar a critério do Poder Tributante a fixação de requisitos necessários para o gozo da imunidade, à evidência, poderia ele criar tal nível de obstáculos, que viria a frustrar a finalidade para a qual a imunidade foi inserida na lei maior.

A sabedoria com que se houve a Constituinte ao exigir a lei complementar para regular as limitações ao poder de tributar acaba de

ser demonstrada, pelo advento da lei 12.101/2009, eis que, na ânsia de atender a objetivos puramente arrecadatários, seu elaborador, ao conceber o requisito da gratuidade, com vistas à concessão do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, pretende frustrar por completo a finalidade para a qual a desoneração foi introduzida no Texto Supremo, criando uma absoluta impossibilidade material de a sociedade colaborar com o Estado no desempenho das atividades de interesse público e de exercer a beneficência, em seu conceito legal.

Ocorre que, à falta de lei complementar específica para disciplinar as condições a serem preenchidas pelas entidades beneficentes de assistência social para fazerem jus ao benefício do § 7º do art. 195, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RMS 22.192-9-DF, reconheceu que prestantes eram as mesmas condições previstas nos arts. 9º e 14º do CTN para o gozo da imunidade de impostos de que trata o art. 150 VI “c” da CF, por serem tais condições compatíveis com a finalidade para a qual ambas as desonerações foram concebidas pelo legislador supremo.

Os artigos 9º e 14º do CTN estabelecem:

“Art. 9º - É vedado à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios:

IV – Cobrar imposto sobre:

c) – o patrimônio, a renda ou serviços de partidos políticos e de instituição de educação ou de assistência social observados os requisitos fixos na seção II deste capítulo”.

“Art. 14º - o disposto na alínea “c” do inciso IV do art. 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado;

II – aplicarem integralmente, no país, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

ISENÇÃO: UM ERRO CONSTITUCIONAL

Alexandre Venzon Zanetti: graduado em Direito pela UNISINOS, especialista em Processo Civil e Tributário, e coordenador jurídico da CNS

III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão”.; (grifamos)

Referidos dispositivos do CTN elencam, portanto, as únicas condições que as entidades que desenvolvem tais atividades devem preencher para gozar da desoneração em tela, e que representam verdadeiras balizas a que se deve ater o legislador ordinário, como, aliás, ocorreu quando da publicação da lei 8212/91, que as incorporou integralmente.

Em parecer sobre o tema em discussão no presente texto, o tributarista Ives Gandra, patrono das ações que dão embasamento para o presente, teve oportunidade de manifestar-se nos termos seguintes:

“Por ter, sua matriz constitucional, sido reproduzida pela nova constituição, tais dispositivos foram recepcionados pela ordem atual, com o que apenas eles exteriorizam pré-condições para que uma entidade de assistência social possa gozar de ambas as imunidades, a saber: a de imposto e de contribuições sociais.

Nenhuma lei ordinária de qualquer poder tributante pode criar requisitos adicionais, impondo ônus que o constituinte deliberadamente quis afastar.

Todos os requisitos acrescentados ao restrito elenco do artigo 14 são inconstitucionais, em face de não possuir o Poder Tributante, nas 3 esferas, nenhuma força legislativa suplementar. Apenas a lei complementar pode impor condições. Nunca a lei ordinária, que, no máximo, pode reproduzir os comandos superiores”. (“Entidades sem fins lucrativos com finalidades culturais e filantrópicas – Imunidade constitucional de impostos e contribuições sociais”. – Parecer, in caderno de

Direito Tributário e Finanças Públicas, Revista dos Tribunais, vol. 4, p. 83) (negrito nosso)

Não podendo, portanto, o legislador ordinário disciplinar imunidade, que representa, na verdade, uma limitação ao seu poder de tributar, e sendo essa matéria exclusivamente reservada à lei complementar, a Lei 12.101/2009, que é lei ordinária, é manifestante inválida para essa finalidade, violando de forma flagrante o art. 146 II da CF.

Registra-se que o legislador constituinte foi infeliz na utilização da expressão “isentas”. Teria sido mais correto tecnicamente ter empregado o termo *imunes*, pois o preceptivo não contempla uma isenção, mas uma hipótese de imunidade, como se demonstrará.

O fenômeno das isenções se dá no plano infraconstitucional. Trata-se de uma redução do âmbito de tributação que se passa no plano normativo. Não há cronologia entre a lei que contempla a tributação e a lei isentiva; é da coalescência das duas que surge a demarcação do campo de incidência.

Destarte, para que se possa falar em conceder determinada isenção, é pressuposto indispensável que o tributo já tenha sido instituído, pois a isenção consiste numa redução de um dos critérios da norma-padrão de incidência tributária. Logo, enquanto esta não tiver sido instituída, não há o que reduzir.

Vê-se, portanto, que o termo “isenção” é utilizado no sistema jurídico brasileiro para representar o fenômeno consistente na mutilação parcial da norma instituidora do tributo provocada por uma norma isentiva com vistas a restringir o âmbito de incidência da norma de tributação. Representa, então, o entrechoque lógico e não cronológico de duas normas, uma estipulando a tributação e a outra reduzindo a sua abrangência, tudo se passando no plano normativo.

A isenção é um fenômeno que diz respeito à redução do âmbito de abrangência da norma instituidora do tributo e que não pode ser confundido com a delimitação do campo impositivo dos entes tributantes. Tal demarcação é denominada de delineamento da competência legislativa tributária, a qual é toda gizada no plano constitucional. É matéria de ordem estritamente constitucional, não competindo às leis infraconstitucionais sobre ela disciplinar.

ISENÇÃO: UM ERRO CONSTITUCIONAL

Alexandre Venzon Zanetti: graduado em Direito pela UNISINOS, especialista em Processo Civil e Tributário, e coordenador jurídico da CNS

Trata-se de coisas bem distintas. A lei isentiva investe contra determinada lei instituidora de um tributo, reduzindo seu âmbito de incidência, enquanto a demarcação da competência é um fenômeno constitucional que nada tem a ver com o fenômeno da incidência; representa a habilitação de determinadas pessoas para instituírem tributos e, conseqüentemente, nos seus respectivos âmbitos de atuação, concederem isenções.

A outorga de competência legislativa não se confunde com o exercício da própria competência outorgada, que, em matéria tributária, confere aos entes tributantes a faculdade de instituírem tributos e de concederem, quando entenderem necessário, isenção de seus próprios tributos. São fatos que ocorrem em momentos distintos: primeiro há a outorga de competência veiculada por meio de normas constitucionais, e depois, o ente tributante, valendo-se dessa competência recebida, pode instituir tributos e conceder isenções.

Nesse sentido, a competência tributária é aptidão outorgada constitucionalmente às pessoas políticas para, dentro dos limites estipulados pela Constituição, legislarem sobre matéria tributária, podendo não só criar tributos como editar todas as normas necessárias à regulamentação da ação de tributar.

As imunidades são partes dessa demarcação da competência tributária, pois são normas constitucionais que estabelecem a impossibilidade de determinados fatos, bens ou pessoas a serem alcançadas pela tributação. É uma técnica de delimitação da competência pela negativa, pois em vez de outorgar competência, estabelece a incompetência para tributar. Vale dizer, trata-se do afastamento de fatos tributáveis do âmbito de competência dos entes tributantes.

Logo, o campo impositivo das entidades tributantes deflui da coalescência das normas de outorga de competência com as que estabelecem as hipóteses de imunidades, pois são como se fossem faces distintas de uma mesma moeda. As primeiras habilitam as pessoas políticas a tributarem, indicando os fatos que podem ser eleitos como hipóteses de incidência, e as segundas estabelecem os fatos que não podem ser tributados. Em outras palavras, é como se a Constituição tivesse dito que todas as operações de circulação de mercadorias podem ser tributadas pelos Estados-membros, com

exceção das operações que destinarem produtos industrializados à exportação.

Por certo, a regra contida no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, constitui uma norma imunizante que estabelece a inaptidão das pessoas físicas para tributarem as entidades beneficentes de assistência social por meio das denominadas contribuições para a seguridade social, e não uma lei isentiva que restringe o âmbito de abrangência de um dos critérios das normas que instituíram as contribuições para a seguridade social.

Portanto, é indubitável que o constituinte originário utilizou-se, nesse preceptivo, impropriamente do termo “isentas” para referir-se a uma hipótese de imunidade. Diante disso, onde consta *isentas*, leia-se *imunes*, sem que isso implique extrapolação da atividade do exegeta e aplicador do direito, pois trata-se de flagrante atecnia revelada pelo próprio sistema.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.101/2009

Além do vício formal apontado, a Lei 12.101/2009 incidiu, também, em clara inconstitucionalidade material.

É que, para fins de restringir o alcance do comando emanado da lei complementar – quer por meio de estratégias indiretas, como, por exemplo, acrescentando outros requisitos ao restrito elenco do art. 14 do CTN, quer com estratégias diretas, excluindo a desoneração constitucional em relação a pessoas que preencham tais requisitos –, nem mesmo a lei complementar tem força bastante.

É importante salientar que se fosse possível estabelecer limitações por norma jurídica infraconstitucional à competência tributária, um decreto-lei anterior à Constituição – quando não se exigia lei complementar e tendo a Constituição posterior passado a exigir lei complementar –, à semelhança do que ocorreu com o Código Tributário Nacional, esse decreto-lei teria sido recebido como lei complementar. Tendo em vista a circunstância de que tanto os decretos-lei – como é o caso do 406/68 – quanto as leis, como é o caso do Código Nacional Tributário, que era uma lei ordinária, foram recebidos como lei com-

ISENÇÃO: UM ERRO CONSTITUCIONAL

Alexandre Venzon Zanetti: graduado em Direito pela UNISINOS, especialista em Processo Civil e Tributário, e coordenador jurídico da CNS

plementar, porque tratavam de matérias que a Constituição posterior definiu como próprias da lei complementar. Mas não se está aqui tratando de discutir a titulação da lei, se lei complementar ou lei não complementar em sentido lato. Trata-se de discussão ao poder de limitar a norma constitucional, porque ele impõe uma restrição à imunidade, a qual não se confunde com isenção; uma restrição que não está no texto constitucional.

Desta forma tem-se que nem a lei complementar, nem lei nenhuma, pode impor uma restrição a uma imunidade constitucional.

Tal entendimento é por demais evidente, porque não é possível se admitir que uma Lei Complementar, ainda que a Constituição diga que ela pode regular limitações à competência tributária, possa aumentar restrições a essa competência. Ela pode é regulamentar; se é que há o que regulamentar em matéria de imunidade, no sentido de ampliá-la ou reduzi-la. Porque isso decorre estritamente da Constituição. Quando se diz, por exemplo, “para atender às suas finalidades essenciais”, não é a lei que vai dizer quais são as finalidades essenciais. Quem vai dizer quais são as finalidades essenciais é a interpretação da própria Constituição, uma vez que Constituição não se interpreta por lei infraconstitucional, mas é a lei infraconstitucional que deve ser interpretada pela Constituição, de modo que, obviamente, tanto fazia ser lei complementar, como ser lei ordinária, como ser decreto-lei, enfim, qualquer tipo de norma infraconstitucional.

O mesmo se pode dizer da Lei 12.101/2009 quando pretendeu restringir o alcance da imunidade prevista no § 7º do art. 195 da CF, ao definir como “entidade beneficente de assistência social”, destinatária dessa desoneração, apenas as entidades que prestam serviços de saúde exclusivamente gratuitos, ou que dirijam pelo menos 60% de sua prestação de serviços ao atendimento do SUS – requisitos que não constam do art. 14 do CTN.

Ao assim proceder, a lei atenta frontalmente contra a Constituição, pois a imunidade do § 7º do art. 195 da CF é dirigida às entidades beneficentes, não às anteriormente denominadas entidades filantrópicas, que com aquelas não se confundem, a teor do que dispõe o próprio texto supremo, em outros dispositivos à luz dos quais deve ser interpretado o mencionado parágrafo 7º.

Com efeito, tendo em vista que o mencionado dispositivo Constitucional desonera de contribuições sociais as “entidades beneficentes de assistência social”, é importante definir esse conceito a partir da própria Constituição, interpretando essa norma em consonância com os demais dispositivos pertinentes.

De início, da simples leitura da expressão “entidade beneficente de assistência social”, resta inequívoco que o termo “beneficente” indica a qualidade ou natureza que a entidade deve ostentar para fazer jus à imunidade; já a locução “assistência social” refere-se ao tipo de atividade que deve ser por ela desenvolvida para esse fim.

O conceito de “entidade beneficente” no âmbito da saúde, à luz do texto constitucional: violação aos arts. 199 § 1º da CF.

Quanto à sua natureza, a Constituição de 1988, ao referir-se a entidades de algum modo ligadas à seguridade social, utiliza-se de três conceitos distintos – o que é particularmente nítido em se tratando de entidades que exercem atividades pertinentes à saúde.

De fato, o § 1º, do art. 199, *in verbis*: “diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convenio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

Ao fazer menção a entidades “filantrópicas” e a entidades “sem fins lucrativos”, bem demonstra que esses conceitos não se confundem.

Já o § 2º desse mesmo dispositivo, ao estabelecer que: “é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”, põe em evidência a existência de um outro tipo de entidade, qual seja, a entidade “com fins lucrativos”.

Para definir o conteúdo de cada um desses conceitos, cumpre distinguir entre tipo de interesse e modo de satisfazê-lo.

De acordo com o tipo de interesse, a entidade pode perseguir um interesse próprio ou um interesse de outrem.

Buscam interesse próprio as entidades com fins lucrativos ou as entidades que desempenham atividades circunscritas àqueles que a integram.

Buscam interesses de outrem aquelas que atuam em benefício de alguém que não a própria entidade ou os que a integram. É o caso das entidades sem fins lucrativos, que como não visam a um interesse

ISENÇÃO: UM ERRO CONSTITUCIONAL

Alexandre Venzon Zanetti: graduado em Direito pela UNISINOS, especialista em Processo Civil e Tributário, e coordenador jurídico da CNS

próprio, e sim alheio, são entidades beneficentes, na medida em que agem “em benefício de”.

Quanto ao modo de satisfazer o interesse próprio, vários podem ser apontados, sendo o mais típico a busca do lucro. Já quanto ao modo de satisfazer o interesse de outrem, duas hipóteses podem ser lembradas:

1. despendendo patrimônio sem contrapartida;
2. agindo de modo a viabilizar o atendimento do interesse alheio sem oneração direta excessiva do beneficiado.

Entidades cuja atividade se desdobra no dispêndio patrimonial em benefício do outrem são as entidades filantrópicas, pois filantropia é manifestação de caridade.

Mas o fato de não estar fazendo caridade não significa que a entidade não esteja agindo em benefício de outrem. Para tanto, basta que não esteja agindo no interesse próprio.

Em resumo, portanto, pode-se dizer que beneficente é gênero que abrange duas espécies: a) a filantropia, que é um modo de beneficência que envolve caridade; b) a atuação sem fins lucrativos e no interesse de outrem.

Daí ser possível concluir que toda entidade filantrópica é beneficente, mas nem toda entidade beneficente é filantrópica.

A razão de o § 7º do art. 195 da CF utilizar o vocábulo “beneficente” – mais amplo – é precisamente estar-se referindo às diversas entidades que podem surgir no universo da seguridade social, sendo que, em relação a algumas delas, sequer haveria pertinência lógica em cogitar de filantropia (como é o caso, por exemplo, daquelas que se dedicam a atividades de previdência).

Quanto às que desempenham atividades do setor de saúde, o conceito de beneficência é explicitado no § 1º do art. 199 da CF, pondo em relevo dois aspectos fundamentais para a interpretação do § 7º do art. 195 da Carta, a saber: a) que tal conceito não ostenta conteúdo idêntico ao do conceito de “entidade beneficente” inserido pela Lei 12.101/2009, sendo mais amplo e abrangendo este; e b) que tanto aquelas entidades beneficentes de assistência social como as entidades sem fins lucrativos revestem-se da mesma relevância e merecem o mesmo tratamento, tanto que a ambas é assegurada a preferência para assumir o atendimento complementar do SUS.

À luz dessa norma, é imperioso concluir, mormente no que diz respeito à saúde, que, para a Constituição, imune de contribuições sociais é aquela entidade que seja beneficente, ou seja, que atue em benefício de outrem, sendo inconcebíveis as exigências legais para a concessão do dito Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social.

Quando a Lei 12.101/2009 impõe requisitos, sobretudo no seu art. 8º, de gratuidade está exigindo que as entidades beneficentes sejam, na verdade, filantrópicas, em seu conceito originário, ou seja, exerçam a caridade, o que a própria Constituição não exige.

Se o texto supremo não utiliza os vocábulos “beneficente” e “filantrópico” como sinônimos – como bem demonstra o art. 199 § 1º –, a gratuidade, como requisito para o gozo da imunidade em tela, não pode ser exigida por norma infraconstitucional, meramente da desoneração instituída pela Lei Suprema, em face da finalidade por ela colimada.

Da mesma forma, a imunidade não pode ser condicionada à prestação de 60%¹ dos serviços ao SUS. Aliás, é absolutamente irrelevante, para os fins do § 7º do art. 195 da CF, o fato de a entidade de saúde ser ou não integrante do SUS.

Primeiro porque nos termos do § 1º do art. 199 da Carta, antes de ser aceita como exercente de atividade complementar ao SUS, a entidade já deve estar revestida, ou da qualidade de filantrópica², ou da de entidade sem fins **lucrativos**, suficiente, como acima demonstrado, para sua caracterização como beneficente, que é o requisito exigido para o gozo da imunidade, porque o § 7º aplica-se ao universo de contribuições e ao universo de entidades de assistência social, indistintamente, sem fazer restrição a serem da área da saúde.

A exigência, ademais, sequer se mostra razoável quando é pública e notória a constância de atrasos no repasse de verbas governamentais destinadas a reembolsar o atendimento ao SUS pelas entidades do setor privado, verbas essas que, outrossim, sequer cobrem os custos incorridos com a prestação dos serviços.

1 Art. 4º, II, da 12.101/2009

2 Ou detentora do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, na atual condição imposta pela Lei 12.101/2009

ISENÇÃO: UM ERRO CONSTITUCIONAL

Alexandre Venzon Zanetti: graduado em Direito pela UNISINOS, especialista em Processo Civil e Tributário, e coordenador jurídico da CNS

Resta nítido, portanto, que as restrições impostas pela lei às entidades sem fins lucrativos dedicadas à saúde são flagrantemente contrárias ao escopo da Constituição, que a tais entidades atribui a mesma relevância (preferência) e a mesma isenção sistemática que foram atribuídas às entidades filantrópicas, a teor do § 1º do art. 199.

Em conclusão: a Constituição é expressa em definir que, no campo específico da saúde, entidades beneficentes são tanto aquelas detentoras do Certificado estabelecido pela Lei 12.101/2009 como as que não detêm fins lucrativos, razão pela qual não poderiam os dispositivos desta norma, à guisa de regulamentar o § 7º do art. 195 da CF, restringir aquele conceito, para o fim de limitar o alcance da imunidade às entidades que se dedicam à gratuidade ou às que dedicam ao SUS 60% de seus serviços, sem incorrer em ofensa ao Texto Supremo.

a) Do tipo de atividade “assistência social”, à luz do texto constitucional: violação aos arts. 199, *caput*, 6º, 196 e 197, 203 e 204, I II e IV da CF.

O § 7º, do art. 195, da CF, assegura a imunidade a entidades de assistência social, tendo os dispositivos legais citados anteriormente a pretensão de excluir – ou de certa forma restringir – as ações de saúde do âmbito desse conceito.

Aqui, novamente, é clara a violação ao Texto Supremo, desta vez, ao *caput* do art. 199, que ao dispor:

“Art. 199 – A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

É expresso em definir as atividades no âmbito da saúde como de caráter assistencial.

O mesmo se diga dos arts. 6º e 199 da CF, que definem a saúde, respectivamente, como um “direito social” e como um “direito de todos”, e do art. 197, que estabelece serem as ações de saúde de relevância pública.

Diante do exposto, entidade beneficente é aquela que atua no interesse de outrem, filantropicamente ou sem fim lucrativo. Quando esse outrem corresponde à sociedade como um todo, ela está exer-

cendo uma atividade de caráter social. No caso da saúde, estará buscando satisfazer um “direito de todos”, mediante ações de “relevância pública”.

É, portanto, inquestionável que, a teor do Estatuto Supremo, as entidades que atuam no setor de saúde exercem atividade de assistência social, não podendo a lei ordinária dispor diferentemente.

Lembre-se que o § 7º, do art. 195 da CF tem aplicação ao universo de atividades que possam ser reconhecidas como de assistência social. E, no campo específico da saúde, a Constituição Federal, nos arts. 199, 196 e 197, reconhece expressamente o caráter assistencial e social da atividade.

Caso, entretanto, se entenda – o que se admite apenas à guisa de argumentação – que o sentido da expressão “assistência social” é de aplicação restrita às atividades contempladas nos arts. 203 e 204, II da CF, nem assim a conclusão seria diferente.

Com efeito, a teor desses dispositivos, explicitando, respectivamente, o que se entende por assistência social e a participação da sociedade nesse âmbito, reza a Constituição:

“Art. 203 – A assistência social será prestada a quem dela necessitar independente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivo:
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 a 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 tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

ISENÇÃO: UM ERRO CONSTITUCIONAL

Alexandre Venzon Zanetti: graduado em Direito pela UNISINOS, especialista em Processo Civil e Tributário, e coordenador jurídico da CNS

“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:

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

Desta feita, não resta dúvidas que a saúde é uma atividade assistencial, conforme se verifica também das lições de Celso Ribeiro Bastos, extraídas dos seguintes trechos de obra escrita com um dos patronos da autora:

“Entendendo-se por serviços assistenciais as atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações, voltadas para as necessidades básicas, observam os objetivos, princípios e diretrizes estabelecidos na lei nº 8742/93. As ações sociais têm o intuito de estimular a educação, amparar a maternidade e a infância, socorrer as famílias de prole numerosa e proteger a juventude contra todo o tipo de exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual. No que diz respeito à organização dos serviços sociais é dada prioridade à infância e à adolescência em situação de risco pessoal e social, objetivando cumprir o disposto no art. 227 da Constituição Federal.

A assistência e proteção prestada pelo Estado à família, que é a célula básica e o elemento natural e fundamental da sociedade, é calcada nos valores essenciais do bem-estar da justiça sociais. O Estado, conjuntamente com a sociedade, concederá, através de uma política de assistência e atendimentos integrais à família, a satisfação de

suas necessidades básicas, fornecerá assistência médica e psicológica, educação, lazer e proporcionará à família hipossuficiente os meios para a sua subsistência e manutenção por meio da outorga de benefícios, que serão concedidos independentemente do pagamento de qualquer contribuição social.

A Constituição estabeleceu, em seu art. 227, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. O Estado fica incumbido de promover programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais. Essa, como já foi visto, é uma característica essencial da assistência social: “a participação da sociedade em todas as suas atividades.” (comentários à Constituição do Brasil, Ed. Saraiva, Celso Ribeiro Bastos, pgs. 366, 367 e 369, 8º vol. 1998) (grifo nosso).

Por essa razão é que, em harmonia com a Constituição, as legislações das diversas entidades federativas sempre reconheceram tais atividades como de utilidade pública, quando o particular põe uma universidade de bens a serviço das mesmas, assegurando-lhe o gozo de imunidades.

Tais imunidades não representam favores fiscais: na verdade, favor é o que a sociedade presta aos governos, colaborando com eles na execução de atividades que eles próprios deveriam desempenhar, mas que, por insuficiência de meios, não podem fazê-lo satisfatoriamente, necessitando do auxílio dos particulares.

ISENÇÃO: UM ERRO CONSTITUCIONAL

Alexandre Venzon Zanetti: graduado em Direito pela UNISINOS, especialista em Processo Civil e Tributário, e coordenador jurídico da CNS

É que, embora arrecade tributos na ordem de 33% do PIB – nível equivalente ao dos estados mais desenvolvidos do planeta –, o Estado brasileiro presta serviços públicos de má qualidade e manifestamente insuficientes, nas áreas assistenciais, de saúde, educação e previdência, equiparando-se às nações mais subdesenvolvidas da comunidade internacional.

A imunidade é, pois, a contrapartida que a Constituição assegura aos particulares que deixam de dedicar-se a atividades lucrativas ou de interesse pessoal para destinar trabalho e patrimônio ao desempenho de atividades de interesse público, em benefício da sociedade como um todo – exercendo ou não, é irrelevante a filantropia, em sentido lato –, que o Estado não consegue atender plenamente.

Daí que a desoneração contemplada no § 7º, do art. 195 da CF, tem por escopo precisamente incentivar a sociedade a organizar-se para suprir as deficiências do organismo estatal, colaborando com o Poder Público, pois o Estado, sozinho, não consegue prestar assistência de modo satisfatório.

DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL

A par dos fundamentos acima expostos e que demonstram cabalmente que a Constituição não utiliza o adjetivo beneficente como sinônimo de filantrópico, mas com sentido mais amplo que acolhe as entidades sem fins lucrativos que se dediquem a atividades assistenciais, como é o caso da saúde, sequer seria razoável considerar que, para auferir dessa contrapartida, no tocante a Contribuições Sociais, o desempenho dessas atividades de interesse público haveria de ser inteiramente gratuito.

Aliás, o fato de também prestar serviços remunerados, integral ou parcialmente, destinando o produto aos fins assistenciais de saúde, é forma de assegurar o incremento dessas atividades e atender de maneira plena à teleologia da desoneração constitucional.

Das lições de Aliomar Baleeiro colhe-se:

“Mas não perde o caráter de instituição de educação e assistência a que remunera apenas o traba-

lho de médicos, professores, enfermeiros e técnicos, ou que cobra serviços a alguns para custear assistência e educação gratuita a outros”. (Direito Tributário Brasileiro, 4ª Ed. P. 109). (grifo nosso).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, de longa data, já definiu que não se exige gratuidade para que uma entidade se caracterize como beneficente, como se vê do seguinte trecho de voto do ministro Relator Djaci Falcão no RE 74.792 (RTJ 66/257):

“Por último, é oportuno acrescentar que a decisão afina com o entendimento adotado nesta Corte, no RE 70.834 relatado pelo eminente Ministro Adalício Nogueira, no qual foi acolhido o entendimento de que não é necessário que a entidade preste assistência gratuita a todos, indistintamente, ou de que é admissível a imunidade em relação às entidades de caráter assistencial que visem ao amparo dos seus associados e pessoas estranha, cobrando daqueles que podem pagar e se socorrem dos seus serviços.”

À luz da nova carta, igualmente, o Supremo Tribunal Federal reiterou esse entendimento, no RMS 22.192 – DF, em relação a entidade constituída para fins educacionais (que, em face da Lei 9732/98, sofre as mesmas restrições a que estão sujeitas as de saúde), reconhecendo não só sua finalidade de assistência social como seu caráter beneficente, apesar de não os exercer sob gratuidade exclusiva, como se destaca da decisão assim ementada:

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – QUOTA PATRIMONIAL – ENTIDADE DE FINS ASSISTENCIAIS, FILANTRÓPICOS E EDUCACIONAIS – IMUNIDADE (CF, ART. 195, § 7º) – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.”

ISENÇÃO: UM ERRO CONSTITUCIONAL

Alexandre Venzon Zanetti: graduado em Direito pela UNISINOS, especialista em Processo Civil e Tributário, e coordenador jurídico da CNS

A Associação Paulista da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por se qualificar como entidade beneficente de assistência social – e por também atender, de modo integral, às exigências estabelecidas em lei –, tem direito irrecusável ao benefício extraordinário da imunidade subjetiva relativa às contribuições pertinentes à seguridade social.

A cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política – não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para a seguridade social –, contemplou as entidades beneficentes de assistência social com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Constituição da República, a existência de uma típica garantia de imunidade (e não de simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social. Precedente: RTJ 137/965.

Tratando-se de imunidade – que decorre, em função de sua natureza mesma, do próprio texto constitucional –, revela-se evidente a absoluta impossibilidade jurídica de a autoridade executiva, mediante deliberação de índole administrativa, restringir a eficácia do preceito inscrito no art. 195, § 7º, da Carta Política, para, em função de exege-se que claramente distorce a teleologia da prerrogativa fundamental em referência, negar, à entidade beneficente de assistência social que satisfaz os requisitos da lei, o benefício que lhe é assegurado no mais elevado plano normativo.

Em outro julgado (RMS 22.360-3-DF), sobre a mesma matéria, a entidade educacional teve reconhecida a imunidade, apesar de não exercer suas atividades de forma exclusiva e inteiramente gratuita a todas as pessoas, mas apenas aos necessitados, como se vê do seguinte trecho do voto do Ministro Relator Ilmar Galvão:

“Uma das finalidades mais expressivas da Associação Paulista da Igreja Adventista do Sétimo Dia, nos termos de sua própria deliberação estatutária, em ‘promover o ensino integrado, em todos os seus graus, em consonância com a filosofia educacional Adventista’ (art. 14,I), bem

assim em ‘propiciar (...) assistência educacional gratuita às pessoas necessitadas, em seu âmbito de ação e na medida da disponibilidade dos recursos’ (art. 14, III)”

Em tais condições, para que tal requisito da gratuidade pudesse ser exigido como condição de gozo da imunidade, necessário seria que o próprio texto constitucional fosse alterado, para expressamente prevê-lo – o que certamente implicaria tornar inócuo o dispositivo, já que dificilmente alguma entidade particular teria condições de prestar exclusivamente serviços assistenciais inteiramente gratuitos.

Ocorre que o direito das entidades beneficentes de saúde ao gozo da desoneração constitucional não decorre da lei, mas da Constituição, e não pode ser afastado por determinação emanada de ato infraconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal, já no Aresto acima mencionado (RMS 22192 – 9DF), alertou para a inadmissibilidade de tal conduta para frustrar a aplicação em relação ao § 7º do art. 195 da CF, como consta do voto do E. Ministro relator:

“O fato irrecusável é que a norma constitucional em questão, em tema de tributação concernente às contribuições destinadas à seguridade social, reveste-se de eficácia subordinante de toda atividade estatal, vinculando não só os atos de produção normativa, mas também condicionando as próprias deliberações administrativas do Poder Público, em ordem a pré-excluir a possibilidade de imposição estatal dessa particular modalidade de exação tributária.

Esse privilégio de ordem constitucional justifica-se, plenamente, pelo elevado, interesse de natureza pública que qualifica os relevantes serviços prestados à coletividade pelas entidades beneficentes de assistência social.” (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO), “Comentários

ISENÇÃO: UM ERRO CONSTITUCIONAL

Alexandre Venzon Zanetti: graduado em Direito pela UNISINOS, especialista em Processo Civil e Tributário, e coordenador jurídico da CNS

à Constituição Brasileira de 1988, vol. 4/54, 1995, Saraiva).

O trecho do voto acima transcrito faz menção à impossibilidade de atos normativos infraconstitucionais restringirem o alcance da desoneração constante do § 7º do art. 195 da CF.

E isso porque, diferentemente do que ocorre na isenção que é concedida pelo poder tributante, podendo, portanto, a lei ordinária limitá-la e até suprimi-la, a lei que dispõe sobre uma imunidade, além de ter que ser lei complementar, não pode senão reproduzir a vontade do texto constitucional, pois, se definisse sua extensão à luz dos interesses do Poder Tributante e não da Carta Magna, estaria mutilando o conteúdo do estatuto supremo.

Vale dizer: além da disciplina da imunidade só poder ser veiculada por lei complementar, esse diploma deve ater-se aos aspectos meramente formais da desoneração, a fim de preservar a teleologia pretendida pelo legislador supremo.

De outra forma, suprimido estaria o princípio da supremacia do texto constitucional, cujo conteúdo seria definido a partir da lei, e não o alcance da lei definido a partir do mandamento constitucional.

Ora, se o alcance da lei complementar já é reduzido, nessa matéria, sobra muito pouco espaço para a lei ordinária, cabendo-lhe, exclusivamente, uma atividade de natureza quase regulamentar, com vistas a tornar claros, práticos e operacionais os comandos da Constituição e da lei complementar.

A Lei 12.101/2009 não se comportou dentro dessas balizas, assim como não o fizera sua antecessora Lei 9.732/1998, pois, a pretexto de explicitar os conceitos de “assistência social” e “beneficência”, na verdade os restringiu, tornando-os NÃO RAZOÁVEIS em face da Lei Maior e da própria teleologia da imunidade, com o objetivo notório e precípua de ampliar a arrecadação de contribuições sociais, para cobrir os *déficits* do setor público.

Assim procedendo o legislador ordinário desbordou de sua competência, incorrendo em desvio de poder, vício que também se manifesta no exercício da atividade legislativa, como observa Celso Antônio Bandeira de Mello (em artigo sob o título “Desvio de poder em ato

legislativo: ofensa ao princípio da livre concorrência, ao da defesa do consumidor e ao da igualdade”, publicado no Boletim de Direito Administrativo, vol. 10 p. 613, outubro/98), apoiado em lições de Caio Tácito, J. J. Castilho, e na jurisprudência do STF:

“Cumpre observar que o desvio de poder não é mácula jurídica privativa dos atos administrativos. Pode apresentar-se, igualmente, por ocasião do exercício de atividade legislativa ou jurisdicional. Ou seja: leis de decisões judiciais são igualmente suscetíveis de incorrerem no aludido vício, porquanto umas e outras são, também, emanações das competências públicas, as quais impõem fidelidade às finalidades que as presidem. Assim, se o legislador ou o juiz delas fizerem uso impróprio, a dizer, divorciado do sentido e direcionamento que lhes concernem, haverão traído as competências que os habilitavam e os atos que o produzirem resultarão enodados pela indelével jaça do desvio de poder.

Assim como o ato administrativo está assujeitado à lei, finalidades nela prestigiadas, a lei está assujeitada à Constituição, aos desideratos ali consagrados e aos valores encarecidos neste plano superior. Demais disto, assim como um ato administrativo não pode buscar escopo distinto do que seja específico à específica norma legal que lhe sirva de arrimo, também não pode a lei buscar objetivo diverso do que seja inerente ao específico dispositivo constitucional a que esteja a atrelada a disposição legiferante expedida. Ou seja, se a Constituição habilita legislar em vista de dado escopo, a lei não pode ser produzida com traição a ele.

Caio Tácito, em recentíssimo e precioso artigo intitulado ‘O Desvio de Poder no Controle dos

ISENÇÃO: UM ERRO CONSTITUCIONAL

Alexandre Venzon Zanetti: graduado em Direito pela UNISINOS, especialista em Processo Civil e Tributário, e coordenador jurídico da CNS

Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais’ (RDA 188, pp. 1 e ss.), enumera decisões do Supremo Tribunal Federal, algumas até mesmo antigas, nas quais o desvio de poder é explicitamente reconhecido como vício suscetível de macular a produção legislativa e, dentre os julgados colacionados, pode-se verificar que ora existe alojamento na primeira, ora na segunda hipótese mencionada.

Ou seja: casos há em que o legislador simplesmente fez uso desatado de sua competência legislativa, de maneira a ultrapassar o sentido da norma constitucional habilitante, como ocorreu em lei na qual o poder de tributar foi normativamente disciplinado e maneira. a produzir tratamento escorchante sobre o contribuinte. A respeito, no RE nº 18.331, conforme referido no mencionado artigo do eminente jurista citado, o relator Ministro Orozimbo Nonato salientou: ‘É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *detournement de pouvoir*’.”

Outro não é o entendimento consagrado por esse Egrégio Supremo Tribunal, nas Súmulas 70, 323 e 547.

Por tudo isso, resta evidenciada a ilegitimidade da Lei 9732/98, que incide no mesmo vício reconhecido em ato administrativo que procurou restringir o gozo da imunidade aos estabelecimentos educacionais de entidade beneficente e que foi energicamente atalhado pela Suprema Corte no RMS 22192-9, como se vê no seguinte trecho:

“... tratando-se de imunidade – que decorre, em função de sua natureza mesma, do próprio texto constitucional –, revela-se evidente a absoluta impossibilidade jurídica de a autoridade executiva, mediante deliberação de índole administrativa,

restringir a eficácia do preceito inscrito no art. 195, § 7º, da Carta Política, para, em função de exegese que claramente distorce a teleologia da prerrogativa fundamental em referência, negar, à ora recorrente, o benefício que lhe é assegurado no mais elevado plano normativo”. (negrito nosso)

Embora a questão debatida no acórdão acima transcrito versasse sobre ato administrativo, a conclusão se aplica também à lei infraconstitucional, que, da mesma forma que aquele, deve conformar-se ao estatuto supremo.

Como se depreende, então, a conclusão da problemática lançada no presente texto é de que se trata de mero equívoco a expressão empregada pela Constituição Federal em seu artigo 195.

CONCLUSÃO

Desta feita, a imunidade aos impostos consagrada na Constituição da República Brasileira constitui, como propaga a doutrina pátria, uma peculiaridade do nosso direito positivo, entendendo-se como imunidade o corte ou a restrição que a Lei maior faz na competência da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios de cobrar impostos sobre determinadas entidades e objetos.

A doutrina brasileira criou em torno da imunidade toda uma problemática que inspira obras doutrinárias, monografias ou trabalhos mais modestos como o que agora se apresenta.

A conclusão após o levantamento doutrinário e jurisprudencial feito para a elaboração do presente é simples e bastante elucidativa, no sentido de que a expressão contida no artigo 195 da Lei Suprema está equivocada, sendo que onde consta a expressão “isenção” deveria constar “imunidade”, pois no âmbito constitucional não há que se falar em isenção, posto que se trata de limitação ao poder de tributar e tal conceito é prerrogativa constitucional e de imunidade.

Nesta esteira de pensamento, todas as condições constantes em leis de menor hierarquia para gozo dessa imunidade são inconstitucio-

ISENÇÃO: UM ERRO CONSTITUCIONAL

Alexandre Venzon Zanetti: graduado em Direito pela UNISINOS, especialista em Processo Civil e Tributário, e coordenador jurídico da CNS

nais, exceto aquelas previstas no Código Tributário Nacional, não por se tratar de lei complementar, mas por estar recepcionado pelo texto constitucional.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, [1972]. p. 109.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 366, 367 e 369, v. 8.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 234.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 110, 118, e 123.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4/54.

GANDRA, Ives. Parecer. In: Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas, **Revista dos Tribunais**, v. 4, p. 83, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Desvio de poder em ato legislativo: ofensa ao princípio da livre concorrência, ao da defesa do consumidor e ao da igualdade. **Boletim de Direito Administrativo**, v. 10, p. 613, out. 98.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 168.

**O MODELO DE GESTÃO DA
SAÚDE PÚBLICA PELAS
ORGANIZAÇÕES SOCIAIS:
ASPECTOS JURÍDICOS DESTA
ALTERNATIVA EFICIENTE**

*Por Bernardo Safady Kaiuca**

*

Advogado, graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Consultor da Federação de Hospitais e Estabelecimentos de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, Membro do Conselho Jurídico da Confederação Nacional de Saúde, Sócio de Salomão, Kaiuca & Abrahão Sociedade de Advogados.

Preâmbulo:

Este trabalho se propõe a debater aspectos jurídicos do modelo de gestão compartilhada da saúde pública pelas Organizações Sociais (OS) criadas nacionalmente pela lei federal n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, que concebeu a Política Nacional de Publicização.

Inspiradas no sistema implementado no Reino Unido a partir de 1986 por Margareth Thatcher, com a criação pelo governo britânico dos “corpos públicos não departamentais”, também chamados de “quangos - quasi autonomous non governmental organizations”, as Organizações Sociais se apresentam como uma alternativa à atuação do Estado em determinados serviços sociais que são de sua responsabilidade, tais como cultura, educação e saúde. Na medida em que a prestação de tais serviços é obrigatória ao Poder Público – eis que afeitos aos direitos fundamentais de segunda geração –, mas que historicamente são prestados de forma insuficiente, procurou-se uma maneira de adimpli-los, sob controle e vigilância estatal, por meio de entidades privadas sem fins lucrativos, cujas áreas de atuação guardam estreita sintonia com as funções sociais acometidas ao Estado e que não constituam seu monopólio.

O fato é que a estrutura estatal, como qualquer outra, deve pautar sua atuação em busca do resultado. Assim, no intuito do resultado, é que o direito administrativo vem admitindo a substituição das relações estatais de subordinação pelas de coordenação, em que o Estado deixa de ser o prestador direto do serviço para se tornar o fiscalizador da prestação dos serviços – que permanece pública –, com atenção à fixação de metas de desempenho e exigência de seu cumprimento.

Nas palavras do Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *“Está no resultado quiçá o paradigma contemporâneo mais significativo, pois, na prática, é através dele que se pode lograr uma efetiva atuação do amplo sistema de controle posto constitucionalmente à disposição da cidadania: o controle administrativo, o controle de contas, o controle político, o controle social, o controle pela imprensa e, na cúpula, o controle jurisdicional”*.¹

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 31

Em que pese o inconformismo dos órfãos do Estado Máximo, paternalista e deficitário, a transformação do papel estatal na economia deve se estender também aos serviços públicos clássicos como a educação e a saúde – objeto de nossa atenção, coibindo-se a atuação direta em prestígio ao papel de coordenação, em que se estabelecem metas e verifica-se o seu atingimento, com o atendimento dos anseios dos administrados.

A despeito do debate doutrinário conceitual entre os privatistas e os publicistas acerca da pertinência dessa evolução na organização estatal, a *expertise* da iniciativa privada em relação à gestão hospitalar frente ao poder público é notória: não se vê um político ou personalidade importante internando-se em estabelecimentos públicos. Ainda que o Instituto Nacional do Câncer – INCA – no Rio de Janeiro seja referência no serviço que presta, o ex-Presidente Lula optou por tratar o seu tumor no Hospital Sírio-Libanês.

Mais do que isso, a eficiência da gestão privada sobre a pública é provada em números. Vale aqui o exercício. No ano de 2010, segundo números disponibilizados pela ANS², as operadoras de saúde consumiram R\$ 59.994.354.895,00 em despesas assistenciais de seus 60.331.348 usuários, o que equivale a um gasto *per capita* anual de R\$ 994,41. Por sua vez, as três esferas de governo gastaram³ no mesmo ano R\$ 143.175.842.688,61 para atendimento de uma população estimada de 119.668.652⁴, o que corresponde a um gasto *per capita* no ano de R\$ 1.196,44.

2 Dados oriundos do Sistema de Informações de Beneficiários/ANS/MS 12/2011 e DIOPS/ANS/MS - 29/11/2011. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index.php/materiais-para-pesquisas/perfil-do-setor/dados-gerais>

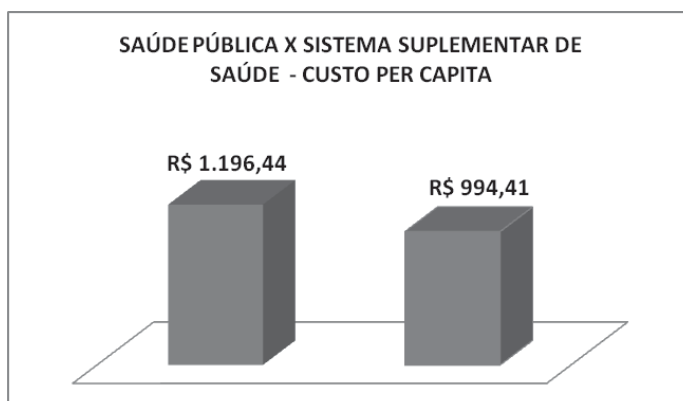
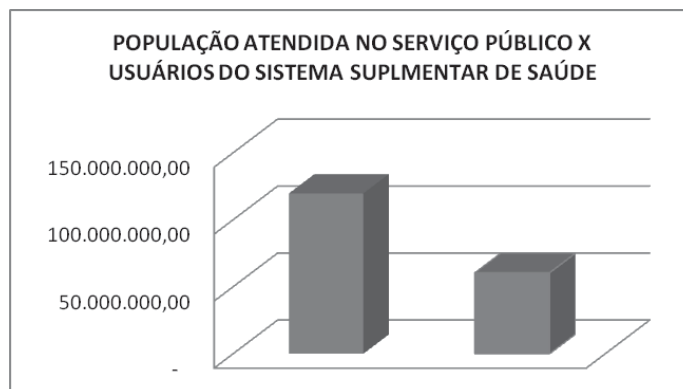
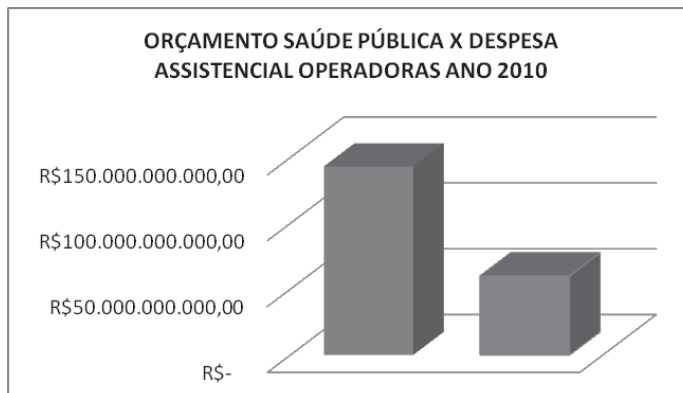
3 Dados obtidos no SIOPS - Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde. Disponível em: <http://www.datasus.gov.br>

4 População estimada considerando a subtração do número de usuários de plano de saúde da população brasileira de 180 milhões de habitantes.

O MODELO DE GESTÃO DA SAÚDE PÚBLICA PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: ASPECTOS JURÍDICOS DESTA ALTERNATIVA EFICIENTE

Por Bernardo Safady Kaiuca

Os gráficos abaixo tornam mais simples a visualização dos números:



Os números são redundantes em comprovar a maior eficiência privada na gestão do atendimento de saúde, demonstrando que o Poder Público gasta aproximadamente 20% a mais do que a iniciativa privada para realizar a assistência da população a seus cuidados — ainda assim não presta este serviço de maneira eficaz, fazendo com que diariamente brasileiros desassistidos percam suas vidas nos corredores, salas de espera e filas sem fim do Sistema Único de Saúde.

E essa constatação evidente já é mencionada na doutrina, valendo citar as palavras do economista André Medici: *“Nos últimos anos, a discussão sobre as dificuldades em implementar as alternativas tradicionais têm levado os gestores públicos de saúde, especialmente aqueles vinculados aos governos locais (estados e municípios), a um progressivo consenso: em geral, a gestão da saúde nos mercados privados e filantrópicos tem se mostrado mais eficiente, eficaz e resolutiva do que as formas tradicionais de gestão utilizadas no setor público. Portanto, o papel do Estado como prestador direto dos serviços de saúde deveria se restringir a situações onde não haja opções mais baratas e menos complexas de entregar estes serviços à população. Sempre que possível, o Governo deveria recorrer a parcerias com o setor privado (lucrativo ou filantrópico) que aumentassem a eficiência na entrega de serviços de saúde em benefício da população.”*

Esclarecido então o acerto da opção pela política de publicização, em observância ao princípio da subsidiariedade, vamos aos aspectos jurídicos de maior relevância das organizações sociais, melhor instrumento disponível em nosso ordenamento jurídico para implementação dessa política.

2. O Novo Direito Administrativo do século XXI e o Terceiro Setor:

Nos primeiros anos do século XXI, tanto no Brasil como alhures, surgiu movimento doutrinário pela ampla revisão dos paradigmas teóricos do direito administrativo. As transformações suportadas pelo Estado moderno, desde a ascensão do Estado providência até o seu colapso verificado nas últimas décadas do século XX, agravaram o

O MODELO DE GESTÃO DA SAÚDE PÚBLICA PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: ASPECTOS JURÍDICOS DESTA ALTERNATIVA EFICIENTE

Por Bernardo Safady Kaiuca

descompasso entre as velhas instituições e as reais necessidades e expectativas das sociedades em relação à Administração Pública.

O Professor Gustavo Binembojm⁵, expoente da nova geração de doutrinadores do Direito Administrativo, é preciso ao elencar os quatro paradigmas da disciplina que se encontram atualmente questionados: i) o princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses privados; ii) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei; iii) intangibilidade do mérito administrativo; iv) a ideia do Poder Executivo unitário.

Para cada um desses paradigmas, foram aventados novos, inspirados e compatíveis com os marcos constitucionais do Estado democrático de direito: o interesse público permanece supremo, mas passa a ser interpretado não mais como o interesse do Administrador e sim o interesse social, passando então a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses individuais para sua aplicação.

Já a legalidade administrativa vinculada à lei perde espaço para a Constituição, que passa a ser o cerne da vinculação administrativa, não mais à lei, mas à juridicidade.

A discricionariedade do administrador deixa de ser um cheque em branco a permitir toda a sorte de atos para ser balizada agora por procedimentos técnicos e jurídicos definidos pela lei e pela Constituição com vistas à legitimação das decisões administrativas.

E por fim, o poder executivo unitário cede espaço a autoridades administrativas independentes, no campo da regulação (aqui personificadas pelas Agências Reguladoras), bem como a setores da sociedade civil, no que se refere à prestação de serviços públicos, permitindo uma maior presença e atuação estatal, de forma mais eficiente e com foco em resultados.

Esta descentralização administrativa, em busca de atender o interesse público, estabelece formas diferenciadas de parceria com a iniciativa privada, criando incentivos com a finalidade de atrair essa iniciativa para a prestação de serviços de relevância social.

⁵ BINEMBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. In: **Temas de direito administrativo e constitucional**: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 6.

A expressão “Terceiro Setor” refere-se às entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, usualmente sob a forma jurídica de associações civis ou fundações, que por serem criadas pela iniciativa privada não integram a administração pública, nem direta, nem indireta, prestam atividades de interesse público, possuem vínculo legal ou negocial com o Estado e recebem benefícios estatais.

Com vistas a discernir as instituições que se dedicam à atuação no terceiro setor o Estado criou qualificações e habilitações legais específicas para cada uma delas, que poderiam ser assim elencadas: i) Organizações Sociais previstas na lei n.º 9.637/98, ii) Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, criadas pela lei 9.790/99, iii) Serviços Sociais Autônomos (Sistema S), iv) Fundações de Apoio, v) Entidades de Utilidade Pública e vi) Entidades Beneficentes de Assistência Social.

Cada uma dessas instituições possui natureza jurídica, funções sociais e ordenamentos jurídicos próprios e por vezes distintos das demais, no entanto são todas componentes da engrenagem motor do Terceiro Setor. Debruçaremos nosso enfoque sobre as organizações sociais.

3. Princípios gerais das Organizações Sociais (OS)

Organização Social é uma titulação conferida pelo Estado para as associações civis sem fins lucrativos que se dediquem a atividades de caráter social por meio da gestão de equipamentos públicos. A lei federal n.º 9.637/98, que concebeu as OS no ordenamento jurídico brasileiro, delineou as áreas de atuação dessas instituições, que devem ser voltadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

O MODELO DE GESTÃO DA SAÚDE PÚBLICA PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: ASPECTOS JURÍDICOS DESTA ALTERNATIVA EFICIENTE

Por Bernardo Safady Kaiuca

Definitivamente, as organizações sociais não constituem um novo tipo de pessoa jurídica, mas tão-somente um título conferido pela administração pública na forma do que prevê a lei. A lição de Hely Lopes Meirelles⁶ convalida o entendimento, afirmando que a organização social: *“(...) não é um novo ente administrativo, é uma qualificação, um título, que a Administração outorga a uma entidade privada, sem fins lucrativos, para que ela possa receber determinados benefícios do Poder Público (dotações orçamentárias, isenções fiscais, etc.) para a realização de atividades necessariamente coletivas”*.

A constitucionalidade da norma em referência já foi questionada ao Supremo Tribunal Federal por meio da ADIn n.º 1.923, mormente no que se refere à possibilidade prevista em lei do repasse de benefícios públicos a entidades privadas sem licitação. O pleno da Corte Suprema, em julgamento da Medida Cautelar que corre sob o mesmo número, confirmou a constitucionalidade da lei. O mérito da ADIn ainda pende de julgamento, interrompido pelo pedido de vista do Ministro Marco Aurélio Mello.

A principal distinção das OS em relação às demais componentes do terceiro setor é justamente a possibilidade de se firmarem “Contratos de gestão” com a iniciativa privada, transferindo ao particular a gestão de equipamentos públicos, que será medida via indicadores de desempenho e permitirá o repasse de recursos orçamentários, a permissão de uso de bens públicos e a cessão especial de servidores públicos com custo para o poder público.

Toda doutrina é uníssona em asseverar que a elaboração do contrato de gestão deve observar os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade atinentes à administração pública. Além desses princípios, o administrativista Rafael Oliveira⁷ acrescenta os seguintes preceitos: *a) especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação de metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como a previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;*

6 MEIRELLES, Hely Lopes. Curso de Direito Administrativo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 338.

7 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezenda. **Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor**. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2009. p. 281/282.

b) a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

Denota-se então que mediante orçamento e indicadores de desempenho previamente definidos, a administração pública entrega à Organização Social a gestão de determinado serviço de interesse social, passando então ao papel de fiscalizadora da aplicação dos recursos e da efetiva prestação do serviço proposto no contrato de gestão.

Acrescente-se que esta fiscalização extravasa a competência do ente público supervisor da área de atuação correspondente à atividade fomentada, alcançando também a competência do Tribunal de Contas responsável pela esfera de governo fomentadora.

4. Aspectos jurídicos controversos sobre as Organizações Sociais

Apesar de se tratar de pessoas jurídicas privadas, a ostentação de um título público a distingui-las das demais associações extirpa das organizações sociais a autonomia absoluta típica das instituições privadas. Os limites desta autonomia têm sido postos ao debate doutrinário desde a edição da lei federal e são bastante controversos. Se por um lado a criação das OS teve por causa também a desburocratização da gestão pública, por outro, a manipulação de dinheiro público requer cuidados de transparência, economicidade e ética, de maneira que o equilíbrio entre estes dois extremos é o que se busca no estudo da matéria. A técnica de ponderação dos princípios de Robert Alexy⁸ é sempre útil na perseguição desse equilíbrio.

⁸ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Trans. J. Rivers. Oxford: Oxford University Press. (1st ed. 1985) 2002.

4.1 Obrigatoriedade de licitação para celebração de contrato de gestão:

A primeira – e talvez mais importante – controvérsia doutrinária diz respeito à necessidade de se proceder processo licitatório prévio à celebração do contrato de gestão.

A licitação é a regra geral para contratações a serem realizadas pela administração pública, segundo o que dispõe o art. 37, XXI da Constituição Federal⁹:

Como sabido, a lei que cuida do procedimento licitatório é a 8.666/93, que define a licitação como o procedimento hábil à seleção da proposta mais vantajosa para as contratações a serem feitas pela administração pública, mediante a observância de diversos princípios.

No entanto, a própria lei de licitações traz em seu bojo as hipóteses em que a licitação é dispensável ou inexigível, na forma dos art. 17, 24 e 25. E há exceção especificamente em relação aos contratos de gestão celebrados com as Organizações Sociais, como definem a disposição¹⁰ do inciso XXIV do art. 24 da lei n.º 8.666/93.

Todavia, essa dispensa deve observar o preenchimento de cinco aspectos fundamentais, na lição de Gustavo Justino de Oliveira¹¹: primeiramente, a qualificação da entidade privada como OS deve ser feita somente após a verificação, baseada em critérios objetivos, de que a pessoa jurídica proponente possui capacitação técnica e *expertise* na área em que suas atividades são desenvolvidas. Em segundo lugar, ainda que não haja obrigação legal para o procedimento licitatório, deverá haver um processo de seleção público para a escolha da OS mais capacitada ao serviço. O terceiro, de que uma vez tendo celebrado um contrato de gestão com determinado órgão de um ente público, a OS

⁹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

¹⁰ “Art. 24 É dispensável a licitação: XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.”

¹¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Constitucionalidade da Lei Federal n.º 9.637/98. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 177-210, 2007.

está habilitada para contratar diretamente com os demais órgãos daquele ente, independentemente de novo processo seletivo. Em quarto lugar, para despender o dinheiro público, a OS deverá obedecer a regulamento próprio, que prestigie os princípios da administração pública, para contratação de serviços e mão de obra. E o quinto e último aspecto diz respeito à possibilidade de destinação de bens públicos às OS, sem licitação, mediante permissão de uso, desde que constante em cláusula expressa do contrato de gestão.

Há de se trazer à baila acórdão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça¹² que enxergou a necessidade de realização de licitação para formalização de contrato de gestão, valendo transcrever:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO, DÚVIDA OU FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTRATO DE GESTÃO. BENEFÍCIOS PATRIMONIAIS. NECESSIDADE DE LICITAÇÃO. DANO PRESUMIDO.

[...]

3. O ato discutido nos autos evidencia-se como viciado, flagrantemente, pela ilegalidade. O contrato de gestão, por resultar benefícios patrimoniais, deve, obrigatoriamente, ser precedido de licitação. O fato de já ter sido celebrado e consumado não afasta a possibilidade da decretação de sua nulidade, com efeitos ex-tunc. A Administração Pública tem compromisso maior com os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade, eficiência e transparência. O procedimento licitatório só pode ser dispensado ou inexigível nas situações previstas na Lei nº 8.666/93. Impossível ampliar as situações nela previstas. O descumprimento ou inobservância de princípios legais e constitucionais que norteiam a atuação estatal presume o risco do dano.

4. Recurso não provido.

12 (REsp 623197/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/09/2004, DJ 08/11/2004, p. 177)

**O MODELO DE GESTÃO DA SAÚDE PÚBLICA PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS:
ASPECTOS JURÍDICOS DESTA ALTERNATIVA EFICIENTE**
Por Bernardo Safady Kaiuca

Parece-nos, *data venia*, um entendimento *contra legem*, fruto de peculiaridade específica do caso concreto (em que a entidade em questão não havia sido qualificada corretamente como OS pela administração). Tanto é assim que, em precedente mais recente, a mesma Primeira Turma¹³ assim julgou:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE GESTÃO. LICITAÇÃO. DISPENSA.

1. O contrato de gestão administrativo constitui negócio jurídico criado pela Reforma Administrativa Pública de 1990.

2. A Lei n. 8.666, em seu art. 24, inciso XXIV, dispensa licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

[...]

Assim há de se concluir que embora dispensada de licitar, a administração não é livre para escolher com quem firmará contrato de gestão no caso de haver mais de uma organização para assumir o objeto do contrato de gestão, à luz do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Nessas situações, é prudente que seja realizado procedimento seletivo hábil a selecionar, com critérios objetivos, a melhor proposta com vistas ao atendimento do interesse público.

Perceba que não se está aqui a defender a obrigatoriedade de um processo licitatório, até porque assim a lei não exige. O que se sustenta, escorado nos princípios de publicidade, impessoalidade, moralidade e economicidade, é que o poder público deve conferir publicidade à intenção de pactuar contrato de gestão com uma OS, possibilitando que uma pluralidade de instituições se candidate à contratação e, nas hipóteses em que ocorra a dita pluralidade, possa a administração escolher, por meio de processo seletivo simples, por critérios objetivos como o preço ou o número de pessoas a serem beneficiadas, a proposta mais vantajosa ao interesse público.

¹³ REsp 952.899/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe 23/06/2008)

4.2 Submissão das Organizações Sociais à lei n.º 8.666/93 enquanto contratante:

Pelo fato de serem gestoras de recursos públicos, parte da doutrina clássica tem defendido que as OS devem sujeitar-se às regras da lei de licitações quando adquirirem bens ou serviços. Esta tese se sustenta na interpretação extensiva do art. 1.º da lei n.º 8.666/93¹⁴, especificamente da expressão “demais entidades controladas direta ou indiretamente”. O respeitado Prof. José dos Santos Carvalho Filho¹⁵ aduz que não há impedimento para que a lei determine que as entidades do terceiro setor sejam submetidas à regra do certame obrigatório, haja vista que possuem vínculo formal com a administração, maior fomentadora das atividades de tais instituições. Inclusive, há disposição no decreto que exigiu a realização de pregão preferencialmente eletrônico para as licitações públicas estendendo sua aplicação às OS e OSCIP¹⁶, quando se tratar de contratações com utilização de verbas recebidas por meio de contrato de gestão ou termo de parceria.

Ousa-se aqui discordar do festejado Mestre. Mais ainda, asseveramos a ilegalidade do §5.º do art. 1.º do decreto n.º 5.504/2005 no que se refere às OS. Antes de mais nada, deve ser reconhecido que as organizações sociais possuem natureza jurídica de associação civil, estando portanto protegidas em suas questões *interna corporis* pelas cláusulas pétreas da liberdade e autonomia associativa (CF, art. 5.º, XVII e XVIII).

14 Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 474-475

16 Decreto n.º 5.504/2005. Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneros ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

§ 5º Aplica-se o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.

O MODELO DE GESTÃO DA SAÚDE PÚBLICA PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: ASPECTOS JURÍDICOS DESTA ALTERNATIVA EFICIENTE

Por Bernardo Safady Kaiuca

Como se não bastasse, a disposição do mencionado decreto é ilegal, eis que incompatível com o que dispõe a lei específica¹⁷ das OS no que se refere aos critérios de contratação de bens e serviços, posto que a lei determina apenas que exista regulamento interno da instituição prevendo os procedimentos que adotará para tais compras.

No entanto, não está autorizada a organização social a contratar a seu bel-prazer, devendo sua liberdade ser interpretada de forma proporcional. Seu regulamento interno deve observar os princípios do art. 37 da CF, de modo que as despesas com o dinheiro público sejam feitas criteriosamente, porém sempre respeitando a autonomia da OS em ordená-las.

O maior controle que o poder público poderá implementar no que se refere às contratações praticadas pelas OS está justamente na aferição do atingimento das metas propostas com o orçamento disponibilizado. É aceitável que a OS compre, por exemplo, determinado medicamento com preço acima do que for usualmente pago no mercado, desde que cumpra as metas propostas, mesmo porque, para cumpri-las, certamente estará a economizar na aquisição de outro insumo de sua prestação, possivelmente de maior importância dentro da composição de seus gastos.

4.3 Critérios para admissão e remuneração de pessoal:

Outro aspecto de relevante discussão em relação às OS diz respeito aos critérios para admissão e remuneração de funcionários e dirigentes. Face a sua natureza privada, as OS adotam o regime celetista na contratação de seus funcionários, possuindo vínculo contratual com seus dirigentes.

O que se pergunta é se há obrigatoriedade de concurso público (CF, art. 37, II) para admissão de funcionários. O Tribunal de Contas da União¹⁸ já se pronunciou que não existe essa obrigação, em julgamento relativo à entidade do sistema “S”, eis que essas pessoas jurídicas não integram a administração pública.

17 Lei n.º 9.637/98. Art. 17. A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

18 TCU, Acórdão 1.461/06, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer, DOU 18.08.2006.

Tal entendimento deve ser estendido às OS. Contudo, a contratação de funcionários deve observar os princípios da moralidade e da impessoalidade. Maria Sylvia Di Pietro¹⁹ sustenta a necessidade de um processo seletivo desenvolvido com publicidade, permitindo que se contratem os melhores profissionais que o mercado possa oferecer para a vaga.

Não obstante a ponderada observação de DI PIETRO, parecer da lavra de Sebastião Tojal e Luiz Eduardo Regules²⁰ excepciona a regra do processo seletivo quando cuida da hipótese do cargo de confiança em OSCIP, valendo transcrever: *“Ainda que se fale em ‘seleção’ de pessoal pela organização para atender ao escopo do Termo de Parceria, pareceria flagrantemente ilegal e desarrazoada a adoção da mesma exigência para aqueles que ocupam funções de direção, de coordenação geral. Nesse contexto, observe-se a existência de certas funções – mais especificamente as de direção e chefia – que demandam a contratação de pessoa com vínculo de confiança pela entidade e a caracterização de acentuada expertise e especialidade para o desempenho dessas incumbências peculiares. Neste caso, o regime jurídico tem dispensado – e com razão – a realização de processo seletivo”*. Defendemos que esta exceção também é plenamente aplicável às organizações sociais.

Já no que se refere à remuneração de funcionários e dirigentes das organizações sociais, a lei exige a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções. DI PIETRO²¹ argumenta que seria recomendável definir limites aos salários proporcionais aos tetos remuneratórios estabelecidos aos agentes públicos, sob pena de burla ao art. 37, XI da Constituição Federal.

19 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 459.

20 TOJAL, Sebastião Botto de Barros; REGULES, Luiz Eduardo Patrone. O cargo de confiança no âmbito das OSCIPs: desnecessidade de processo seletivo e remuneração. **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS**, v. 5, n. 10, jul./dez. 2011.

21 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 464.

O MODELO DE GESTÃO DA SAÚDE PÚBLICA PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: ASPECTOS JURÍDICOS DESTA ALTERNATIVA EFICIENTE

Por Bernardo Safady Kaiuca

Não se compartilha de tal entendimento. A fixação de teto remuneratório similar ao dos agentes públicos pode gerar descompasso entre a responsabilidade das funções e a remuneração, o que afastará os melhores profissionais das OS. E o fato de não buscar o lucro permite às OS remunerar bem seus funcionários e dirigentes, de modo a atrair os mais preparados para seus quadros, pagando valores compatíveis com o mercado privado e possibilitando que sejam entregues serviços de qualidade privada também.

Assim, nada mais natural que um funcionário graduado de uma OS – como o diretor médico de um hospital gerido por contrato de gestão – receba vencimentos e até mesmo bônus por desempenho em patamares da iniciativa privada, usualmente superiores ao limite constitucional remuneratório dos agentes públicos.

4.4 Regime tributário das Organizações Sociais:

Ao celebrar contrato de gestão as OS prestam serviços de relevância social, motivo pelo qual recebem incentivos fiscais como fomento às suas atividades. As entidades assim qualificadas são declaradas entidades de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais. É o que preconiza a Lei n. 9.637/98, em seu art. 11. Assim, por possuírem natureza jurídica de associação civil sem fins lucrativos, podem fazer jus à imunidade prevista no art. 150²² da CF.

No que se refere às organizações sociais que se dediquem à prestação de serviços de saúde, estariam imunes à tributação – eis que prestam serviços de natureza de assistência social, na forma do art. 203 da CF, desde que observadas as disposições do art. 14 do

22 Artigo 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas aos contribuintes, 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 assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

CTN, quais sejam: i) não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas a qualquer título; 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.

Hugo de Brito Machado²³ prescreve ainda que: “[...] os requisitos estabelecidos no CTN para o gozo da imunidade em foco são todos de atendimento continuado. Se a qualquer época deixam de ser observados, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício (CTN, art. 14, § 1º). [...] a imunidade em estudo se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, mas estes são, exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais da entidade imune, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos (CTN, art. 14, § 2º).”

Assim, cumpridos os requisitos, sobre o patrimônio das organizações sociais não incidirão: Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbano (IPTU); Imposto sobre Transmissão Causa *Mortis* ou Doação de Bens e Direitos (ITD); Imposto sobre Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis (ITBI); Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). Sobre a renda recebida pelas entidades não incidirá o Imposto sobre a Renda e Proventos de qualquer natureza (IR), de competência da União. Nos serviços prestados pelas entidades não incidirão o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISQN).

Mencione-se ainda a imunidade da contribuição empresarial, destinada à seguridade social, calculada sobre o total das remunerações pagas aos segurados empregados e autônomos que lhe prestem serviços; e a imunidade das contribuições a cargo da empresa provenientes do faturamento e do lucro (PIS, Cofins, CSLL).

Sem exagero, pensar de maneira diversa, impondo às OS a tributação regular, seria, em tese, desrespeitar o princípio da imunidade recíproca. Explica-se, na medida em que a OS recebe como contraprestação do contrato de gestão valor certo do ente público para gerir

23 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

O MODELO DE GESTÃO DA SAÚDE PÚBLICA PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: ASPECTOS JURÍDICOS DESTA ALTERNATIVA EFICIENTE

Por Bernardo Safady Kaiuca

determinado serviço, usualmente calculado com base nos custos médios de mercado para a implementação do serviço. Assim, submeter essa atuação das OS à tributação ensejaria o acréscimo no valor da paga, onerando o ente público, por meio da tributação da própria verba pública!

Um ponto de discussão ainda inexplorado pela doutrina diz respeito à remuneração dos diretores das OS e uma possível incompatibilidade de tal prática com a vedação à distribuição de qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas a qualquer título. Esta aparente contradição é inspirada pela confusão de conceitos oriunda da proibição de remuneração de dirigentes, conselheiros, sócios, instituidores e benfeitores das associações civis para fins de isenção da contribuição social devida ao INSS, na forma do que preconiza o art. 29, I da lei 12.101/2009²⁴.

Neste sentido, poderia-se entender que a remuneração dos diretores das organizações sociais, autorizada pela lei, pudesse infringir a mencionada condição, fazendo com que incidisse tributação sobre essas instituições. Perceba-se, contudo, que tal confusão não tem lugar, posto que o direito assistido às OS que se dedicam à assistência social (como as gestoras de serviços de saúde) é o da imunidade tributária e não da isenção. Nesta esteira, a remuneração de seus diretores não encontra qualquer tipo de proibição, pelo contrário, é autorizada por lei e deve ser compreendida não como “forma de distribuição de resultado” e sim como “aplicação de recursos em prol da manutenção do objetivo social”, eis que o pagamento é feito como contrapartida do trabalho efetivamente desempenhado pelo dirigente.

²⁴ Art. 29. A entidade beneficente certificada na forma do Capítulo II fará jus à isenção do pagamento das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, desde que atenda, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

I - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos;

5. Considerações finais:

Passados quase 15 anos da criação das Organizações Sociais, pode-se seguramente afirmar que este novo instituto jurídico vem possibilitando o incremento substancial da qualidade da prestação do serviço público de saúde.

Ainda que utilizado em pequena escala frente ao seu potencial, já existem exemplos de sucesso prático desta solução, como o modelo adotado pelo Estado de São Paulo desde o Governo Mário Covas, em que a entrega de saúde pública por meio das Organizações Sociais tem elevado o grau de satisfação da população com o serviço a patamares impensáveis quando da prestação direta do serviço público.

Não está aqui a se sustentar que é impossível ao poder público diretamente prestar serviço de saúde de qualidade. Existem exceções honrosas a esta triste regra, em que abnegados profissionais dedicam suas vidas à implementação de um serviço de saúde público digno, lutando contra um sistema criado para não funcionar.

No entanto, o que é preciso se frisar é que a gestão desses serviços pelas organizações sociais não retira o caráter público, universal e gratuito do serviço, que ainda pode contar com agentes públicos – como os abnegados acima citados – cedidos para sua consecução.

Certamente, as organizações sociais serão ainda objeto de muitas críticas, principalmente no que se refere à má versação do dinheiro público, ou à atuação do “cupim da República”, como Ulysses Guimarães se referia à corrupção. Mas ainda que infelizmente não esteja totalmente imune a esse mal, certamente o mecanismo de controle das verbas – principalmente pelo fato de que o orçamento é prévio, limitado e deve obedecer a metas de desempenho – é muito maior e mais eficaz nas organizações sociais do que na prestação direta do serviço público. Além disso, além da fiscalização rotineira do Ministério Público e do Tribunal de Contas, o contrato de gestão ainda possui maquinismo de controle social, com a obrigatoriedade da publicidade de sua prestação de contas a toda a sociedade.

Isso sem falar na eficiência do serviço, que pela flexibilidade administrativa possibilita ao gestor buscar o que de melhor há no mercado em termos de inovação gerencial, equipamentos, mão de obra,

**O MODELO DE GESTÃO DA SAÚDE PÚBLICA PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS:
ASPECTOS JURÍDICOS DESTA ALTERNATIVA EFICIENTE**
Por Bernardo Safady Kaiuca

medicamentos, entre outros insumos da prestação do serviço de saúde. O raciocínio é lógico: no serviço público direto, um profissional que falta a um plantão, por exemplo, depende da abertura de um processo administrativo para ser punido, que delongará anos para findar-se e possivelmente não chegará a seu fim. Já no serviço público com a gestão pela organização social não há espaço para tal tipo de indisciplina, decerto que o mesmo faltoso poderá ser sumariamente demitido por justa causa. Que serviço terá, então, os funcionários mais eficientes?

Este trabalho não tem, nem de longe, pretensão exauriente. É um esboço, produzido com a expectativa de promover o conhecimento do tipo jurídico das organizações sociais, sua compatibilidade com a área da saúde e as principais divergências jurídicas doutrinárias em relação à sua aplicação e, com isso, motivar sua utilização, em busca de uma saúde pública que atenda, finalmente, ao comando constitucional de assistência universal e gratuita. O problema da saúde pública no Brasil não é a “falta de verbas”, mas sim a falta de gestão de qualidade. É a solução para este problema que acreditamos encontrar-se na gestão compartilhada dos serviços públicos por meio das Organizações Sociais de assistência à saúde.

**CONSTITUIÇÃO JURÍDICA DAS
SOCIEDADES PARA O FIM DE PRESTAÇÃO
DE SERVIÇOS DE SAÚDE – A PARCERIA
COMERCIAL EM CONTRAPONTO AO
VÍNCULO DE EMPREGO**

*Bruno Milano Centa**

*Phillipe Fabrício de Mello***

*

Advogado, graduado pela Faculdade de Direito de Curitiba em 2005. 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. Membro da Comissão Científica do ClasSaúde 2012. Criador do Simpósio Paranaense de Direito aplicado em Saúde. Professor Visitante da Disciplina de Direito do Trabalho da Pós-Graduação de Auditoria e Gestão em Saúde da Universidade Tuiuti do Paraná. Professor Visitante da Disciplina de Direito do Trabalho da Pós-Graduação de Direito Médico na UNICURITIBA.

**

Advogado, graduado em Direito pela Universidade Positivo em 2007. Especialista em Direito de Empresa pela Universidade Positivo. Atua especialmente em soluções jurídicas para constituição e gestão jurídica empresarial, além de amplo conhecimento na área de saúde. Professor Visitante na Disciplina de Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar da Pós-Graduação de Auditoria e Gestão em Saúde da Universidade Tuiuti do Paraná.

RESUMO

Tradicionalmente, a conceituação do serviço hospitalar é realizada de forma equivocada. É arraigada culturalmente a imagem de que o Hospital provê diretamente e integralmente todos os serviços de saúde, da recepção ao ato médico propriamente dito; quando aquela estrutura, em verdade, tem a concepção de hotelaria, organização de pessoal de apoio – com destaque ao serviço de enfermagem –, materiais e medicamentos que possibilitem a atenção à saúde em níveis de excelência. O Hospital é meio para a atividade médica; tal qual uma clínica ocupa mesmo posto no processo ao fornecer recursos para que o odontólogo possa exercer seu labor adequadamente. Quando devidamente estruturadas e em consonância ao que dispõe o ordenamento jurídico vigente, essas relações de trabalho devem ser estimuladas pela sua agilidade, rentabilidade e melhor produção técnica.

PALAVRAS-CHAVE

Hospital. Clínica. Serviços de Saúde. Constituição Jurídica Empresarial. Vínculo de Emprego. Autônomo. Terceirização. Liberdade profissional. Ética Médica e Odontológica.

1. DA CONSTITUIÇÃO JURÍDICA DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

1.1 Da estruturação jurídica, regulamentação e enquadramento

Neste trabalho pretende-se trazer à tona a possibilidade que aquelas pessoas naturais ou jurídicas que possuem interesse na convergência de patrimônio e esforços para consecução de atividades ligadas à saúde, de forma organizacional e com intento econômico, ou seja, com a visualização de atividade empresarial, tenham como possibilidade, dentro do conjunto normativo atual.

Para tanto, converge a existência de grande problemática, a possibilidade de existência de atividade tida legalmente como empresária no âmbito da saúde, principalmente considerando o teor do parágrafo único, do artigo 966, do Código Civil, segundo o qual aqueles que exercem profissão intelectual não serão empresários, ainda que em concurso com outras pessoas auxiliando o que será tratado em momento oportuno.

Esse problema é originado pela enorme divergência entre as constituições das sociedades que tenham por objetivo a união de esforços e bens para desempenho das atividades de prestação de serviços à saúde, em que na militância diária encontram-se formas societárias e estatutárias que embatem diretamente com o espírito da Lei em distinguir a sociedade como empresária e simples, ou a sua subsunção, maior problema que se enfrenta após a promulgação do Código Civil, em 10 de janeiro de 2002.

Essas formas trazem consequências para os seus sócios, mormente quando consideramos a impossibilidade de implemento de investimentos, ou até mesmo a grande disparidade existente em nosso sistema tributário, que apesar de ser tema para outros textos e discussões, serão citados à guisa de ilustração.

De início, é necessário o delineamento da sociedade, esta unificação de esforços e bens para a consecução de atividade, lucrativa ou não, que resulta na criação de uma personalidade jurídica capaz de adquirir direitos e obrigações, além de bem se fazer representar em juízo e possuir patrimônio próprio.

O Código Civil, nos incisos do artigo 44, conferiu ao particular a possibilidade de constituir entes personalizados nas formas de associações (I), sociedades (II), fundações (III), organizações religiosas (IV), partidos políticos (V) e as empresas individuais de responsabilidade limitada (VI), sendo tal prerrogativa de criação conferida à iniciativa privada com o principal aspecto de diferenciação em relação às demais pessoas jurídicas, estas de direito público, cuja criação depende de Lei.

Para efeitos no delineamento da atividade de prestação de saúde, proposta neste estudo, não serão pormenorizadas as fundações, organizações religiosas e partidos políticos, pois possuem as suas

atividades sociais dissonantes daquelas, ao menos em sua essência. Quanto à associação e à empresa individual de responsabilidade limitada, estas terão espaço de menção, cada qual no aspecto de diferenciação na atividade empresarial ou não empresarial.

De outro vértice, vemos a sociedade como efetivo objeto deste estudo.

De início, vemos a sociedade como sujeito capaz de direitos, tal qual as demais pessoas jurídicas, contudo, com modo de composição diverso, tratando deste tópico num primeiro. Pessoas naturais ou jurídicas convergem patrimônio e esforços para a consecução de um fim comum. Este é o intento de uma sociedade, a manifestação de vontade de sujeitos de direito, cujo objeto declarado no instrumento, o contrato social, traduz o empreendimento em determinado prazo ou não, a consecução de atividade conjunta.

Embora haja a manifestação de vontade das pessoas naturais ou jurídicas, sócios, que implementam riqueza e empreendem esforços para que sejam atingidos os fins comuns queridos e contratados, há que se dar destaque à formalização da pessoa jurídica sociedade, antes que possuem, sim, sua dissociação, com a plena manifestação de vontade, a partir dos seus sócios e não da sua conjuntura simplesmente, hábil na sua representação legal. Neste sentido podemos trazer as claras lições de Câmara Leal (27:95): *“A pessoa jurídica tem de fato uma entidade objetiva distinta da entidade das pessoas naturais que a constituem, e é dotada de um corpus e um animus, tendo uma vontade, que não é a soma das vontades de seus associados, nem o querer de seus administradores. Em uma palavra, a pessoa jurídica é um organismo autônomo, com constituição orgânica e funções que lhe são próprias”*.

Esta dicotomização entre as manifestações de vontades traduz um grande desafio para o Direito, dado o privilégio da tutela dos interesses ora conferido ao sócio, ora à sociedade. Este aparente conflito entre os aspectos subjetivos, das pessoas dos sócios, e objetivos, da sociedade em si, compreende em verdade uma compilação dos interesses sociais e econômicos internos e externos de cada sociedade.

Vejamos.

As sociedades alemãs eram constituídas pelos seus sócios, e dentre as suas formas de deliberação, ou em outras palavras, nos ór-

gãos de tomadas de decisão, como a Assembleia Geral, por exemplo, havia a presença cogente de representantes dos trabalhadores daquela determinada sociedade.

Esta presença constituía-se numa preocupação que a Lei positivou em salvaguardar os interesses socioeconômicos dos trabalhadores, na medida em que lhe conferiam a possibilidade de intervenção nas tomadas de decisões, e, sabedores dos meandros da gestão das sociedades em que desempenhavam a labuta, por certo as suas manifestações e pleitos pela manutenção de determinada decisão ou não contribuía para a proteção dos interesses obreiros¹.

Este exemplo traduz, em nossa concepção, a intenção legislativa de proteger os interesses da sociedade, eis que sob a ótica da intenção legal em conferir aos trabalhadores ao menos acesso às tomadas de decisões, possibilitava a estes a continuidade de seus empregos e, por consequência, a continuidade da própria sociedade, o que se acredita ser exatamente a intenção desse mecanismo.

Temos aqui claramente demonstrada uma forte tendência pela proteção do aspecto objetivo, pela proteção da sociedade enquanto fim nela mesma, ao mais ainda, podemos citar como outro curto exemplo a noção de grupo econômico, cujas obrigações escriturais ultrapassam a mera vontade de seus sócios, investidores ou empreendedores, mas devem obedecer à clareza para pleno conhecimento daqueles de Direito.

De outro lado, a proteção dos interesses subjetivos também prevalece em outras situações, como, por exemplo, a atual concepção da vontade de contratar e manter uma sociedade, a chamada *affectio societatis*. Segundo o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a quebra da confiança entre os sócios, desde que comprovada e não levianamente arguida, enseja a ruptura do enlace contratual, e põe fim às obrigações assumidas.

Esta proteção confere à manifestação da vontade dos sócios uma proteção contra atos que porventura sejam cometidos e resultem no alijamento do patrimônio implementado ou em obstáculos para o implemento do empreendimento.

¹ WALD, Arnaldo (org.). **Direito Empresarial: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 97, v. 1

O resultado dessa análise é que a proteção dos interesses subjetivos e objetivos da sociedade não é dicotômico no sentido de embate, mas sim diverso e com toda a certeza complementar, devendo a análise ponderativa de cada qual obedecer à circunstância a que está adstrito o problema.

Tais considerações mostram-se importantes na medida em que toda sociedade possui essas características e os seus sócios e a sociedade convergem no objeto social, na atividade que se pretende levar a efeito no mundo fático, de modo a fazer valer a vontade manifestada, a partir do contrato social, empreendida pelos mais diversos mecanismos de gestão, mais ou menos complexos.

Todos esses aspectos ligados à gestão das sociedades, com vistas ao bom desempenho do seu intento, nos conduzem ao cerne da conceituação tida pelo Direito pátrio acerca da sociedade, ou seja, a partir da atividade desempenhada por determinada sociedade é que se chega ao seu mote empresarial ou não. Tal reflexo é oriundo da previsão contida no artigo 966, do Código Civil, segundo o qual: *“Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços”*.

Ato contínuo, o parágrafo único do artigo acima citado prevê a seguinte norma: *“Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”*. É clara a intenção do legislador em prever hipóteses em que a atividade empresarial não estaria constituída adequadamente, e, assim, as suas peculiaridades não seriam obrigatórias.

De fato, também é de ser destacado que a mesma norma que prevê a impossibilidade de constituição de sociedade sob o viés empresarial pelo exercício de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, observa claramente a possibilidade de exercício empresarial dessas atividades, na medida em que exclui a possibilidade de visualização na organização de elemento de empresa.

O elemento “empresa”, em outras palavras, implementar e empreender esforço e patrimônio numa sociedade com o escopo lucrativo, de forma organizada, mediante o exercício da atividade de empresário,

na medida estabelecida pelo já citado artigo 966, do Código Civil, também é situação que se verifica na realidade de prestação de serviços de saúde, tida, numa primeira impressão, como atividade meramente intelectual e científica.

De fato, a personalidade jurídica das pessoas jurídicas somente passa a ser reconhecida pelo Direito após o seu registro perante o órgão pertinente, nos termos do artigo 45 e 985, ambos do Código Civil. Assim, de acordo com o artigo 967, do Código Civil, é necessária a inscrição de empresário perante o Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial), e, de consequência, as sociedades empresariais correrão da mesma forma, o que não se coaduna com a inscrição das sociedades não empresariais, simples, que deverão requerer seu registro perante o cartório de registro de pessoas jurídicas de sua sede.

Nesse sentido é que citamos a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, a EIRELI, trazida ao Código Civil pela promulgação da Lei 12.441/2.011, que traz completa consonância com a realidade das sociedades empresariais, as quais muitas vezes são compostos de falsos sócios, que somente figuravam no quadro social para possibilidade de constituição de sociedades empresariais.

Esta possibilidade conferida aos cidadãos, desde que atendidos os requisitos legais, também é visualizável na realidade de prestação de serviços à saúde, mormente porque vinculamo-nos à corrente de existência de atividade empresarial na área da saúde.

Obviamente a Lei confere aos sócios a obrigação de analisar a constituição das pessoas jurídicas, que passarão a ter como patrimônio em sua esfera de direitos, e, assim, adequar o registro pertinente, ainda que na área da saúde tal providência seja feita sem a observância da adequação da atividade desempenhada, e, desse modo, temos consequências jurídicas para as sociedades, no que podemos citar a impossibilidade de aplicação da alíquota fixa de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN às sociedades limitadas, consoante atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça².

² PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISSQN. BASE DE CÁLCULO. ALÍQUOTA FIXA. ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 406/68. INAPLICABILIDADE. CLÍNICA OFTALMOLÓGICA. SOCIEDADE LIMITADA. FINALIDADE EMPRESARIAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Cuida-se de recurso especial interposto pela Fazenda contra acórdão do TJMG que, a partir da análise contratual, reconheceu o direito de Clínica Oftalmológica, a recolher o ISSQN pela alíquota fixa, por se enquadrar nos termos do art. 9º, § 3º do Decreto-lei nº 406/68. 2. No caso, a decisão objurgada colide com a orientação

CONSTITUIÇÃO JURÍDICA DAS SOCIEDADES PARA O FIM DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE – A PARCERIA COMERCIAL EM CONTRAPONTO AO VÍNCULO DE EMPREGO - Bruno Milano Centa e Phillipe Fabrício de Mello

Há um aparente desempenho de mera atividade científica pelos profissionais que se propõem a prestar serviços de saúde, o que mostra gritante disparate com a realidade que se enfrenta no mundo fático. Mais do que simples aplicação obliterada da Lei, a intenção e própria complexidade da atividade desempenhada pelos sócios, aqui ainda considerando que todos os sócios são profissionais ligados à ciência da saúde, traduzem a clara compreensão de uma atividade empresária.

O aumento da necessidade de implemento de investimento, podendo ser realizado pelo chamamento de capital dos sócios, com a tomada de decisão neste sentido, visando obviamente ao aumento do intento lucrativo seja qual for a espécie societária que se trate, perfaz a simples atuação científica, ao contrário, visa ao aprimoramento empresarial da atividade.

Vários são os exemplos de profissionais que cuidavam de suas atividades de atendimento à saúde e que se viram compelidos pela selvagem realidade mercadológica a assumir encargos administrativos que lhes tomam precioso tempo, contudo necessário à continuidade da sociedade.

Ainda mais, neste mesmo exemplo, cabe trazer a questão da ausência de profissionalismo na própria constituição das sociedades que estão ligadas à atividade de prestação de serviços à saúde, isto considerando a aplicação da Lei do responsável pela redação do seu instrumento constitutivo, recorrentes arquivamentos em órgãos públicos de registro de comércio ou puramente de pessoas jurídicas.

A realidade nos mostra que o planejamento societário que aqueles que prestam serviços de saúde implementam na realidade destoam dos seus atos constitutivos, normalmente tidos como a simples alocação de recursos para possibilidade de desenvolvimento da atividade científica, separando da sua inevitável complexidade, como defendem grandes doutrinadores desta área, contudo, vemos aqui que a complexidade é que faz com que a atividade empresarial surja e seja efetivamente especializada.

traçada por esta Corte de Justiça, cujo entendimento é no sentido de que, para a empresa ter direito ao benefício entabulado no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei 406/68, deve, necessariamente, prestar serviço de forma uniprofissional, hipótese que não se coaduna com o regime da sociedade limitada, dado o caráter empresarial de que se reveste este tipo social. 3. Recurso especial provido. (REsp 796.134/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009)

O implemento de novas técnicas científicas sempre requer investimentos e criação de equipamentos. A mobilização de ativos pode ser extremamente onerosa tanto para uma clínica médica de pequeno porte, que proveja tratamentos coronários intervencionistas, quanto para uma unidade hospitalar, pois ambas claramente possuem atividade empresarial.

Esta é justamente a questão, a possibilidade de exploração de uma atividade de prestação de serviços de saúde como investimento, sem a necessidade de implementação de serviços, mas puramente de suporte, ou seja, possibilitar a utilização de um espaço destinado ao exercício da atividade de prestação de serviços de saúde, como talvez uma alternativa à massiva compressão de que o mercado e o Estado influem sobre esse tipo de prestação de serviços.

Marcante característica nesse segmento é a enorme intervenção estatal nas suas condições de atendimento, o que, podemos nos atrever a dizer, ultrapassa o limite da razoabilidade, mesmo na conjugação do artigo 199 com o artigo 170, ambos da Constituição Federal.

Com efeito, o artigo 196, da Constituição Federal, trata a saúde como dever essencial do Estado, devendo naturalmente ser garantida mediante regulamentação e políticas públicas, como prescrito atualmente pela Lei n.º 12.441/2.011, e, com acesso universal e igualitário aos cidadãos, e incentivo de patrimônio a pessoas jurídicas sem fins lucrativos, de acordo com o inciso I, do artigo 199, da Constituição Federal, momento em que destacamos as associações, pessoas jurídicas sem fins lucrativos, disciplinadas nos artigos 53 e seguintes, do Código Civil.

Além desse dever cogente, decorrente do imperativismo constitucional desta norma, o constituinte conferiu à iniciativa privada o direito de explorar essa atividade, como forma complementar ao Sistema Único de Saúde, regido pela Lei n.º 8.080/1.990.

O que se extrai desta análise é que o particular pode se entender por prestar serviços à saúde de forma complementar àquela a que o Estado é obrigado, seja por meio da contratação com o Poder Público, para a prestação de serviços pelo Sistema Único de Saúde, seja pela prestação de serviços à parcela da sociedade que não o utiliza, cuja contratação ocorre em regime estritamente particular ou pela media-

ção de operadoras ou seguradoras de planos ou seguros de saúde, regidos, nesta condição, pela Lei n.º 9.656/1.998.

Esse aspecto é de suma relevância e nos leva a novamente considerar a proteção dos interesses subjetivos e objetivos da sociedade. Lembremos, completez existente entre a prevalência da tomada das decisões sociais ou da sociedade.

Assim, qual seria o limite da intervenção estatal sobre o patrimônio privado, considerando a essencialidade do direito à vida, tutela mais fundamental conhecida pelo Direito, explorada comercialmente pelos estabelecimentos que prestam serviços de saúde, em contraponto à suplementaridade desta exploração comercial, dado que a obrigação constitucional imperativa é ordenada ao Estado, entendendo todos os entes federativos?

Esse contraponto de ideias constitui os dois pesos alocados em uma balança legislativa que nos conduz à enorme complexidade da exploração comercial desse tipo de atividade, que nos atrevemos novamente a dizer, em muitas situações, claramente empresarial, seja pela intenção lucrativa, não indireta pela produção intelectual aposta, mas sim necessária pela mais clara impingência de obrigações cada vez mais complexas.

O desembocar dessa consequência por certo deve encontrar limite na razoabilidade. Notamos, por exemplo, a intervenção estatal em procedimento judicial intentado pelo Procon/BA em face de unidade hospitalar que encerrou as atividades de suas Unidades de Terapia Intensiva, após o preenchimento de todas as formalidades pertinentes, ou seja, após o Estado ter ampla ciência da intenção de encerramento das atividades, que, apesar da não necessidade, foi devidamente justificada pela impossibilidade de custeio.

Pois bem, em sede de cognição sumária, houve o deferimento de antecipação dos efeitos da tutela de modo a compelir mandamentalmente ao referido hospital a manutenção das suas Unidades de Terapia Intensiva, sob pena de cominação de astreinte diária no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Nesta situação, a intervenção judicial mostrou-se equivalente à proteção dos interesses sociais daquela região, pela manutenção de uma atividade empresária, cuja decisão dos sócios, aspecto subjetivo,

acabou por mitigada, ou seja, houve infringência clara na esfera da propriedade privada, considerando que o Estado constitucionalmente detentor do dever de prestação dos serviços de saúde estava plenamente ciente e não tomou as providências cabíveis para implementar novas Unidades de Terapia Intensiva?

Parece-nos que uma solução proporcional seria compelir o Estado, a quem efetivamente cabe prover a assistência universal à saúde do cidadão, a contratar com o referido hospital, a cumprir com esta obrigação, seja por meio da alocação de novas unidades, seja pela contratação daquelas que possuem o mencionado hospital, desta vez, em novo instrumento, com novas condições, para que não haja um efeito confiscatório da propriedade, o que feriria flagrantemente o artigo 170, da Constituição Federal.

Essas análises de ponderação são extremamente delicadas, dados os bens jurídicos que estão envolvidos, e se na teoria jurídica encontra-se enorme dificuldade e grande quantidade de posicionamentos sobre a mesma questão, imagine-se exigir de alguém que intenta implementar essa atividade na área da saúde que considere essas questões em suas tomadas de decisão. Certamente essa é uma atividade de alta complexidade, que demanda cada vez mais conhecimentos técnicos de quem se propõe a explorá-la.

Em tais condições, propomo-nos ainda a traçar outro aspecto de suma importância nas organizações que desempenham essa atividade, a complexa e delicada questão da terceirização dos serviços.

1.2. Da fundamentação jurídica a embasar a legalidade da parceria comercial entre instituições de saúde e profissionais autônomos

Nos últimos anos, verificou-se avanço extraordinário de fiscalizações e Procedimentos Investigatórios onde a relação de parceria comercial entre profissionais autônomos de saúde e empresas do setor tem sido questionada, não raras vezes com a imposição do reconhecimento de vínculo de emprego que em verdade não existe.

Presumir que toda e qualquer espécie de relação nesses moldes é fraudulenta é por demais temerário. Coloca em vala comum maus administradores, que de fato burlam a lei, e aqueles que optam por um regime de trabalho mais avançado e produtivo do que o vínculo de emprego tradicional.

Por vezes, movimentos fiscalizatórios dessa espécie ignoram os frutos do pacto comercial estabelecido, resultados positivos que perderam em todo o interregno da relação de trabalho.

De mais a mais, verificadas as particularidades jurídicas da constituição das sociedades cujo fim é a prestação de serviços de saúde, **não há que se falar em terceirização da atividade-fim.**

Explica-se: a finalidade da clínica, do hospital, **é o apoio à gestão de saúde.**

E frise-se não se tratar de inovação ou tese jurídica; haja vista tal enquadramento ser reconhecido pela Receita Federal do Brasil, no CNAE 8660-7/00 “ATIVIDADES DE APOIO À GESTÃO DE SAÚDE”.

Para ilustrar esse posicionamento, adotar-se-á a estrutura de clínica odontológica à guisa de exemplo. A atividade exercida pelo Estabelecimento de Serviço de Saúde apenas propicia o **exercício da clínica odontológica pelos profissionais dentistas com tranquilidade e segurança.**

Propicia-se estrutura, não o serviço técnico propriamente dito. Não se impede que o proprietário da clínica faça uso da estrutura para ele próprio, odontólogo, exercer ali seu ofício; mas tal modalidade não deve ser adotada como regra, tampouco ser considerada como realidade absoluta.

Em termos gerais, o suporte oferecido pela Reclamada é, de fato, o meio a possibilitar aos odontólogos a atenção plena e qualitativa à saúde dos seus pacientes.

Destarte, não há que se falar em infringência à Súmula 331 do C. TST.

Outrossim, o cotidiano de uma relação comercial nos moldes aqui ilustrados **encontra óbice para o reconhecimento do vínculo empregatício pelo próprio regramento do artigo 3º da CLT**, eis que não se encontram preenchidos os requisitos basilares daquele Diploma que possam ensejar o reconhecimento do vínculo empregatício.

Não há **pessoalidade**. Como serviço de apoio, a Clínica pode funcionar também como central de marcação de consultas. Se impossibilitado ao comparecimento no horário demandado pelos pacientes, o Odontólogo pode se fazer substituir por outro colega, sem objeção da administração da clínica.

Inexiste **exclusividade**. O odontólogo pode atender pacientes no ambiente da Clínica sem rotina predeterminada, de acordo com sua agenda de compromissos e disponibilidade.

O próprio Código de Ética Odontológica³, regramento primaz do exercício da profissão, traz arraigado em seus dispositivos o princípio da autonomia.

Da análise apurada de cada um dos artigos, vislumbra-se que a independência profissional não pode ser dissociada do exercício da odontologia. Destacamos, a seguir, alguns dos principais dispositivos que conduzem a tal conclusão:

CAPÍTULO II DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Art. 3º. Constituem direitos fundamentais dos profissionais inscritos, segundo suas atribuições específicas:

I . diagnosticar, planejar e executar tratamentos, com liberdade de convicção, nos limites de suas atribuições, observados o estado atual da ciência e sua dignidade profissional;

I I I . contratar serviços profissionais de acordo com os preceitos deste Código;

I V . recusar-se a exercer a profissão em âmbito público ou privado onde as condições de trabalho não sejam dignas, seguras e salubres;

V I . recusar qualquer disposição estatutária ou regimental de instituição pública ou privada que limite a escolha dos meios a serem postos em

³ CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA. **Código de Ética Odontológica**. Resolução CFO 42/2003, de 20 de maio de 2003. Disponível em http://cfo.org.br/wp-content/uploads/2009/09/codigo_etica.pdf.

prática para o estabelecimento do diagnóstico e para a execução do tratamento, salvo quando em benefício ou à livre escolha do paciente.

CAPÍTULO III DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Art. 5º. Constituem deveres fundamentais dos profissionais e entidades de Odontologia:

I X . apontar falhas nos regulamentos e nas normas das instituições em que trabalhe, quando as julgar indignas para o exercício da profissão ou prejudiciais ao paciente, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes;

X I . abster-se da prática de atos que impliquem mercantilização da Odontologia ou sua má conceituação;

X I V.não manter vínculo com entidade, empresas ou outros desígnios que os caracterizem como empregado, credenciado ou cooperado quando as mesmas se encontrarem em situação ilegal, irregular ou inidônea;

CAPÍTULO VII DOS HONORÁRIOS PROFISSIONAIS

Art. 13. O cirurgião-dentista deve evitar o aviltamento, ou submeter-se a tal situação inclusive por parte de convênios e credenciamentos, de valores dos serviços profissionais, não os fixando de forma irrisória ou inferior aos valores referenciais para procedimentos odontológicos.

(grifos nossos)

Resta claro, portanto, que a independência funcional, autonomia, livre escolha e recusa ao trabalho indigno são princípios indissociáveis da profissão do odontólogo.

Gozando o profissional Dentista de prerrogativas éticas a denunciar modalidade de trabalho, é evidente a viabilidade da parceria comercial.

Outrossim, não pode se presumir que um profissional deste nível de formação pode se deixar levar por embustes.

É imperioso que haja a diferenciação pela sua formação intelectual e nível social.

A Justiça do Trabalho não tem sido complacente com profissionais de elevado gabarito técnico que, após o gozo de vantagens financeiras e tributárias conferidas apenas pelo trabalho autônomo, buscam guarida no Poder Judiciário buscando o reconhecimento de relação de emprego que jamais existiu, e conseqüentemente o injustificável enriquecimento ilícito.

O E. Tribunal Regional da 9ª Região tem se posicionado de forma brilhante e responsável ao tratar a relação de trabalho de profissionais liberais em estabelecimentos de saúde, sendo guardião da autonomia inerente a esses indivíduos e rechaçando ações meramente oportunistas.

Poderia-se colacionar uma série de irretocáveis julgados, dentre os quais destacamos alguns dos mais relevantes:

“TRT-PR-01-07-2011 DENTISTA - TRABALHO AUTÔNOMO - AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA. Elemento caracterizador, por excelência, do vínculo de emprego, a subordinação jurídica não se faz presente em situações como a dos autos, em que sequer dias e horários de trabalho eram escolhidos pela ré, demonstrando, ainda, todo o restante do contexto probatório, que o cumprimento do contrato ocorria com a independência própria dos profissionais chamados liberais. Nesse viés, não se pode afirmar que a ré impusesse preponderantemente seu poder de direção, controle e disciplina sobre os serviços prestados, de presença obrigatória nos vínculos empregatícios típicos. Não tendo havido, ainda,

qualquer flagrante de locupletamento ilícito ou precarização dos direitos em afronta aos princípios e às normas constitucionais e legais que regem a matéria, não há como se reconhecer atendidos os requisitos do artigo 3º da CLT. Sentença mantida”. (TRT-PR-28724-2009-028-09-00-0-ACO-25415-2011 - 4A. TURMA - Relator: SUELI GIL EL-RAFIHI - Publicado no DEJT em 01-07-2011)

“TRT-PR-27-11-2009 DENTISTA. CLÍNICA ODONTOLÓGICA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. AUTONOMIA. Dentista que não trabalhava em favor do empreendimento da reclamada, que era uma clínica odontológica, mas realizava sua atividade em seu próprio benefício, participando de reuniões nas quais eram decididos os valores a serem cobrados dos clientes, recebendo participação expressiva dos montantes que eram pagos por eles em relação aos procedimentos e consultas realizadas, possuindo autonomia para escolher seus horários, tudo isso agregado ao fato de que quando saiu da ré levou para seu consultório particular uma boa quantidade de clientes, não tem vínculo empregatício configurado, porquanto o grau de autonomia de que o reclamante gozava era incompatível com a subordinação jurídica, requisito essencial para o reconhecimento do liame ora mencionado. Inteligência dos arts. 2º e 3º da CLT. Recurso da parte autora a que se nega provimento”. (TRT-PR-27796-2008-009-09-00-1-ACO-40786 -2009 - 3A. TURMA - Relator: CÁSSIO COLOMBO FILHO - Publicado no DJPR em 27-11-2009)

Inclusive, mister se faz destacar que a própria jurisprudência cível, especialmente o Excelso Superior Tribunal de Justiça, já faz a distinção entre o ato do profissional liberal de saúde e o serviço de apoio,

executado pelo estabelecimento de saúde. Vejamos recente julgado que corrobora com tal entendimento:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois 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. 3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. 4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido. (REsp 908.359/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 17/12/2008) (grifa-se)

Deve-se ter a clareza de que o serviço executado pelo profissional de saúde é complementado pela qualidade do suporte da clínica. Ambos caminham em consonância, em construção, em regime de cooperação e não de exploração.

Isto posto, tem-se por caracterizada a legalidade plena da relação mantida entre as partes, sendo plenamente possível se estabelecer parceria comercial entre profissionais autônomos sem caracterização de vínculo empregatício.

REFERÊNCIAS

- 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 .
- BULCÃO, Lúcia Grando. O Ensino **médico** e os novos cenários de ensino-aprendizagem. **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.
- CENTA, Bruno Milano. **O trabalho do médico**. 2008. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito do Trabalho). Curitiba : PUCPR - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2008.
- COSTA, Armando Casimiro. **Compilação da Consolidação das Leis do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- DIAS, Maria Antônia de Andrade. **O Mundo da Saúde**, v. 27, n. 4, p. 609-611, out./dez. 2003.
- FAZIO JUNIOR, Waldo. **Manual do Direito Comercial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Byk, 1998.
- LAMPERT, Jadete Barbosa. Currículo de graduação e o contexto da formação **do médico**. **Revista Brasileira de Educação Médica**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 7-19, jan./abr. 2001.
- MENDONÇA, Maria Helena. **Conhecendo o Sistema Único de Saúde**. Curitiba: FEHOSPAR, 1999.
- MEZZAROBBA, Leda. Avaliação educacional na área da saúde. **Revista Brasileira de Educação Médica**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2/3, p.27-31, maio./dez. 1996.
- MORINIGO, Fábio Cupertino. **A inquietude do trabalho médico: 50 anos - HSE**. Rio de Janeiro: AACEA, 1997.
- PRUNES, José L. Ferreira. **Direito do Trabalho para Médicos e Dentistas**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1975.

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.

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.

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.

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.

VIEIRA, Joaquim Edson. Definição de necessidades sociais para o ensino **médico**. **Revista Brasileira de Educação Médica**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 153-157, maio/ago. 2003.

WALD, Arnoldo (Org.). **Direito Empresarial: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

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.

WIERZCHON, Patricia Maria. O ensino **médico** no Brasil está mudando?: transpondo desafios para concretizar mudanças. **Revista brasileira de educação médica**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1 , p. 62-66, jan./abr. 2002.

ZANETTI, Andrea (Coord.); FEFERBAUM, Marina. (Coord.). **Direito dos Negócios em Debate**. São Paulo: Saraiva, 2011.

**IMPACTO DA NOVA
JURISPRUDÊNCIA UNIFORMIZADA
DO TRIBUNAL SUPERIOR DO
TRABALHO NO SETOR DE SAÚDE**

*Eriete Teixeira**

*O conhecimento verdadeiro não se distingue
absolutamente da realidade.*

Euclides da Cunha

*

*Superintendente Jurídica do SINDHOSP
Assessora Jurídica da FEHOESP*

1. A IMPORTÂNCIA DO DIREITO DO TRABALHO NA ORDEM SOCIAL

Nos últimos anos, o direito do trabalho vem sofrendo profundas modificações e ramificando tendências com o objetivo de proteger o trabalhador e impedir a precarização nas relações de trabalho.

Percebe-se forte interferência estatal para formalizar as relações de trabalho, celetizando os diferentes contratos, dando corpo às estatísticas de emprego, por vezes, impondo aos empreendedores pesados ônus, que podem resultar justamente em fechamento de postos de trabalho, pela impossibilidade da empresa em cumprir todas as obrigações sociais previstas em lei.

Muito tem se comentado sobre o chamado custo Brasil, que constitui pesada carga, que assola as empresas no País, não só tributária, mas também no âmbito trabalhista. Não são poucos os especialistas que alertam para a necessidade de o País ser competitivo e, assim, alavancar sua economia, gerando riqueza e renda para os brasileiros.

Não é a isso, entretanto, que temos assistido. Instados por uma ideologia protecionista e fora de propósito para os tempos atuais, totalmente alheia ao que ocorre além-fronteiras do Brasil, onde os custos dos programas sociais exigem uma total revisão das políticas públicas protecionistas e de uma economia de mercado voltada para o progresso econômico, com o mínimo de amarras, muitos parlamentares apresentam projetos de lei que encarecem o trabalho no País e criam barreiras para que o empresariado brasileiro persista no investimento interno, gerando aqui novas oportunidades e aumento do número de empregos.

Aliada a isso está a péssima formação acadêmica e profissional dos trabalhadores brasileiros, que não são competitivos com os trabalhadores de outros países, cuja escolaridade é bastante superior aos de nossos patriotas.

Muitas inovações e exigências surgiram nos últimos anos, bem-intencionadas, mas malformuladas, porque não levam em consideração diferenças importantes que, se observadas, poderiam já ter resultado em projetos fundamentais para a sociedade e o País como um todo.

São quotas, redução de jornada de trabalho, impossibilidade de contratação por interposta pessoa, ainda quando não há proibição legal para tanto, investimentos em segurança e saúde ocupacional, regulamentação do aviso prévio proporcional de forma atabalhoada, que mais dúvida do que solução traz para as empresas e os trabalhadores, gerando passivos que serão sentidos à frente, face à má regulamentação da matéria.

Aliado a esses fatores, o Tribunal Superior do Trabalho tem revisado sua jurisprudência uniformizada (Súmulas, Enunciados, Orientação Jurisprudencial), gerando dúvidas e instalando incertezas, ante a possibilidade de aplicação dos novos entendimentos em processos pendentes e em novas ações que podem ser propostas tanto pelo próprio trabalhador interessado como pelo sindicato dos trabalhadores, conforme permite a Constituição Federal.¹

2. A NOVA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST

Em 24 de maio de 2011, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho aprovou mudanças em sua jurisprudência, alterando umas e criando novas súmulas e orientações jurisprudenciais (CLT, art. 894, II e art. 896, alínea a). Essa mudança traz significativa influência na vida das empresas e, em alguns casos, afeta seriamente o setor de saúde.

Vamos comentar as alterações que atingem a área da saúde, com a finalidade de alertar os empregadores, pois o risco de passivo trabalhista é bastante relevante.

Vejam, primeiro, as Súmulas que sofreram alteração e suas implicações para o setor de saúde:

SÚMULA Nº 85. COMPENSAÇÃO DE JORNADA²

I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva.

¹ Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

² Resolução nº 174, de 2011

II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário.

III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias, e quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário.

V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva.

Essa Súmula estabelece o entendimento dos Ministros do TST sobre o regime de compensação de horas, que no setor de saúde é muito utilizado em razão da jornada de trabalho 12 x 36. É importante frisar que essa não é uma jornada diária e, tampouco, ultrapassa a jornada máxima semanal de 44 horas, pois, na maioria das convenções coletivas de trabalho,³ a jornada é estabelecida com folgas mensais, de tal sorte que o limite máximo semanal não ultrapassa 36 horas. Se ultrapassar 44 horas em alguma das semanas dentro um mês, aplicar-se-á a regra da Súmula, que determina o pagamento de horas extras, uma vez que estará presente a habitualidade.

Os empregadores devem ficar atentos a essas regras, para evitar o crescimento de passivo trabalhista, decorrente do acúmulo de horas extras.

³ Instrumento normativo fruto de negociação coletiva entre empregadores e trabalhadores que institui a jornada de trabalho 12 x 36

SÚMULA Nº 219 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – HIPÓTESE DE CABIMENTO ⁴

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula nº 219 - Res. 14/1985, DJ 26.09.1985)

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

A regra geral, na Justiça do Trabalho, é a não condenação em honorários advocatícios. A exceção fica por conta da aplicação da Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970, que trata, dentre outras matérias, da assistência judiciária na Justiça do Trabalho.

A Constituição Federal de 1988 previu expressamente competir ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas (artigo 8º, inciso III). Essa regra é pacificada hoje pela jurisprudência dominante, tanto em âmbito civil como trabalhista, de tal forma que os sindicatos podem ingressar com ações judiciais pleiteando direitos individuais homogêneos e direitos coletivos, na condição de substituto processual, ou seja, pleiteando, em nome próprio, direitos dos seus representados.

A partir da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, dentre outros dispositivos, houve alteração do artigo 114 da Constituição Federal, dispondo em seu inciso I competir à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações decorrentes das relações de trabalho e não somente das relações de emprego, o que abrange todo tipo de contrato de trabalho, ainda que não regido pela CLT.

⁴ Nova Redação – Resolução 174/2011. A redação anterior declarava ser incabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista. Foi incluído o inciso III.

Daí porque, nessas causas, o entendimento do TST é de que deve haver condenação em honorários advocatícios, além daquelas em que o sindicato dos trabalhadores figure como substituto processual.

SÚMULA Nº 291 – HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO⁵

A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

Esta súmula sofreu alteração em sua redação para incluir as expressões “total, parcial ou parcialmente”. Com efeito, isso ocorreu no início do texto “A supressão total ou parcial...”, e no momento em que se reporta ao direito à indenização ao dispor... “direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente ...” .

No mais, a Súmula não foi alterada, devendo o empregador proceder à indenização das horas extras suprimidas, conforme nela prevista.

SÚMULA 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conser-

⁵ Resolução 174/2011

vação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Esta Súmula é a regulamentação existente para a terceirização de serviços. Sua alteração mais relevante está na inclusão dos itens V e VI. O item V destina-se ao setor público, impondo responsabilidade subsidiária apenas no caso de conduta culposa no cumprimento da Lei de Licitações (Lei 8666, de 21 de junho de 1993).

O item VI, recém-inserido, afirma que a responsabilidade do tomador abrange todas as verbas decorrentes da condenação, relativas ao período da prestação de serviços.

A Súmula 331 interfere significativamente no setor de saúde, pois, pela peculiaridade da sua atividade, a terceirização de serviços é de grande importância, em razão da alta especialidade das múltiplas profissões envolvidas, quer pela forma como os hospitais precisam se adequar na formação do corpo clínico, cujas regras são ditadas por Resoluções do Conselho Federal de Medicina, quer pelos serviços complementares que precisam colocar à disposição do paciente para lhe prestar a adequada assistência.⁶

⁶ Vide Resoluções CFM 1481/1997; 1124/1983.

Vários projetos de lei estão em debate no Congresso Nacional para regulamentar a terceirização de serviços, mas não há previsão de votação por faltar consenso para apreciação da matéria.⁷

Enquanto a terceirização não recebe regulamentação legal, é o Enunciado 331, do TST, em sua redação atual, que norteia as decisões judiciais.

SÚMULA nº 364. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE

Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido.

A redação anterior dessa Súmula previa a validade da fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao previsto na CLT (30% sobre o salário do empregado, CLT, art. 193, § 1º) e proporcional ao tempo de exposição ao risco, desde que previsto em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Essa regra foi revogada, de tal sorte que o adicional há de ser pago ao trabalhador pelo valor integral, salvo se o contato com o agente perigoso for eventual, diga-se, raro, ou, sendo habitual, ele ocorra por tempo bastante reduzido.

Havendo contato permanente, ou mesmo intermitente, mas com exposição a risco, é devido o adicional de periculosidade no percentual de 30% a incidir sobre o salário do empregado.

SÚMULA Nº 369. DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA.

I - É indispensável a comunicação, pela entidade sindical, ao empregador, na forma do § 5º do art. 543 da CLT. (ex-OJ nº 34 da SBDI-1 - inserida em 29.04.1994)

II - O art. 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3.º, da CLT, a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes.

⁷ O Projeto de Lei nº 4.330/2004, de autoria do Deputado Sandro Mabel (PL/Goiás), é o que tem apoio maior da classe empresarial.

III - O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente. (ex-OJ nº 145 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998)

IV - Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade. (ex-OJ nº 86 da SBDI-1 - inserida em 28.04.1997)

V - O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho. (ex-OJ nº 35 da SBDI-1 - inserida em 14.03.1994)

A Súmula 369 vem aclarar a questão relacionada à estabilidade do dirigente sindical, tema que traz constante litígio entre empregados e empregadores, em razão da interpretação que os sindicatos de trabalhadores emprestam a essa questão.

O artigo 543, da CLT, trata dos direitos e deveres do empregado eleito para o cargo de dirigente sindical. Para cumprir seu mister, o empregado eleito não poderá ser impedido de suas funções, transferido para lugar que dificulte ou impossibilite o desempenho de suas atribuições sindicais, salvo se o pedido de transferência for postulado pelo próprio empregado.

Para o desempenho do mandato sindical, tem ele direito à licença não remunerada pelo período de tempo em que precisar ausentar-se para o desempenho de suas funções como dirigente sindical. Mas nada impede que o empregador autorize seu afastamento das funções na empresa, sem remuneração, facilitando suas atividades como dirigente sindical. A critério do empregador, esse afastamento poderá ser remunerado.

O empregado eleito para o cargo de dirigente sindical tem direito à estabilidade no emprego, a partir do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso eleito, inclusive como suplente (Constituição Federal, artigo 8º, inciso VIII), excetuando-se as hipóteses de justa causa, previstas no artigo

482, da CLT,⁸ as quais devem ser muito bem caracterizadas, sob pena de nulidade da dispensa.

Apenas os empregados eleitos para cargo de direção ou representação sindical, em número de sete (7) titulares e sete (7) suplentes, têm direito à estabilidade legal.

Outrossim, para garantir tal direito, a empresa deve ser comunicada, em 24 horas, sobre o registro da candidatura, indicando dia e hora, e, se eleito, no mesmo prazo, a eleição e posse.

No caso de categoria diferenciada, o empregado eleito para cargo de direção sindical somente será estável se exercer no local de trabalho atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para a qual foi eleito dirigente.

Nos termos da Súmula 369, o empregado perderá a estabilidade se a empresa encerrar suas atividades no âmbito da representação do sindicato, ou seja, dentro de sua base territorial.

A regra do artigo 8º, inciso VIII e § 3º, do artigo 543, da CLT, que proíbe a dispensa do empregado desde o registro de sua candidatura até um ano após o término do mandato não se aplica aos casos em que o registro da candidatura ocorrer durante o período de aviso prévio, pois, no entendimento do TST, essa norma não protege tais hipóteses.

Com tal verbete, o Tribunal Superior do Trabalho contribui para evitar o conflito entre empregados e empregadores nos casos de estabilidade do dirigente sindical.

8 Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar.

SÚMULA 349. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO EM ATIVIDADE INSALUBRE, CELEBRADO POR ACORDO COLETIVO. VALIDADE.

Essa Súmula foi cancelada pelo Tribunal Superior do Trabalho, o que gera consequências funestas para o setor de saúde.

Vejam os:

É usual no setor de saúde a adoção da jornada de trabalho 12 x 36, prevista em todas as convenções coletivas de trabalho, especialmente para o setor de enfermagem. Por meio dessa jornada, o trabalhador labora 12 horas e descansa 36 horas, adotando sistema de compensação de jornada e de plantões de trabalho.

Essa jornada é bastante útil, em especial no período noturno, pois é de conhecimento geral que a dispensa de empregado no curso da noite gera sérios riscos em relação à segurança do trabalhador, que estará mais sujeito aos infortúnios que ocorrem no período noturno.

A Súmula 349, agora revogada, continha a seguinte redação:

“A validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção de autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/88; art. 60 da CLT).”

Até a sua revogação, a Súmula 349 assegurava a realização da jornada de trabalho 12 x 36, sem necessidade de atendimento ao disposto no artigo 60º da norma consolidada. Esse dispositivo legal exige que, nas atividades insalubres, quaisquer prorrogações só podem ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de medicina do trabalho, devendo as mesmas examinar os locais de trabalho, a vistoria dos locais de trabalho será feita pelos auditores fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego, ou por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais ou municipais, por meio de convênios estabelecidos para esse fim.

⁹ Art. 60. Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo “Da Segurança e da Medicina do Trabalho” ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de medicina do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.

A jornada de trabalho 12 x 36 enquadra-se no regime de compensação de horário, pois se um dia o trabalhador labora por 12 horas, no seguinte seu período de descanso será de 36 horas, compensando-se, assim, o acréscimo de 4 horas no turno de trabalho.

Como, via de regra, as convenções coletivas de trabalho preveem, além das 36 horas de descanso, 2 folgas mensais, para evitar que a jornada semanal não ultrapasse 36 horas, sendo certo que o respeito à jornada semanal prevista em lei é observado.

Com isso, a jurisprudência predominante em nossos Tribunais tem validado a jornada de trabalho 12 x 36, desde que prevista em norma coletiva.

Ora, não é difícil perceber o impacto que a revogação da Súmula 349 provoca no setor de saúde.

Os hospitais que adotam jornada de trabalho 12 x 36 precisam requerer que autoridades do Ministério do Trabalho e Emprego realizem a vistoria prévia de que trata o artigo 60 da CLT, pois essa jornada é praticada no setor de enfermagem, atividade considerada insalubre, nos termos do Anexo XIV, da Norma Regulamentador 15, da Portaria 3214, de 1978, do Ministério do Trabalho, que traça normas sobre Segurança e Medicina do Trabalho.

A ausência de autorização para a realização da jornada de trabalho 12 x 36, assim como outra jornada de compensação, gera para os hospitais e demais estabelecimentos de saúde que adotam o regime de compensação de jornada de trabalho a nulidade da sua adoção, o que tem como consequência a provável condenação em pagamento de horas extras naquilo que ultrapassar a 8ª hora trabalhada, além do risco de autuação fiscal pelos auditores fiscais do trabalho, com imposição de multa pelo descumprimento da regra do indigitado artigo 60 da CLT.

Por se tratar de norma que diz respeito à saúde do trabalhador, é considerada de ordem pública, o que inviabiliza qualquer negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores que tenha por finalidade a não aplicação da regra do artigo 60, da CLT.

A solução ideal seria a revalidação do Enunciado 349, pelo próprio TST, pois, do contrário, é recomendável às empresas de saúde que não mais adotem a jornada de trabalho 12 x 36.

Orientações Jurisprudenciais

Por meio da Resolução nº 175, de 24 de maio de 2011, o Tribunal Superior do Trabalho revisou parte e cancelou outras Orientações Jurisprudenciais (OJs), da SBDI-1 daquela Corte. Dessas, destacamos as que trazem maiores implicações aos estabelecimentos de saúde.

OJ Nº 191 – CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE (nova redação)

Diante de inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

Na redação anterior não constava da OJ 191 a especificação de contrato de empreitada de “construção civil”. A introdução desses termos delimita a aplicação dessa Orientação Jurisprudencial, norteadando a aplicação do instituto da responsabilidade solidária ou subsidiária ao caso concreto, quando do julgamento de uma demanda trabalhista.

OJ Nº 215 – VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA. (Cancelada).

Dizia o texto da OJ cancelada:

“É do empregado o ônus de comprovar que satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte.”

O cancelamento dessa Orientação Jurisprudencial transfere ao empregador o ônus de provar que eventual não concessão de vale-transporte deu-se em razão de o trabalhador não satisfazer os requisitos para a obtenção desse benefício.

O vale-transporte foi instituído pela Lei nº 7.418, de 16 de dezembro de 1985, consistindo na antecipação pelo empregador das despesas de deslocamento do empregado entre sua residência e o trabalho e vice-versa, por meio do sistema de transporte público, urbano ou intermunicipal e/ou interestadual com características semelhantes aos urbanos.

O artigo 7º do Decreto nº 95.247, de 17 de novembro de 1987, dispôs sobre as condições para que o empregado tenha direito ao vale-transporte, ao estabelecer:

Art. 7º. Para o exercício do direito de receber o Vale-Transporte o empregado informará ao empregador, por escrito:

I - seu endereço residencial;

II - os serviços e meios de transporte mais adequados ao seu deslocamento residência-trabalho e vice-versa.

§ 1º. A informação de que trata este artigo será atualizada anualmente ou sempre que ocorrer alteração das circunstâncias mencionadas nos itens I e II, sob pena de suspensão do benefício até o cumprimento dessa exigência.

§ 2º. O beneficiário firmará compromisso de utilizar o Vale-Transporte exclusivamente para seu efetivo deslocamento residência-trabalho e vice-versa.

§ 3º. A declaração falsa ou o uso indevido do Vale-Transporte constituem falta grave.

Compete ao empregador obter por escrito e com assinatura do trabalhador as informações necessárias para que este último tenha direito à utilização do vale-transporte. Esse documento deve ser anualmente atualizado e sempre que o percurso ou as circunstâncias do deslocamento do trabalhador forem alterados, a fim de que o empregador tenha elementos suficientes para fazer prova necessária de que adotou as cautelas destinadas a conhecer a necessidade do trabalhador em relação ao vale-transporte.

Sem documentar, ficará o empregador impossibilitado de fazer prova e certamente será condenado a indenizar o trabalhador pela alegada não concessão do vale-transporte, com o risco de responder por dano moral, hoje, pleito tão comum na Justiça do Trabalho.

A alteração de entendimento jurisprudencial, em especial no Judiciário Trabalhista, tem sido constante. Embora a revisão da jurisprudência seja necessária para se adequar às mudanças sociais, é importante que se limite a vigência do novo entendimento, para evitar a insegurança jurídica tão prejudicial à economia do País. Isto exige que os Tribunais Superiores, STF, STJ e TST, adotem a modulação temporal dos efeitos da decisão judicial, traçando as regras relativas à aplicação de mudança jurisprudencial.

DA MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL

A modulação temporal dos efeitos da decisão judicial significa a limitação temporal a ser observada para a aplicação de determinada decisão judicial, ou seja, a partir de que momento um comando judicial passa a produzir seus efeitos.

Ensina o Ilustre Professor Luiz Roberto Barroso¹⁰ em parecer elaborado a pedido da Ordem dos Advogados do Brasil, face ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, nos autos dos Recursos Extraordinários 377457/PR e 381964/MG, que decidiu pela incidência da Cofins para as sociedades prestadoras de serviços profissionais:

“Na linha da jurisprudência do STF, a modulação temporal dos efeitos de decisão judicial pode ocorrer em quatro hipóteses: a) declaração de inconstitucionalidade em ação direta¹; b) declaração incidental de inconstitucionalidade²; c) declaração de constitucionalidade em abstrato³; e d) mudança de jurisprudência. A hipótese dos autos é, sem dúvida, esta última: mudança de jurisprudência. Precedentes emblemáticos e recentes do emprego da modulação temporal em tais casos, como se sabe, foram a mudança de entendimento da Corte relativamente (i) à competência para ações acidentárias, que passou da Justiça Estadual para a Justiça do Trabalho⁴; e (ii) ao regime de fidelidade partidária⁵”.

O instituto da modulação dos efeitos das decisões judiciais tem importante repercussão para os jurisdicionados, pois estabelece a partir de quando uma decisão judicial produz seus efeitos. Mormente em casos onde há mudança de entendimento jurisprudencial é de suma importância delimitar a vigência da nova regra, para impedir que a insegurança jurídica se instale, gerando prejuízos incomensuráveis para a economia do País e, por consequência, para toda a sociedade.

O denominado Controle Concentrado de Constitucionalidade, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI e a Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC, reguladas pela Lei nº 9868, de 10/11/1999, encontra expressa previsão legal no que diz respeito à modulação dos efeitos da decisão do STF nas aludidas ações.

¹⁰ BARROSO, Luiz Roberto. Modulação dos Efeitos Temporais de Decisão que Altera Jurisprudência Consolidada: quórum de deliberação. Brasília, out. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/Cofins.pdf>

De fato, o artigo 27 da referida Lei expressa: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Assim, competirá ao STF estabelecer o alcance temporal quanto aos efeitos da decisão proferida em ADI e ADC, ou mesmo sobre o tema nada dispor, vez que não há tal dever aos Ministros do STF, mas prerrogativa a ser examinada em cada caso concreto.

No caso vertente, trata-se de mudança de jurisprudência, sendo inaplicável o comando do artigo 27, da Lei nº 9868/99, porque não há pronunciamento do STF sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma legal.

Ora, inexistindo regra jurídica específica para o tema aqui abordado - mudança de entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho -, há que se buscar nos princípios jurídicos que norteiam a proteção da confiança legítima e a boa-fé a base de sustentação para a não retroação do novo entendimento do colegiado.

Com efeito, muito utilizados no Direito Tributário, os princípios jurídicos são o alicerce do Estado Democrático de Direito na aplicação das normas jurídicas.

A Constituição Federal, em seu preâmbulo, assegura que a República Federativa do Brasil constitui-se no Estado Democrático de Direito, com vistas a assegurar a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira.¹¹

O princípio da segurança jurídica é dos mais basilares do direito brasileiro.

O Professor Paulo de Barros Carvalho,¹¹ um dos mais consagrados juristas contemporâneos, em matéria de direito tributário, ensina: “Princípio da Segurança Jurídica. Não há por que confundir a *certeza do direito* naquela acepção de índole sintática, com o cânone da *segurança jurídica*. Aquele é o atributo essencial, sem o que não se produz enunciado normativo com o *sentido deôntico*; este último é decorrência

11 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 108.

de fatores sistêmicos que utilizam o primeiro de modo racional e objetivo, mas dirigido à implantação de um valor específico, qual seja, o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada, lhes dá a garantia do passado. Essa bidirecionalidade *passado/futuro* é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança nas relações jurídicas, motivo por que dissemos que o princípio depende de fatores sistêmicos. Quanto ao passado, exige-se um único postulado: o da irretroatividade, que mais adiante será objeto de nossas reflexões. No que aponta para o futuro, entretanto, muitos são os expedientes principiológicos necessários para que se possa falar na efetividade do primado da segurança jurídica.

Desnecessário encarecer que a segurança das relações jurídicas é indissociável do valor *justiça*, e sua realização concreta se traduz numa conquista paulatinamente perseguida pelos povos cultos”

O Supremo Tribunal Federal tem adotado a modulação temporal dos efeitos da decisão judicial para preservar a segurança jurídica, conforme demonstram os julgados abaixo:

STF, DJU 09/12/2005 – CC 7204/MG, Rel. Min. Carlos Brito: “O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder à revisão de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Texto Magno.”

STF, DJU, 03/10/2008, MS 26604/DF, Relatora Ministra Carmem Lúcia “(...) 10. Razões de segurança jurídica, e que se impõem também na evolução jurisprudencial, determinam seja o cuidado novo sobre tema antigo pela jurisprudência concebido como forma de certeza

e não causa de sobressaltos para os cidadãos. Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o direito de o Impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, com a modulação dos efeitos da decisão para que produzam eles a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398/97”.

Desta sorte, parece-nos que a modulação dos efeitos das decisões judiciais é o caminho a ser percorrido para que a mudança de entendimento jurisprudencial assegure a atualização da jurisprudência, sem pôr em risco o princípio da segurança jurídica, e, ao mesmo tempo, respeitando-se os primados do Estado Democrático de Direito contido no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, dentre os quais se encontram os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, inclusive pelo Tribunal Superior do Trabalho quando da reforma de sua jurisprudência consolidada.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi alertar os empregadores da área de saúde sobre o impacto que os novos entendimentos do Tribunal Superior do Trabalho podem trazer, com vistas a evitar passivos trabalhistas que comprometam a atividade empresarial.

De seu lado, espera-se que o Tribunal Superior do Trabalho, órgão máximo da Justiça do Trabalho, adote a modulação dos efeitos das decisões judiciais estabelecendo o termo *a quo* de vigência das mudanças ocorridas, evitando o risco de proposituras de milhares de ações visando obter benefícios em razão das novas Súmulas e Orientações Jurisprudenciais, com a instalação da total insegurança jurídica que só prejuízos impõe ao País.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, José Henrique Mouta. Impugnação e Embargos do Devedor nos Títulos Executivos Inconstitucionais: a ampliação do caráter vinculante das decisões do STF. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 71, fev. 2009.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Relativização da Coisa Julgada Tributária Inconstitucional x Princípio da Segurança Jurídica. **Revista Dialética de Direito Tributário** nº 129, p. 35-49, jun. 2006.
- BARROSO, Luiz Roberto. Modulação dos Efeitos Temporais de Decisão que Altera Jurisprudência Consolidada: quórum de deliberação. Brasília, out. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/Cofins.pdf>
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MATOS, Aroldo Gomes de. Segurança Jurídica Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 102, mar. 2004.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- PRADE, Péricles. Informações sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 55, out. 2007.
- SAAD, Eduardo Gabriel, SAAD, José Eduardo Duarte, SAAD C., Ana Maria. Branco. **Consolidação das Leis do Trabalho Comentada**. 44. ed. São Paulo: LTR, 2011.
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: [HTTP://www.tst.jus.br/ojs](http://www.tst.jus.br/ojs)
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/Sumulas>.



**ISENÇÃO DA COFINS PARA
SOCIEDADES MÉDICAS - REVOGAÇÃO
DA SÚMULA 276 DO STJ EM FACE DA
DECISÃO DO STF -
EFEITOS MODULATÓRIOS**

*José Eduardo Dornelas Souza**

*José Rilton Tenório Moura ***

*

Advogado nos estados de Alagoas, Sergipe e Bahia, pós-graduado em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, pós-graduado em Direito público pela Faculdade Baiana de Direito (2008), sócio-fundador do escritório Tenório e Dornelas Advogados Associados, membro titular do Conselho jurídico da Confederação Nacional de Saúde; assessor jurídico do SINDHOSFEIRA – Sindicato das Clínicas e Hospitais de Feira de Santana/BA; assessor jurídico do SINDHOSE - Sindicato dos Hospitais e Clínicas do Estado do Sergipe.

**

Advogado nos Estados de Alagoas, Sergipe e Bahia, Pós-Graduado em Direito Tributário pela Universidade Federal da Bahia; Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto Luiz Flavio Gomes; Assessor Jurídico da FEBASE – Federação Baiana de Saúde; do SINDHOSFEIRA – Sindicato das Clínicas e Hospitais de Feira de Santana/BA; do SINDHOSE - Sindicato dos Hospitais e Clínicas do Estado do Sergipe, sócio-fundador do escritório TENORIO & DORNELAS ADVOGADOS ASSOCIADOS

ISENÇÃO DA COFINS PARA SOCIEDADES MÉDICAS - REVOGAÇÃO DA SÚMULA 276 DO STJ EM FACE DA DECISÃO DO STF - EFEITOS MODULATÓRIOS

José Eduardo Dornelas Souza
José Rilton Tenório Moura

A Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social - Cofins foi instituída por meio da Lei Complementar nº 70/1991.

Em seu artigo 6º, inciso II¹, a referida norma isentou desse pagamento as Sociedades Cívis elencadas no Decreto-Lei n.º 2.397/87, quais sejam:

“sociedades civis de prestações de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, registradas no registro civil das pessoas jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no país.”

Dessa forma, para possuir direito à isenção da Cofins as sociedades médicas deveriam ser:

- 1 - sociedades civis de prestações de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada;
- 2 - registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas;
- 3 - constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no país.

Entretanto, após a edição da Lei Ordinária nº 9.430/1996, em seu artigo 56², passou-se a exigir o recolhimento da Cofins das referidas sociedades a partir de Abril/1997.

Sob o forte argumento de que a Lei Ordinária 9430/96 não poderia ter instituído a cobrança da Cofins para as sociedades civis de profissões regulamentadas, uma vez que havia vedação legal expressa contida na Lei Complementar 70/91 em sentido contrário, os contribuintes passaram a questionar a referida alteração junto ao Poder Judiciário.

1 Art. 6º São isentas da contribuição:II - as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987.

2 **Art. 56.** As sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

O Superior Tribunal de Justiça, em 03/03/1998, ao julgar o primeiro processo a respeito da matéria decidiu no sentido de que as Sociedades Civis **eram isentas do pagamento da Cofins**, não prevalecendo a alteração contida no artigo 56 da Lei nº 9.430/96.

Até que em 2003, após reiteradas decisões e julgados, todos favoráveis aos contribuintes, o STJ editou a Súmula n.º 276, com o seguinte enunciado: “*Súmula n.º 276 – As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado.*”

Ratificando o direito, em **08/10/2003**, após o pedido de uma nova análise a respeito da Súmula 276, por 6 votos a 2, o Superior Tribunal de Justiça encerrou de uma vez por todas a discussão acerca da matéria – pelo menos era isso que todos os contribuintes interessados pensavam –, prevalecendo a isenção contida na Lei Complementar n.º 70/91 para as Sociedades Civis.

Digno de nota e aplausos foi o voto brilhantemente emocionante proferido pelo Ministro Humberto Gomes de Barros do STJ, abaixo transcrito:

“Dissemos sempre que sociedade de prestação de serviço não paga a contribuição. Essas sociedades, confiando na Súmula nº 276 do Superior Tribunal de Justiça, programaram-se para não pagar esse tributo. Crentes na súmula elas fizeram gastos maiores, e planejaram suas vidas de determinada forma. Fizeram seu projeto de viabilidade econômica com base nessa decisão. De repente, vem o STJ e diz o contrário: esqueçam o que eu disse; agora vão pagar com multa, correção monetária, etc., porque nós, o Superior Tribunal de Justiça, tomamos a lição de um mestre e esse mestre nos disse que estávamos errados. Por isso, voltamos atrás.”

Nós somos os condutores, e eu – Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam – sinto-me triste. Como contribuinte, que

ISENÇÃO DA COFINS PARA SOCIEDADES MÉDICAS - REVOGAÇÃO DA SÚMULA 276 DO STJ EM FACE DA DECISÃO DO STF - EFEITOS MODULATÓRIOS

José Eduardo Dornelas Souza
José Rilton Tenório Moura

também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele voo trágico em que o piloto se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim. Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme boia, cheia de pessoas, é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da boia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina quando todos os passageiros da boia estão dentro do mar.

Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados.

Peço vênia para acompanhar o Ministro Peçanha Martins. Com essas considerações e louvando-me nesse precedente da lavra do Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, peço vênia ao eminente Ministro-Relator para aderir à divergência.³

Entendemos que as súmulas correspondem a enunciados que expressam o entendimento majoritário de uma determinada Corte de Justiça, têm como objetivo servir de parâmetro a todas as decisões que se refiram ao mesmo tema.

³ STJ - 1ª Seção; AgRg no REsp nº 382.736-SC; Rel. p/ o acórdão Min. Francisco Peçanha Martins; j. 8/10/2003; maioria de votos.

Igualmente emocionante, encontramos o voto proferido nos autos do AEREsp nº228432

“Meditei sobre o tema, e consolidei minha certeza de que o tema é de nossa alçada. A orientação partiu da Segunda Turma. O acórdão foi lavrado pelo Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Dele participaram o Ministro-Relator, a Ministra Eliana Calmon e os Ministros Franciulli Netto, Laurita Vaz e Paulo Medina. Para mim, essa é a orientação definitiva a ser seguida pelos tribunais e pelos contribuintes. Outra razão, que adoto como fundamento de voto, finca-se na natureza do Superior Tribunal de Justiça. Quando digo que não podemos tomar lição, não podemos confessar que a tomamos. Quando chegamos ao Tribunal e assinamos o termo de posse, assumimos, sem nenhuma vaidade, o compromisso de que somos notáveis conhecedores do Direito, que temos notável saber jurídico. Saber jurídico não é conhecer livros escritos por outros. Saber jurídico a que se refere a CF é a sabedoria que a vida nos dá. A sabedoria gerada no estudo e na experiência nos tornou condutores da jurisprudência nacional. Somos condutores e não podemos vacilar. O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós - os integrantes da Corte - não observarmos as

ISENÇÃO DA COFINS PARA SOCIEDADES MÉDICAS - REVOGAÇÃO DA SÚMULA 276 DO STJ EM FACE DA DECISÃO DO STF - EFEITOS MODULATÓRIOS

José Eduardo Dornelas Souza
José Rilton Tenório Moura

decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.”

Ora, diante de tais palavras, proferidas pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, os contribuintes não tinham mais dúvidas de que poderiam usufruir das decisões que lhes haviam sido favoráveis.

Pobres contribuintes!

Sob o fundamento de usurpação de competência, o assunto foi parar no Supremo Tribunal Federal – STF.

Assim, no ano de 2007, por deliberação do Ministro Gilmar Mendes, o Recurso Extraordinário sobre a matéria foi encaminhado ao Pleno, para a votação dos Ministros do STF. Dessa forma, o julgamento da isenção da Cofins restou definido depois de finalizada a votação em 17 de setembro de 2008, em que os 11 ministros votaram, sendo que oito votaram pela validade da revogação da isenção, por não haver exatamente hierarquia de leis no ordenamento jurídico brasileiro, mas tão-somente competências relativas a cada espécie.

Ora, diante do exposto acima, percebemos que as sociedades civis, antes do julgamento da Corte Suprema sobre a causa, tinham em seu poder o entendimento tranquilo e pacífico sobre o fato de serem isentas do recolhimento da Cofins. Confiando na Súmula 276, nos reiterados julgados do STJ (evidentemente), as sociedades civis de profissões regulamentadas passaram a não mais recolher a referida contribuição, inclusive indo buscar os valores, tidos na época como indevidos, sob a forma de creditamento via compensação administrativa (encontro de contas), com outras contribuições e impostos devidos à Fazenda Nacional

DOS EFEITOS MODULATÓRIOS

Irresignados, os contribuintes passaram a defender a tese de que havia uma segurança jurídica a amparar as sociedades civis de

profissão regulamentada, posto que o entendimento favorável considerando a manutenção da isenção encontrava-se até sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Urge ressaltar que o Princípio da Segurança Jurídica possui conexão direta com os direitos fundamentais e ligação com determinados princípios que dão funcionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como, a irretroatividade da lei, o devido processo legal, o direito adquirido, entre outros.

Podemos afirmar que sendo a jurisprudência uma das fontes do Direito, traduz-se em uma exigência de uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência. Assim é que, nas palavras do saudoso jurista Miguel Reale, “a jurisprudência possui uma função reveladora do Direito que produz uma norma que vem a completar o seu sistema objetivo”⁴.

Em especial, no caso em tela, independentemente do texto legal ter sido violado ou de princípios constitucionais, ou seja, competência ou não do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, temos que uma matéria sumulada por um Tribunal Superior tem a prerrogativa de dar alguma segurança ao contribuinte. Do contrário, para que valeriam as súmulas então?

Já o disse o Prof. Dalmo Dalari que: “entre as principais necessidades e aspirações das sociedades humanas encontra-se a segurança jurídica. Não há pessoa, grupo social, entidade pública ou privada que não tenha necessidade de segurança jurídica, para atingir seus objetivos e até mesmo para sobreviver”.⁵

Para Lenio Luiz Streck, “Constituição não tem somente a tarefa de apontar o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados”.⁶

4 Miguel Reale afirma que toda fonte de direito implica uma estrutura normativa de poder, podendo ser considerado quatro tipos de fontes, quais sejam, o processo legislativo, a jurisdição, os usos e costumes jurídicos e a fonte negocial. Vale frisar que o juiz, muitas vezes, atualiza o sentido possível da lei, ajustando-a às circunstâncias e contingências do momento, caracterizando a jurisprudência como fonte de direito. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

5 DALARI, Dalmo. *Segurança e Direito: o Renascer do Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 26

6 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ISENÇÃO DA COFINS PARA SOCIEDADES MÉDICAS - REVOGAÇÃO DA SÚMULA 276 DO STJ EM FACE DA DECISÃO DO STF - EFEITOS MODULATÓRIOS

José Eduardo Dornelas Souza
José Rilton Tenório Moura

Aliado aos argumentos acima, não podemos nos furtar em falar no texto legal contigo introduzido no ordenamento jurídico, por meio da Lei 9.868/99, a chamada modulação temporal dos efeitos da decisão sobre inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

O artigo 27 da citada Lei expressa que *“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”*.

Essa norma, ao permitir que o Supremo Tribunal Federal estabeleça limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, permite também que o Supremo, ao examinar a regularidade da lei em face da Constituição, não se atenha apenas, cegamente, aos aspectos jurídicos da questão, mas que ele possa cumprir, efetivamente, o desempenho de sua missão de guardião da Constituição, exatamente a de tornar a Constituição um instrumento vivo, adaptando-a às novas condições sociais.

Aliás, a exemplo do art. 27 da Lei 9.868/99, transcrito, também no art. 11, § 1^º da Lei 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1^º do art. 102 da Constituição Federal, foi prevista a mesma hipótese de exceção à regra da nulidade do ato impugnado.

Sobre o tema, Paulo Barros de Carvalho expressa que:

“A Segurança Jurídica, muito embora não disponha de enunciado exposto no Texto Constitucional de 1988, é tomada pela doutrina como princípio basilar do ordenamento jurídico nacional, fortemente influenciado por vetores axiológicos e dirigido à implantação de um valor específico, qual seja, o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento

7 1^ª A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta”.⁸

Assim, é por demais importante que haja segurança jurídica, havendo força como sobreprincípio em nosso ordenamento jurídico, gerando efeitos de estabilidade e confiabilidade.

Dentro dessa linha de raciocínio poder-se-ia argumentar que a tributação pela Cofins de sociedades civis legalmente regulamentadas só seria possível a partir da decisão da Corte Suprema em sentido contrário ao estabelecido na Súmula 276 do STJ, ou em outro momento que decidir a Corte.

Sobre o caso, já temos jurisprudência formada dos Tribunais Regionais e também decisão da Corte Suprema. Vejamos:

-STF:
Rcl 11476

“Aplicação da modulação dos efeitos da decisão, no sentido de que o recolhimento da Cofins deva ser efetivado, tão-somente, a partir da data deste julgamento”.

Antes que o Pretório Excelso firmasse esse entendimento, a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região julgou procedente a pretensão de particular em Mandado de Segurança, entendendo ser inadmissível a revogação da LC 70/91 por via de lei ordinária, asseverando ter sido proposital a escolha de lei complementar para isentar as sociedades civis do pagamento da Cofins, em face de ser esse o instrumento legislativo mais rígido. Esse *decisum* foi desconstituído por meio de Ação Rescisória; entretanto, aquele órgão colegiado optou por conferir efeitos meramente prospectivos ao julgado, com fulcro nos seguintes argumentos:

⁸ CARVALHO, Paulo Barros de. *Curso de Direito Tributário*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 149

ISENÇÃO DA COFINS PARA SOCIEDADES MÉDICAS - REVOGAÇÃO DA SÚMULA 276 DO STJ EM FACE DA DECISÃO DO STF - EFEITOS MODULATÓRIOS

José Eduardo Dornelas Souza
José Rilton Tenório Moura

“(...) em se tratando de manutenção da isenção por sentença judicial transitada em julgado, portanto sem caráter de precariedade, não pode ser desconstituída com efeito retroativo, sem cometer-se grave injustiça, por desatendimento ao princípio da segurança jurídica. Por tais fundamentos, reconheço a modulação dos efeitos para que a cobrança da referida contribuição ocorra, tão-somente, a partir do julgamento da presente ação”.

Percebe-se, de plano, que o Tribunal Regional Federal considerou um fator que não foi apreciado pelo Supremo: a boa-fé do particular, que deixou de recolher o tributo por estar amparado por sentença judicial transitada em julgado.

Apesar de haver previsão legal para a modulação de efeitos apenas no controle abstrato de constitucionalidade, conforme o art. 27 da Lei nº 9.868/99, certo é que a jurisprudência da Corte Suprema admite a sua utilização também no controle incidental ou por via de exceção, como fixado no *leading case* do RE nº 197.917 (Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julg. em 06/06/2002).

Basta um exercício silogístico para concluir que, se a modulação de efeitos pode ocorrer também no controle incidental de constitucionalidade, e se essa espécie de controle é da competência de qualquer órgão jurisdicional brasileiro, a decisão de Tribunal Regional Federal que determina que seu julgado tenha efeitos prospectivos não usurpa nenhuma competência privativa deste Pretório Excelso. (Ministro Luiz Fux - Relator).

Dessa forma, o Ministro Luiz Fux, do STF, negou pedido de liminar postulado pela União que requereu que os efeitos da decisão do STF retroagissem para anular os efeitos da decisão judicial favorável ao contribuinte, determinando que tão-somente os efeitos da decisão suprema atingissem a parte A PARTIR DA MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA.

O Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região já adota esse entendimento. Vejamos:

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 6025/CE (2008.05.00.060637-7)
AUTOR : FAZENDA NACIONAL
RÉU : AMAILZA SOARES PAIVA - ADVOCACIA &
CONSULTORIA S/C
ADV/PROC : AMAILZA SOARES PAIVA E OUTRO
ORIGEM : 10ª VARA FEDERAL DO CEARÁ - CE
RELATOR : DES. FED. FRANCISCO WILDO

“Destarte, perfilhando o entendimento esposado na Suprema Corte, há de ser rescindido o acórdão emanado da Quarta Turma deste e. Tribunal que, à época, entendeu ser indevida a revogação em comento, por ter se dado através de lei ordinária.

Quanto à modulação de efeitos da decisão de rescisão, na espécie, o Pleno desta e. Corte, quando do julgamento da AR nº 5471-PE, em 03.10.07, Relator p/ Acórdão o Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, manifestou-se, à maioria, favoravelmente, assegurando que a rescisão teria efeitos ex nunc. Embora houvesse sustentado opinião diversa e ficado vencido, na ocasião, rendi-me aos argumentos expostos, na sessão deste julgamento e na apreciação desta mesma questão em feito anterior, no voto do Des. Federal Francisco Queiroz, de que, em se tratando de manutenção da isenção por sentença judicial transitada em julgado, portanto sem caráter de precariedade, não pode ser desconstituída com efeito retroativo, sem cometer-se grave injustiça, por desatendimento ao princípio da segurança jurídica. Por tais fundamentos, reconheço a modulação dos efeitos para que a cobrança da referida contribuição ocorra, tão-somente, a partir do julgamento da presente ação.”

A questão do efeito modulatório não é uma novidade trazida pelas Leis de 1999 retro citadas. Na vigência da ordem constitucional an-

ISENÇÃO DA COFINS PARA SOCIEDADES MÉDICAS - REVOGAÇÃO DA SÚMULA 276 DO STJ EM FACE DA DECISÃO DO STF - EFEITOS MODULATÓRIOS

José Eduardo Dornelas Souza
José Rilton Tenório Moura

tecedente, nos idos de 1977, o STF já vinha reconhecendo a natureza constitutiva ou desconstitutiva, como queiram, da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, conforme se verifica do RE nº 79.343/BA, relatado pelo Min. Leitão de Abreu, ao argumento de que a tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias e quando ainda não declarada inconstitucional a lei, se apure até que ponto a retroatividade da decisão pode prejudicar aquele que teve por legítimo o ato praticado sob a égide do normativo, fundado na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.

A Corte Suprema tende a conferir efeito prospectivo à decisão de inconstitucionalidade pronunciada no controle difuso de constitucionalidade. É o caso do RE nº 560. 626/ RS em que se declarou a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que versavam sobre matéria submetida à reserva de lei complementar.

Vitor Nunes Leal ensina:

“Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis”.

Da mesma forma, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, atuando como legislador negativo, tendo em vista a necessidade de assegurar a prevalência das normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal estará tomando decisão capaz de gerar repercussões econômicas, sociais e políticas, e de causar, também, danos irreparáveis.

A atividade legislativa deve ser exercida de acordo com os princípios constitucionais. A lei não pode conflitar com a Constituição, sob pena de nulidade. Da mesma maneira, também o poder regulamentar deve ser exercido dentro dos limites traçados pela lei, porque em face do princípio da legalidade, somente a lei poderá gerar direitos e deve-

res. A hierarquia das normas jurídicas exige, portanto, que sejam controlados os eventuais conflitos e contradições existentes entre esses instrumentos jurídicos.

CONCLUSÃO

Em conclusão, temos por esperança que a modulação dos efeitos na discussão sobre a isenção da Cofins por sociedades civis seja confirmada pelo Pleno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de forma a salvaguardar aqueles contribuintes que após esperar anos por decisão judicial transitada em julgada passaram a utilizar os benefícios fiscais decorrentes da citada decisão, nos seus exatos termos, privilegiando a boa-fé desses contribuintes, além de prevenir grave injustiça, por desatendimento ao princípio da segurança jurídica, posto que, em época não distante, o Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA veio à sociedade sustentando não só sua competência de decidir a citada matéria, como reafirmou seu posicionamento favorável ao contribuinte, nos termos extraídos da Súmula 276.





Direito e Saúde
2012

**LIVRE INICIATIVA,
CONTROLE DE PREÇOS
E LIMITES DA
ATUAÇÃO ESTATAL¹**

Luís Roberto Barroso

¹ Trabalho desenvolvido com a colaboração de Ana Paula de Barcellos e Karin Khalili Dannemann.

Ementa: *Resolução nº 03/2009 e Orientação Interpretativa nº 05/2009 expedidas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). Pretensão de limitar ao “preço fabricante” a cobrança feita pelos hospitais privados em relação aos medicamentos empregados nos tratamentos hospitalares. Ilegalidade e inconstitucionalidade.*

I. Hipótese e consulta

II. Ilegalidade da Resolução CMED nº 03/2009, nos termos da Orientação Interpretativa nº 05/2009

II.1. Breve nota teórica: o princípio da legalidade e os limites da atuação regulamentar da Administração Pública

II.2. A legislação pertinente. Prestação privada de assistência à saúde e livre iniciativa, regime jurídico do fornecimento de medicamentos por hospitais privados e previsão legal de lucro. Invalidez da Resolução nº 03/2009

III. Constituição, ordem econômica e intervenção estatal em matéria de preços privados

III.1. A Constituição e a ordem econômica: princípios e agentes

III.2. Disciplina estatal de preços privados: limites e pressupostos

III.3. O setor de medicamentos e o controle de preços: disciplina legal e papel da CMED. Manutenção da proteção constitucional à livre iniciativa

IV. Conclusão

I. Hipótese e consulta

1. Trata-se de consulta formulada pela Associação Nacional de Hospitais Privados (ANAHP), por seu advogado, Dr. Renato Nunes, acerca da validade da Resolução nº 3, de 4.05.2009, expedida pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), bem como do sentido que a mesma CMED pretendeu dar a essa Resolução por meio da Orientação Interpretativa nº 5, editada em 12.11.2009.

Registre-se desde logo que a CMED é um órgão do Poder Executivo Federal, formado por vários Ministros de Estado², e que a questão subjacente envolve a cobrança, levada a cabo pelos hospitais privados, dos medicamentos utilizados ao longo de tratamentos e internações, bem como a pretensão da CMED de obrigá-los a cobrar exclusivamente o valor do custo de tais medicamentos.

2. A Resolução nº 3, publicada no DOU de 6.11.2009, tem o seguinte teor:

RESOLUÇÃO nº 3, de 4 de maio de 2009

Proíbe a aplicação de Preço Máximo ao Consumidor □ PMC a medicamentos de uso restrito a hospitais.

A Secretaria-Executiva faz saber que O CONSELHO DE MINISTROS da CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS - CMED, no uso das competências atribuídas pelos incisos I, II, V, VIII e XIII do art. 6º da Lei nº. 10.742, de 2003, e na observância da Orientação Interpretativa nº. 2, de 13 de novembro de 2006, aprovou a seguinte RESOLUÇÃO:

Art. 1º. Preço Fabricante - PF é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz.

Art. 2º. Preço Máximo ao Consumidor – PMC é o teto de preço a ser praticado pelo comércio varejista, ou seja, farmácias e drogarias. Parágrafo único. As farmácias e drogarias, quando realizarem vendas destinadas a entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão praticar o teto de preços do Preço Fabricante – PF, de que trata o artigo 1º.

² A CMED foi criada pela Lei nº 10.742/03 e regulamentada pelo Decreto nº 4.766/03 (alterado pelo Decreto nº 5.022/04), que define sua composição nos seguintes termos: "Art. 3º A CMED será composta pelos seguintes Ministros de Estado, que, em conjunto, formarão o Conselho de Ministros: I - da Saúde, que o presidirá; II - Chefe da Casa Civil da Presidência da República; III - da Justiça; IV - da Fazenda. V - do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. (Incluído pelo Decreto nº 5.022, de 2004) § 1º O Conselho de Ministros será o órgão de deliberação superior e final da CMED. § 2º Os Ministros de Estado indicarão suplentes, que terão poderes para representá-los em suas ausências. § 3º O Conselho de Ministros deliberará mediante resoluções, com a presença de todos os seus membros ou de suplente formalmente indicado. § 4º As decisões do Conselho de Ministros serão tomadas por unanimidade. § 5º Sempre que constarem da pauta assuntos da área de atuação de outros órgãos e entidades da administração pública federal, os respectivos titulares poderão ser convidados a participar de reuniões do Conselho de Ministros da CMED."

Art. 3º. Fica proibida a publicação de Preço Máximo ao Consumidor – PMC, em qualquer meio de divulgação, para medicamentos cujo registro defina ser o mesmo ‘de uso restrito a hospitais e clínicas’.

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

3. A consulente informa que a redação um tanto contraditória da Resolução nº 3/2009 gerou controvérsias acerca de sua correta interpretação, levando a CMED a editar, em 12.11.2009, a Orientação Interpretativa nº 5, publicada no DOU de 23.11.2009. Com efeito, embora a epígrafe da Resolução indique que ela *“proíbe a aplicação de Preço Máximo ao Consumidor - PMC a medicamentos de uso restrito a hospitais”*, seu art. 3º proíbe apenas a “publicação” do PMC para esta classe de medicamentos. Da Orientação Interpretativa, por seu turno, consta que *“os hospitais, quando prestam serviços que envolvem o fornecimento de medicamentos, como dispensários de medicamentos, não podem aplicar o Preço Máximo ao Consumidor”*.

4. Na prática, a Resolução nº 3/2009, nos termos da Orientação Interpretativa nº 5/2009, impõe aos hospitais privados que cobrem apenas o Preço Fabricante (PF) – isto é: o custo de aquisição do produto –, pelos medicamentos utilizados em tratamentos hospitalares. Segundo a consulente, essa nova regra interfere gravemente nas relações entre hospitais e operadoras de planos e seguros de assistência à saúde, principais responsáveis pela receita dos hospitais privados do país. E isso porque, ainda segundo a consulente, a prática nas relações entre hospitais privados e pacientes e/ou operadoras de planos e seguros de saúde sempre foi a cobrança dos valores constantes de tabela identificada como “BRASÍNDICE”, que veicula o Preço Máximo ao Consumidor (PMC) de medicamentos, inclusive os de uso hospitalar. Desde a publicação da Resolução nº 3/2009 da CMED, porém, as operadoras de planos e seguros de saúde vêm se negando a reembolsar valores maiores que o Preço Fabricante, mesmo em relação a obrigações decorrentes de contratos anteriores à Resolução.

5. Tendo em conta o quadro exposto, a consulente indaga se a Resolução nº 3/2009 da CMED, em particular com o sentido que lhe pretendeu atribuir a Orientação Interpretativa nº 5/2009, seria compatível com a legislação pertinente bem como com os princípios que re-

gem a ordem econômica na Constituição de 1988. A resposta é negativa para as duas questões, isto é: as normas editadas pela CMED são ilegais e igualmente incompatíveis com os princípios constitucionais da ordem econômica. Antes de iniciar o exame da questão, porém, uma observação acerca da estrutura do estudo parece relevante.

6. A Constituição, como já se tornou corrente, é dotada de superioridade hierárquica, e a validade de todo o sistema jurídico, bem como das ações privadas, a ela se reconduz. A validade da legislação pressupõe sua compatibilidade com o texto constitucional e sua interpretação é, em boa medida, conduzida pelos princípios constitucionais relevantes em cada caso, daí porque é correto afirmar que, em certo sentido, toda interpretação jurídica envolve a interpretação constitucional³. Nada obstante isso, a estrutura hierarquizada do sistema jurídico prossegue: a Constituição é hierarquicamente superior à lei, que, por seu turno, é hierarquicamente superior aos atos infralegais, nos termos que serão expostos na sequência. Ou seja: a validade dos atos infralegais dependerá, em primeiro lugar, e como regra geral, de sua compatibilidade com a legislação⁴. De fato, o mais frequente é que os atos infralegais se relacionem de forma direta com a legislação que regulamentam, e não com a Constituição⁵; a legislação, esta sim, é que é confrontada com o texto constitucional.

3 Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2009, p. 363.

4 Disso decorre a tradicional jurisprudência do STF, no sentido de não se admitir controle de constitucionalidade nos casos de violação meramente reflexa à Constituição, isto é, nos casos em que a verificação da inconstitucionalidade prescindia de um exame prévio acerca da compatibilidade entre a lei e o ato infralegal que a regulamenta. Nessa linha, v. STF, *DJe* 27 ago. 2008, AgRg no AI 487.503/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Hipótese diversa envolve os casos em que o ato infralegal dispõe sobre matéria reservada à lei, violando de forma direta o princípio da legalidade. Cuida-se aqui dos chamados *decretos autônomos*, que se sujeitam ao controle de constitucionalidade tanto na via incidental, quanto na via abstrata. Vale o registro de que essa segunda hipótese confirma a hierarquia entre lei e atos infralegais, não se admitindo que a autoridade administrativa invada o espaço atribuído ao legislador, a não ser que tenha havido delegação válida ou que se trate de uma das hipóteses previstas no art. 84, VI da Constituição. A título de exemplo, v. STF, *DJe* 2 ago. 2008, ADIn 3232/TO, Rel. Min. Cezar Peluso.

5 Embora a regra geral seja que os atos administrativos tenham na lei seu fundamento imediato, não se afasta a possibilidade de que sejam editados também com base direta na Constituição, que é dotada de força normativa. Com efeito, encontra-se superada a ideia de que a atividade administrativa estaria submetida apenas à legalidade estrita, que cedeu lugar ao conceito de juridicidade administrativa. Por essa visão, a Administração está sujeita à ordem jurídica em seu conjunto, em cujo ápice encontra-se a Constituição. Na doutrina, a título de exemplo, v. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 108. Nessa linha, o Conselho Nacional de Justiça – que é um órgão administrativo do Poder Judiciário – editou a Resolução nº 07/2005, vedando a contratação de cônjuges, companheiros e parentes dos magistrados, até o terceiro grau, para cargos em comissão e funções de confiança. Como se sabe, apreciando pedido de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, o STF manteve a Resolução em plena eficácia, sob o argumento de que o ato se limitava a explicitar norma que decorria diretamente dos princípios da impessoalidade e moralidade administrativas. V. STF, *DJ* 1º set. 2006, MC na ADC 12/DF, Rel. Min. Carlos Britto.

7. Essa é a razão lógica pela qual o presente estudo examina, em primeiro lugar, a compatibilidade dos atos praticados pela CMED à luz da legislação pertinente, concluindo, como se verá, já nesse primeiro plano de análise, por sua invalidade. Apenas em um segundo momento é que a questão será examinada à luz dos princípios constitucionais de forma mais específica, tudo nos termos do roteiro apresentado inicialmente.

II. ILEGALIDADE DA RESOLUÇÃO CMED Nº 03/2009, NOS TERMOS DA ORIENTAÇÃO INTERPRETATIVA Nº 05/2009

8. Como descrito acima, a Resolução nº 03/2009 da CMED proibiu a publicação do chamado “Preço Máximo ao Consumidor (PMC)” – isto é: o teto de preço permitido ao comércio varejista (art. 2º) – para medicamentos de uso restrito a hospitais e clínicas (art. 3º). Nada obstante, segundo a Orientação Interpretativa nº 05/2009, por meio da qual a CMED pretendeu esclarecer o sentido da Resolução, os hospitais e clínicas apenas poderiam cobrar pelos medicamentos utilizados nos tratamentos de seus pacientes o estrito valor pago ao distribuidor/ produtor – correspondente, em geral, ao chamado “Preço Fabricante (PF)”, isto é, o teto pelo qual o laboratório ou distribuidor vende o medicamento a farmácias e drogarias (art. 1º). A Orientação Interpretativa revela que a CMED pretende impor restrição significativamente mais ampla à atuação dos hospitais e clínicas privados do que apenas a questão envolvendo a publicação dos dados de que trata o texto da Resolução.

9. De acordo com a CMED, o fundamento de sua iniciativa seria o seguinte. Os hospitais “*têm o direito de obter do paciente o reembolso do valor pago pelo medicamento utilizado na prestação de serviços médico-hospitalares*”, mas “*receber uma quantia maior do que a desembolsada significa revenda e não reembolso*”. Isso porque, segundo a CMED, hospitais e clínicas não poderiam exercer atividade de comércio de medicamentos. Com efeito, segundo a Orientação Interpretativa nº 05/2009, os “*hospitais têm por objeto social a prestação de*

serviços médico-hospitalares; são, portanto, prestadores de serviços de cuidado à saúde e não exercem como atividade principal, ou mesmo subsidiária, o comércio de medicamentos, drogas ou produtos para a saúde”.

10. O que se passa a examinar a pedido da consulente é a validade ou não da proibição que a CMED pretende extrair da Resolução nº 03/2009, independentemente de seu teor literal. Veja-se, desde logo, que tanto a Resolução quanto a Orientação Interpretativa são atos infralegais que estão submetidos, em um primeiro nível, à legislação que trata do tema. Antes de identificar a legislação relevante na hipótese, porém, cabe fazer uma breve nota sobre a natureza da relação de submissão existente entre esses atos infralegais, que resultam do exercício do poder regulamentar⁶, e a lei. Confira-se.

II.1. Breve nota teórica: o princípio da legalidade e os limites da atuação regulamentar da Administração Pública

11. No direito brasileiro, o princípio da legalidade, genericamente considerado – CF, art. 5º, II –, reserva à *lei* a criação de deveres e obrigações⁷. Vale dizer: todo ato que interfira com o direito de liberdade e propriedade das pessoas depende de lei prévia que de algum modo o autorize⁸. É certo, porém, que essa enunciação haverá de ser compreendida hoje em sentido algo diverso do que já foi no passado. “Lei” já não significa apenas lei formal – isto é: ato editado pelo Poder Legislativo –, e sim um conceito mais abrangente de *juridicidade*, em cujo ápice está a própria Constituição, sem exclusão, é claro, das leis formais⁹.

6 A rigor, há hoje no sistema atos infralegais – aqueles previstos no art. 84, VI da Constituição, em particular – que, no entanto, não correspondem propriamente ao exercício do poder regulamentar nos termos do art. 84, IV, também da Constituição. Não é o caso, porém, dos atos da CMED de que se cuida aqui, que são editados no exercício do poder regulamentar.

7 CF/88, art. 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

8 V. Luís Roberto Barroso, Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional de competências legislativas). In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2001, p. 165 e ss..

9 Sobre o tema, discorrendo sobre a substituição do conceito de legalidade estrita pela idéia de juridicidade, que abarca a lei, mas também a ordem constitucional, v. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003. V. tb. a tese de doutoramento de Gustavo Binenbojm, da qual fui orientador, revista e publicada em edição comercial sob o título *Uma teoria do direito administrativo – Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2006.

12. Nessa linha, a doutrina tem construído em torno do tradicional princípio da legalidade – inicialmente associado apenas a atos expedidos pelo Poder Legislativo – uma teorização mais sofisticada, capaz de adaptá-lo à nova distribuição de espaços de atuação entre os três Poderes. Com efeito, o crescimento do papel do Executivo, alimentado pela necessidade moderna de agilidade nas ações estatais e pela relação cada vez mais próxima entre ação estatal e conhecimentos técnicos especializados¹⁰, tem levado a doutrina a elaborar em torno do princípio da legalidade uma formulação mais sofisticada, capaz de acomodar as necessidades contemporâneas. Nessa linha, já se tornou corrente a distinção entre reserva absoluta e reserva relativa de lei, de um lado, e, de outro, entre reserva de lei formal ou material¹¹.

13. Nada obstante as construções teóricas contemporâneas, cujo propósito evidente é atenuar a rigidez da noção original do princípio da legalidade, permanece válida a concepção tradicional no direito constitucional brasileiro de que é vedada a delegação de funções de um Poder a outro¹² fora das hipóteses constitucionais¹³. A solução a

10 Sobre o tema, veja-se Clèmerson Merlin Clève, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2000; Vicente Paulo Francisco Rão, Fatores políticos e sociais da legislação delegada, *Revista dos Tribunais* 742:765, 1997, p. 766-7; e Alexandre Santos de Aragão, O poder normativo das agências reguladoras, *Revista Forense* 354:3, 2001, p. 354-5.

11 A reserva legal é absoluta quando se exige do legislador que esgote o tratamento da matéria no relato da norma, sem deixar espaço remanescente para a atuação discricionária dos agentes públicos que vão aplicá-la. Será relativa a reserva legal quando se admitir a atuação subjetiva do aplicador da norma ao dar-lhe concreção. Ademais, também é possível distinguir a (a) reserva de lei formal da (b) reserva de lei material. Haverá reserva de lei formal quando determinada matéria só possa ser tratada por ato emanado do Poder Legislativo, mediante adoção do procedimento analítico ditado pela própria Constituição, que normalmente incluirá iniciativa, discussão e votação, sanção-veto, promulgação e publicação. A Constituição contempla, de outra parte, atos normativos que, embora não emanados diretamente do Legislativo, têm força de lei. Dizem-se, assim, atos materialmente legislativos, gênero onde se situam espécies normativas como as medidas provisórias e as leis delegadas. Sobre o ponto, v. Luís Roberto Barroso, Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas), In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2001.

12 Confira-se, a propósito, o seguinte excerto de trabalho doutrinário do Ministro Carlos Mario da Silva Velloso: "(...) no Direito Constitucional clássico, anotam os autores, a regra é a indelegabilidade, como corolário, aliás, da doutrina da separação de poderes teorizada por Montesquieu. Locke, no *Segundo Tratado de Governo Civil*, deixa expresso que nenhum poder pode delegar atribuições, porque o poder é exercido por delegação do soberano, e quem age por delegação não pode delegar o que não lhe pertence, o que se enuncia na máxima latina: *delegata potestas delegari non potest*". (Delegação legislativa – A legislação por associações, *Revista de Direito Público* 90:179, p. 180).

13 Nessa linha, CF/88, ADCT: "Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todo os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I. ação normativa; (...)"

que se tem chegado quanto ao ponto – tanto aqui quanto no exterior¹⁴ – é a de que a delegação legislativa poderá ser admitida em determinadas hipóteses. Não se admitirá, porém, a delegação “em branco”, isto é, desacompanhada de diretrizes ou parâmetros claros e obrigatórios (“standards”).

14. Na realidade, a delegação, desde que acompanhada de “standards”, já foi implicitamente aceita pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵. Nessa linha, aliás, é que o Superior Tribunal de Justiça declarou válida a delegação à CMED da competência para o estabelecimento dos critérios de fixação de preços de medicamentos, nos termos da Lei nº 10.742/2003, tema de que se tratará adiante. O STF, porém, em outro julgamento, suspendeu a eficácia de dispositivo da Lei da Anatel que conferia à agência poderes normativos para dispor sobre o procedimento licitatório de outorga do serviço de telefonia de forma diversa da prevista na lei geral de licitações¹⁶.

15. Com efeito, trata-se de exigência básica da separação de poderes, que um Poder não concentre competências – as suas próprias e mais as que eventualmente receba de outro Poder – sem estar submetido a controle¹⁷. Ou seja: a *delegação legislativa* descreve hipóteses nas quais o legislador fixa parâmetros e autoriza o Executivo a disciplinar de forma mais detalhada determinado tema. Também aqui, porém, o ato expedido com fundamento na delegação legislativa será inferior à lei e a ela vinculado. É nesse contexto que se insere o ato normativo da CMED objeto da presente consulta – a Resolução nº 03/2009, bem como a Orientação Interpretativa nº 05/2009 – que não poderá valida-

14 Sobre o tema, vejam-se Richard J. Pierce, Jr., Sidney A. Shapiro e Paul R. Verkuil, *Administrative law and process*, 1999; e Jerry L. Mashaw e Richard A. Merrill, *Administrative Law: the American public law system*, 1985. Em língua portuguesa, confira-se a análise do fenômeno em Carlos Mário da Silva Velloso, *Delegação legislativa — A legislação por associações*, *Revista de Direito Público* 92:150, 1989, p. 152 e ss..

15 Com efeito, o STF já admitiu a delegação legislativa, desde que com a fixação de *standards*, nestes termos: “O legislador local, como se vê, instituiu e nomeou uma vantagem remuneratória, delegando, porém, ao Executivo – livre de quaisquer parâmetros legais –, a definição de todos os demais aspectos de sua disciplina – a qual, acrescente-se, se revelou extremamente complexa –, incluídos aspectos essenciais como o valor de cada ponto, as pontuações mínima e máxima e a quantidade de pontos atribuíveis a cada atividade e função. Essa delegação sem parâmetro, contudo, penso eu, é incompatível com o princípio da reserva de lei formal a que está submetida a concessão de aumentos aos servidores públicos (CF, art. 61, § 1º, II, a).” (STF, DJ 14.dez.2001, RE 264289/CE, Min. Sepúlveda Pertence).

16 STF, DJ 23.out.1997, ADIn 1668, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello.

17 Veja-se que a Carta de 1988 proibiu delegações incondicionadas mesmo na hipótese de lei delegada, disciplinada por seu art. 68, *verbis*: “As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. (...) § 2º. A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. (...)”.

mente transbordar do que preveem ou autorizam a lei e a Constituição. Cabe agora identificar a legislação que trata da matéria aqui em discussão, bem como seu conteúdo.

II.2. A legislação pertinente. Prestação privada de assistência à saúde e livre iniciativa, regime jurídico do fornecimento de medicamentos por hospitais privados e previsão legal de lucro. Invalidez da Resolução nº 03/2009

16. Na linha do que se acaba de referir, a validade da Resolução nº 03/2009, com o sentido que lhe pretendeu atribuir a Orientação Interpretativa nº 05/2009, depende, antes de outras considerações, de sua conformidade com a legislação pertinente. A pergunta a responder, portanto, é relativamente simples: a pretensão da CMED de limitar ao Preço Fabricante a cobrança feita pelos hospitais privados em relação aos medicamentos empregados nos tratamentos hospitalares é compatível com a legislação que trata do tema? A resposta, já se adianta, é negativa.

17. Para fins de sistematização, é possível identificar três conjuntos legislativos que se relacionam com o tema aqui examinado. O **primeiro** deles reúne as normas que tratam da prestação privada de assistência à saúde em regime de livre iniciativa. Em **segundo** lugar, existe legislação disciplinando de forma geral o comércio de medicamentos que trata, como se verá, da hipótese de dispensação de medicamentos por hospitais. Por fim, em **terceiro** lugar, a própria legislação que criou a CMED cuida também da questão dos preços e das margens de lucratividade no fornecimento de medicamentos. Examine-se, brevemente, cada um desses três conjuntos legislativos.

18. Como é corrente, e em **primeiro lugar**, a Constituição de 1988, ao lado do sistema público de saúde, previu de forma expressa, em seu art. 199, que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. A Constituição pressupõe que, afora instituições privadas filantrópicas e sem fins lucrativos, instituições privadas **com** fins lucrativos poderão se dedicar à assistência à saúde: daí a regra contida no § 2º, do mesmo art. 199, que veda a destinação de recursos públicos para auxílios

ou subvenções às instituições privadas que prestem serviços de assistência à saúde **com** fins lucrativos. A iniciativa privada, nesses termos, pode organizar e manter, e.g., hospitais que haverão de prestar serviços de assistência à saúde com fins lucrativos: a atividade será desenvolvida, portanto, sob o regime da livre iniciativa.

19. A legislação segue na mesma linha daquilo que foi previsto pelo texto constitucional. A Lei nº 8.080/90 – a chamada “Lei do SUS” – prevê expressamente a existência dos serviços privados de assistência à saúde, desenvolvidos livremente por particulares com finalidades lucrativas¹⁸. A Lei nº 9.656/98 regula um importante segmento da atividade privada de prestação de serviços de assistência à saúde: os planos e seguros de saúde. Também aqui o legislador considera estar diante de uma atividade privada, por natureza lucrativa, ainda que submetida às regras previstas na legislação¹⁹. A Lei nº 9.961/2000,

¹⁸ Lei nº 8.080/90: “Art. 20. Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde. Art. 21. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. (...) Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público. Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).”

¹⁹ Lei nº 9.656/98: “Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) § 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) a) custeio de despesas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) c) reembolso de despesas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) d) mecanismos de regulação; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) § 2º Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm

que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, pretendeu justamente organizar o sistema de regulação dessa atividade privada, dispondo inclusive que cabe à ANS *adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde* (art. 4º, XXXII).

20. Ou seja: nos termos da própria Constituição e da legislação específica, paralelamente aos serviços públicos que devem ser obrigatoriamente oferecidos pelo Estado, os serviços de assistência à saúde poderão ser prestados privadamente, em regime de livre iniciativa e com finalidade lucrativa. Não há qualquer previsão nesse conjunto legislativo que autorize a CMED a sustentar que hospitais privados devem ser obrigados a cobrar por aspectos dos serviços prestados – no caso, o fornecimento de medicamentos – apenas o valor de custo de um dos elementos do serviço (o medicamento)²⁰. Muito ao contrário, a legislação aplica aqui o princípio da livre iniciativa que inclui, como se verá adiante, a liberdade de empresa e de organização empresarial, bem como a liberdade de auferir lucro razoável. A Resolução nº 03/2009, portanto, não apenas não regulamenta qualquer previsão, genérica que seja, da legislação mencionada como é logicamente incompatível com o que ela dispõe.

21. O **segundo** conjunto normativo a que se referiu é presidido pela Lei nº 5.991/73, que dispõe sobre o comércio de drogas, medicamentos e insumos farmacêuticos, e dá outras providências. Seu art. 5º estabelece que “*O comércio de drogas, medicamentos e de insumos farmacêuticos é privativo das empresas e dos estabelecimentos definidos nesta Lei*”. A propósito, o art. 4º da Lei nº 5.991/73 traz uma série de definições e conceitos, a serem adotados para os fins da Lei. Vale transcrever os conceitos de *empresa* e *estabelecimento* – referidos no

sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) § 3º As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior podem constituir ou participar do capital, ou do aumento do capital, de pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob as leis brasileiras para operar planos privados de assistência à saúde. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) (...) Art. 34. As pessoas jurídicas que executam outras atividades além das abrangidas por esta Lei deverão, na forma e no prazo definidos pela ANS, constituir pessoas jurídicas independentes, com ou sem fins lucrativos, especificamente para operar planos privados de assistência à saúde, na forma da legislação em vigor e em especial desta Lei e de seus regulamentos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)”

20 Lembre-se, ademais, que mesmo o custo do fornecimento de um medicamento por um hospital privado não envolverá apenas o custo do próprio medicamento em si: é intuitivo que uma série de outras atividades são necessárias para que o serviço exista.

caput do art. 5º –, bem como as definições de dispensação e dispensário de medicamentos, por sua relevância para a consulta. Confira-se:

“Art. 4º - Para efeitos desta Lei, são adotados os seguintes conceitos: (...)

VIII - Empresa - pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que exerça como atividade principal ou subsidiária o comércio, venda, fornecimento e distribuição de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, equiparando-se à mesma, para os efeitos desta Lei, as unidades dos órgãos da administração direta ou indireta, federal, estadual, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e entidades paraestatais, incumbidas de serviços correspondentes;

IX - Estabelecimento - unidade da empresa destinada ao comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos;

XIV - Dispensário de medicamentos - setor de fornecimento de medicamentos industrializados, privativo de pequena unidade hospitalar ou equivalente;

XV - Dispensação - ato de fornecimento ao consumidor de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, a título remunerado ou não; (...).”

22. O art. 6º da Lei nº 5.991/73 estabelece, ainda, que a dispensação de medicamentos, como é intuitivo, pode ser realizada por dispensários de medicamentos – além de farmácias, drogarias e postos de atendimento²¹. Como se vê, a Lei nº 5.991/73 autoriza a unidade hospitalar ou equivalente – na qualidade de dispensário de medicamentos – a fornecer drogas, medicamentos, insumos ou correlatos aos consumidores, **a título remunerado ou não**.

²¹ Lei nº 5.991/1973: “Art. 6º. A dispensação de medicamentos é privativa de: a) farmácia; b) drogaria; c) posto de medicamento e unidade volante; d) dispensário de medicamentos.”

23. Do ponto de vista legal, portanto, não se vislumbra qualquer impedimento para a remuneração do serviço de *fornecimento ao consumidor de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos* por hospitais e clínicas, muito pelo contrário. Sua expressa permissão legal, aliás, harmoniza-se com o princípio da livre iniciativa que, como já referido, inclui a liberdade de empresa e de lucro, não havendo controvérsia acerca da recepção da Lei nº 5.991/73 pela Constituição de 1988 nesse ponto. Vale dizer: hospitais e clínicas podem, de fato, revender medicamentos, ainda que em condições especiais, associadas à sua atividade principal – qual seja: a prestação do serviço de assistência à saúde de seus pacientes²².

24. Também o Decreto nº 74.170/74, que regulamentou a Lei nº 5.991/73, reforça a legalidade da prática de dispensação remunerada de medicamentos por hospitais ou equivalentes, em condições específicas. O artigo 1º, I, do referido Decreto, prevê que o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, em todo o Território Nacional, abrange “*os estabelecimentos, ou locais de comércio, especializados, definidos no artigo 3º* [rectius:

²² Note-se que se chegou a travar nos tribunais debate acerca da dedução dos valores relativos a medicamentos e alimentação fornecidos pelos hospitais da base de cálculo do ISS devido pela prestação do serviço de assistência médica. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que, para fins tributários, o legislador optou por não destacar a parcela relativa a remédios e alimentos, tributando-se a atividade como um todo exclusivamente por meio do ISS (Súmula STJ nº 274), sem embargo, todavia, de reconhecer que o fornecimento de tais mercadorias é inerente e acessório ao serviço principal prestado pelos hospitais. Confira-se, exemplificativamente, STJ, DJ 21.fev.1994, REsp 40161-5, Rel. Min. Garcia Vieira: “ISS – SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA – MEDICAMENTOS E REFEIÇÕES SERVIDOS NOS HOSPITAIS – INCIDÊNCIA. Como os serviços de assistência médica prestados pelos hospitais são incluídos na lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68 e envolvem o fornecimento de mercadorias (remédios e alimentação) estão eles sujeitos apenas ao ISS. Não se pode destacar da prestação de serviços de assistência médica, como um todo, a parte dela integrante referente ao fornecimento de remédios e alimentação aos pacientes. (...) Como se vê, no caso, o preço do serviço é a receita bruta, neste incluído o fornecimento de remédios e alimentação que são indispensáveis ao tratamento médico dos pacientes. (...) O próprio venerando acórdão recorrido (fls. 138/140) entendeu que a principal finalidade do recorrido é a prestação dos serviços médicos e não a venda de remédios e refeições a serem fornecidos a seus pacientes (...). Ora, se assim entendeu não poderia concluir que o ISS não incide sobre a parte referente ao fornecimento de remédios e alimentação que integram o tratamento e as diárias hospitalares e constituem serviços incluídos na lista, estando sujeitos apenas ao ISS.” Na mesma linha, dentre outros: STJ, DJ 6.nov.1995, REsp 11533, Rel. Min. Ari Pargendler; STJ, DJ 19.set.1994, REsp 36199-0, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; STJ, DJ 27.mar.2000, REsp 130621, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins.

2⁰²³], *itens X, XI, XII, XIII, XIV, e XVI*". Pois bem: dentre os itens classificados no art. 1º, I, como estabelecimentos ou locais de comércio especializados, encontra-se o *dispensário de medicamentos* (art. 2º, XIV²⁴).

25. Nessas condições, a interpretação que a CMED pretende atribuir à Resolução nº 03/2009, no sentido de que somente seria permitido aos hospitais e clínicas cobrar dos pacientes ou operadoras de saúde o "*reembolso do valor pago pelo medicamento utilizado na prestação de serviços médico-hospitalares*", sendo vedada a sua "*revenda*", não tem qualquer fundamento legal. Como se vem de expor, a legislação pertinente permite a dispensação de medicamentos por hospitais e clínicas a título remunerado: auferindo lucro, portanto. A propósito, veja-se que a própria CMED reconhece que os hospitais enquadram-se no conceito de *dispensário de medicamentos*²⁵, na forma da Lei nº 5.991/73. A ilegalidade da restrição ao direito de hospitais e clínicas privados é evidente.

26. Por fim, e em **terceiro** lugar, além de contrariar a legislação descrita acima, a vedação pretendida pela CMED com a Resolução nº 03/2009 vai de encontro, ainda, ao próprio regime da Lei nº 10.742/2003 – que criou a CMED e instituiu o controle de preços de medicamentos. Com efeito, a Lei nº 10.742/2003 atribuiu à CMED um conjunto amplo de competências relacionadas à fixação e ao reajuste de preços de medicamentos, concentradas especialmente em seu art. 6º. Foi na esteira dessas competências, inclusive, que a CMED editou a Resolução nº 03/2009, objeto da presente consulta. Confira-se a redação do dispositivo referido:

23 Há um erro material no texto publicado do art. 1º, I, do Decreto, quando faz remissão ao art. 3º, uma vez que os estabelecimentos aos quais se refere o dispositivo estão enumerados no art. 2º. De fato, não há outra interpretação possível: o art. 3º dispõe de apenas quatro incisos, enquanto o art. 2º traz as definições legais para efeitos do controle sanitário, reproduzindo quase integralmente o artigo 4º da Lei nº 5.991/73.

24 Decreto nº 74.170/74, art. 2º: "Para efeito do controle sanitário serão observadas as seguintes definições: (...) XIV - Dispensário de medicamentos - setor de fornecimento de medicamentos industrializados privativo de pequena unidade hospitalar ou equivalente; (...)".

25 Orientação Interpretativa CMED nº 05/2009: "Os hospitais têm por objeto social a prestação de serviços médico-hospitalares; são, portanto, prestadores de serviços de cuidado à saúde e não exercem como atividade principal, ou mesmo subsidiária, o comércio de medicamentos, drogas ou produtos para a saúde. Os medicamentos não estão ali para que sejam vendidos aos pacientes, de forma autônoma, como ocorre com as farmácias e drogarias, mas sim porque fazem parte intrínseca da forma de sua prestação de serviços, ao serem ministrados aos pacientes. Com efeito, **esses estabelecimentos dispõem do que a precitada Lei 5.991/1973 define como Dispensário de medicamentos** – setor de fornecimento de medicamentos industrializados, privativo de pequena unidade hospitalar ou equivalente. Portanto, com objeto social para prestação de serviço e não de comércio." (negrito acrescentado).

“Art. 6º. Compete à CMED, dentre outros atos necessários à consecução dos objetivos a que se destina esta Lei:

I - definir diretrizes e procedimentos relativos à regulação econômica do mercado de medicamentos;

II - estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos;

III - definir, com clareza, os critérios para a fixação dos preços dos produtos novos e novas apresentações de medicamentos, nos termos do art. 7º;

IV - decidir pela exclusão de grupos, classes, subclasses de medicamentos e produtos farmacêuticos da incidência de critérios de estabelecimento ou ajuste de preços, bem como decidir pela eventual reinclusão de grupos, classes, subclasses de medicamentos e produtos farmacêuticos à incidência de critérios de determinação ou ajuste de preços, nos termos desta Lei;

V - estabelecer critérios para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias, inclusive das margens de farmácias voltadas especificamente ao atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;

VI - coordenar ações dos órgãos componentes da CMED voltadas à implementação dos objetivos previstos no art. 5º;

VII - sugerir a adoção, pelos órgãos competentes, de diretrizes e procedimentos voltados à implementação da política de acesso a medicamentos;

VIII - propor a adoção de legislações e regulamentações referentes à regulação econômica do mercado de medicamentos;

IX - opinar sobre regulamentações que envolvam tributação de medicamentos;

X - assegurar o efetivo repasse aos preços dos medicamentos de qualquer alteração da carga tributária;
XI - sugerir a celebração de acordos e convênios internacionais relativos ao setor de medicamentos;
XII - monitorar, para os fins desta Lei, o mercado de medicamentos, podendo, para tanto, requisitar informações sobre produção, insumos, matérias-primas, vendas e quaisquer outros dados que julgar necessários ao exercício desta competência, em poder de pessoas de direito público ou privado;
XIII - zelar pela proteção dos interesses do consumidor de medicamentos;
XIV - decidir sobre a aplicação de penalidades previstas nesta Lei e, relativamente ao mercado de medicamentos, aquelas previstas na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, sem prejuízo das competências dos demais órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor;
XV - elaborar seu regimento interno.”

27. Como se vê, dentre as competências da CMED se inclui, precisamente, a de estabelecer **margens de comercialização** de medicamentos, inclusive, para **farmácias voltadas ao atendimento privativo de unidade hospitalar ou equivalente** (inciso V). Ora, duas conclusões se extraem de imediato da redação do dispositivo. *Em primeiro lugar*, o dispositivo pressupõe, como é intuitivo, que farmácias de hospitais e equivalentes efetivamente fornecem medicamentos no contexto de sua atividade econômica; *em segundo lugar*, ao atribuir à CMED a competência para fixar *margens* de comercialização, a Lei, evidentemente, autoriza tais estabelecimentos – incluindo-se os voltados para atendimento de hospitais – a obter lucro com tal aspecto de sua atividade. Daí a pertinência de se estabelecerem *critérios* para a fixação dessas margens de lucro. Ou seja: a vedação que a CMED pretende extrair de sua Resolução nº 03/2009 é inválida também por contrariar o art. 6º, V, da Lei nº 10.742/2003, que garante às farmácias voltadas ao atendimento pri-

vativo de unidades hospitalares e equivalentes margem de lucro no fornecimento de medicamentos.

28. Uma observação final. Não haveria sentido algum em atribuir-se à CMED competência para estabelecer margem de lucro para o fornecimento de medicamentos por farmácias de unidades hospitalares e, de outra parte, permitir que tal margem seja equivalente a 0 (zero), isto é, seja completamente suprimida. Extrair do dispositivo legal em tela conclusão como essa não seria compatível quer com a lógica, quer com a interpretação conforme os princípios constitucionais que orientam a matéria. Com efeito, se a validade do controle geral e permanente dos preços e da margem de lucratividade previsto pela lei já é altamente controvertida do ponto de vista constitucional – como se verá mais adiante –, parece certo que uma interpretação do art. 6º, V, da Lei nº 10.742/2003 que permitisse à CMED suprimir a margem de lucro do fornecimento de medicamentos de uso restrito a hospitais seria claramente incompatível com o princípio constitucional da livre iniciativa.

29. Em resumo: a vedação que a CMED pretende extrair de sua Resolução nº 03/2009, no sentido de proibir que os hospitais privados cobrem valores acima do Preço Fabricante (PF) pelos medicamentos utilizados em tratamentos hospitalares, é ilegal. Em primeiro lugar, a previsão não encontra fundamento, sequer indireto, em qualquer disposição legislativa. Mais que isso, a previsão contraria as normas legais que asseguram à iniciativa privada a prestação de serviços de assistência à saúde em regime de livre iniciativa e com fins lucrativos. A Resolução é igualmente inválida já que, ao contrário do que afirma a CMED, a Lei nº 5.991/73 prevê que hospitais e clínicas podem dispensar medicamentos, ainda que em condições especiais, associadas à sua atividade principal, e ser remunerados por isso. Por fim, a pretensão da CMED é também ilegal por contrariar o art. 6º, V, da Lei nº 10.742/2003, que garante às farmácias voltadas ao atendimento privativo de unidades hospitalares e equivalentes margem de lucro no fornecimento de medicamentos.

III. Constituição, ordem econômica e intervenção estatal em matéria de preços privados

30. Nos tópicos anteriores se procurou examinar a compatibilidade da Resolução nº 3/2009 da CMED, no particular sentido que lhe deu a Orientação Interpretativa nº 05/2009, com a legislação existente no sistema jurídico brasileiro. A conclusão, como se viu, é de que as normas em questão são ilegais, na medida em que não encontram fundamento e, ademais, contrariam a legislação em vigor. Encerrado esse primeiro nível de análise, e a pedido da consulente, passa-se agora a apreciar as pretensões da CMED de forma mais geral, à luz das normas constitucionais que regulam a ordem econômica, bem como as possibilidades de intervenção do Estado nesse ambiente. Lembre-se, como já referido, que a própria Constituição registra de forma expressa que a iniciativa privada poderá desenvolver, sob regime de livre iniciativa – isto é: como atividade econômica com fins lucrativos –, a prestação de serviços de assistência à saúde.

III.1. A Constituição e a ordem econômica: princípios e agentes

31. Como se sabe, a *livre iniciativa* é tanto um princípio fundamental do Estado brasileiro quanto um dos fundamentos da ordem econômica – juntamente com o valor do trabalho humano –, na dicção expressa dos arts. 1º, IV, e 170, *caput*, da Constituição de 1988²⁶. O princípio corresponde a uma decisão política fundamental do constituinte originário²⁷ e, por essa razão, subordina toda a ação no âmbito do Estado, bem como a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais. O princípio subordina, em particular, a ordem econômica e cada um de seus agentes, a saber: a iniciativa privada e o próprio Estado.

26 CF/88: “Art.1º. A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...) Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (...)”.

27 Sobre o conceito de *decisões políticas fundamentais*, v. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, 1970.

32. Os incisos do art. 170 da Constituição enunciam ainda um conjunto de princípios setoriais que devem orientar a atuação do Estado e dos particulares nos processos de produção, circulação, distribuição e consumo de riquezas, a saber: (i) soberania nacional; (ii) propriedade privada; (iii) função social da propriedade; (iv) livre concorrência; (v) defesa do consumidor; (vi) defesa do meio ambiente; (vii) redução das desigualdades regionais e sociais; (viii) busca do pleno emprego; e (ix) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País²⁸. É possível agrupar estes princípios em dois grandes grupos, conforme se trate de *princípios de funcionamento* da ordem econômica ou de *princípios-fins*.

33. Em linhas gerais, os *princípios de funcionamento* estabelecem os parâmetros de convivência básicos que os agentes da ordem econômica deverão observar. Podem ser assim classificados os princípios de (i) a (vi) acima referidos. Tal conjunto de princípios forma, em suma, as “regras do jogo”, que limitam e obrigam a conduta dos particulares. Seu destinatário principal é a iniciativa privada e igualmente o Estado quando este atuar empresarialmente, nos termos do art. 173 da Carta²⁹. Cabe ao Poder Público, nesse particular, editar leis e regulamentos disciplinando esses princípios de *funcionamento* – como, *e.g.*, os direitos do consumidor, a proteção do meio ambiente – e exercer a função fiscalizatória correlata.

34. Os *princípios-fins*, por sua vez, descrevem realidades materiais que o constituinte deseja sejam alcançadas e correspondem aos incisos VII a IX do art. 170, a saber: redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para empresas brasileiras de pequeno porte. Como a própria expressão sugere, essas são finalidades a que o Estado deve visar na ordem

28 CF/88: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

29 CF/88: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”. O § 1º do mesmo artigo complementa: “A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.”.

econômica, já que, ao lado dos particulares, o Poder Público também é um agente econômico. Note-se, porém, que cabe ao Estado – e não aos agentes privados – a responsabilidade de implementar tais fins, sempre visando a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

35. Veja-se que, no esforço de promover esses princípios-fins, o Estado poderá desenvolver políticas públicas e explorar ele mesmo, de forma direta, atividades econômicas, observados os termos do art. 173 da Constituição. O Estado poderá ainda criar mecanismos que tornem atraente para a iniciativa privada – tendo em conta seus próprios interesses – se engajar em atividades que terminem por contribuir para a consecução desses mesmos fins. O Estado não poderá impor obrigações aos agentes privados com fundamento nessas finalidades públicas, mas poderá buscar atraí-los para aquilo que o Poder Público considere importante para a realização das finalidades referidas por meio de iniciativas como, *e.g.*, incentivos fiscais e políticas de fomento³⁰.

36. O ponto é importante, pois o papel da iniciativa privada na ordem econômica é diverso daquele desempenhado pelo Estado. Os particulares, principais atores da ordem econômica brasileira, têm direito subjetivo à livre concorrência e à busca do lucro e o dever jurídico de observar os princípios de funcionamento da ordem econômica. A função social da empresa impõe à iniciativa privada compromisso social com o meio ambiente, com os parceiros com os quais interage e com a sociedade como um todo, além de deveres para com seus empregados e para com a valorização social do trabalho. A empresa tem igualmente obrigações para com os consumidores, a quem se destina a atividade econômica e cujos direitos limitam sua ação, além de uma responsabilidade social mais geral, consistente na contribuição tributária regular. No caso específico do setor de assistência à saúde, há ainda a inestimável contribuição para a melhoria da qualidade de vida, cura de doenças e amenização da dor. Nada obstante tudo isso, as empresas privadas não se confundem com o Estado. O Poder Público não pode pretender, sob pena de subversão dos papéis, que a empresa privada,

³⁰ De fato, nos termos do art. 174 da Carta de 1988, o Estado exercerá funções de incentivo e planejamento, “sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. **Sobre as formas de intervenção do Estado na ordem econômica admitidas pela Constituição de 1988, veja-se, por todos,** Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 1996, p. 434-5; e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 1996, p. 365.

em vez de buscar o lucro, oriente sua atividade para a consecução dos princípios-fim da ordem econômica em geral, com sacrifício da livre iniciativa.

37. Nesse sentido, o Estado não pode pretender obrigar uma empresa, e.g., a admitir um número x de empregados, independentemente de suas necessidades, apenas para promover o pleno emprego. Ou, ainda, supor que o setor privado deva compulsoriamente doar produtos para aqueles que não têm condições de adquiri-los ou vendê-los a preço que não gere margem de lucro, ou instalar fábricas em determinadas regiões do País, a despeito do desinteresse comercial da empresa, para o fim de impulsionar o desenvolvimento da área. É do Poder Público a responsabilidade primária de desenvolver ou estimular práticas redistributivistas ou assistencialistas. Poderá desincumbir-se dela por iniciativa própria ou estimulando comportamentos privados que conduzam a esses resultados.

38. É por essa razão que nenhum dos princípios setoriais da ordem econômica³¹, em qualquer de suas categorias – e, sobretudo, os princípios-fim referidos acima –, poderá esvaziar os princípios fundamentais da ordem econômica, tal como positivados no *caput* do art. 170, ainda que os princípios de funcionamento possam lhes impor certo nível de restrições. Não se pode, sob o pretexto de realizar qualquer deles, eliminar a livre iniciativa ou depreciar o trabalho humano. Veja-se, sobre o ponto, Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Seria um verdadeiro absurdo, um contra-senso cabal, extrair do parágrafo de um artigo a outorga de poder para nulificar o que se contém em sua cabeça e em um de seus incisos; o disparate interpretativo seria particularmente inadmissível quando se sabe que o artigo e o inciso em questão (170 e seu inciso IV) apresentam-se, e de modo declarado, como sendo respectivamente, um dos ‘fundamentos da ordem econômica’ e um dos ‘princípios’ retores dela. Um fundamento constitucional que pudesse ser arredado

³¹ Para a distinção entre princípio fundamental, geral e setorial, confira-se Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2009, p. 376-8.

por obra de legislação ordinária ou um princípio que esta pudesse menoscar, a toda evidência, nada valeriam e o constituinte seria um rematado tolo se houvesse pretendido construí-los com tal fragilidade.”³²

39. Feita essa descrição do subsistema constitucional econômico, retorne-se ao princípio geral da *livre iniciativa*. Como já se tornou corrente, a livre iniciativa pode ser decomposta em alguns elementos que lhe dão conteúdo, todos eles desdobrados no texto constitucional. Ela pressupõe, em primeiro lugar, a existência de *propriedade privada*, isto é, de apropriação particular dos bens e dos meios de produção (CF, arts. 5º, XXII e 170, II). De parte isto, integra, igualmente, o núcleo da ideia de livre iniciativa a *liberdade de empresa*, conceito materializado no parágrafo único do art. 170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em lei. Em terceiro lugar situa-se a *liberdade de lucro*, lastro para a faculdade de o empreendedor estabelecer os seus preços, que não de ser determinados pelo mercado, por meio de “livre concorrência”, locução abrigada no art. 170, IV. Por fim, é da essência do regime de livre iniciativa a *liberdade de contratar*, decorrência lógica do princípio da legalidade, fundamento das demais liberdades, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II).

40. É certo que a livre iniciativa não existe sozinha no sistema constitucional: assim como os demais princípios, também ela poderá vir a ser ponderada³³ com fundamento em outros elementos constantes

32 Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 1999, p. 490-1.

33 Luís Roberto Barroso, *Temas de direito constitucional*, pp. 65-8: “A ponderação de valores é a técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir-se um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Relembre-se: as regras incidem sob a forma de ‘tudo ou nada’ (Dworkin), ao passo que os princípios precisam ser sopesados”. Sobre a teoria dos princípios e a ponderação de valores, veja-se Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 83; Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000; e Heinrich Scholler, *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha*, Trad. Ingo Wolfgang Sarlet, 1999, Revista Interesse Público nº 2, p. 93 e ss..

do próprio texto da Constituição³⁴. Os princípios de funcionamento da ordem econômica – como a defesa do consumidor, do meio ambiente, da livre concorrência, etc. – poderão igualmente autorizar, como já referido, restrições à livre iniciativa. A ponderação, no entanto, encontra limites no conteúdo próprio e típico de cada princípio. Não fosse assim, a interpretação constitucional seria um mero jogo de palavras: bastaria afirmar que se está “ponderando” um determinado princípio para, por essa expressão mágica, o intérprete encontrar-se autorizado a transgredir livremente o que o princípio determina. Estar-se-ia diante de uma fraude à Constituição. Ainda um comentário final.

41. Nos Estados que optaram pela livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, assume-se como postulado que o livre mercado concorrencial é o mecanismo mais eficaz de produção de riquezas e de bem estar (ainda que longe de ser perfeito). Assim, eventual intervenção estatal na ordem econômica deverá se dar não propriamente contra o mercado, mas a seu favor, de modo a corrigir distorções ou disfunções. No caso brasileiro, a esse postulado correspondem normas constitucionais, já que a Carta veiculou a livre concorrência como um princípio de funcionamento da ordem econômica (art. 170, IV) e atribuiu à lei a missão de reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º). Assim, à luz da Constituição de 1988, o Estado poderá intervir para corrigir distorções no mercado e, sobretudo, assegurar a própria livre iniciativa e promover seu aprimoramento.

42. Cabe aplicar o que se vem de expor ao caso específico da presente consulta, que envolve a possibilidade de o Estado intervir na fixação dos preços cobrados pelos agentes privados por seus serviços. Parece correto concluir que a liberdade para fixar preços de acordo com o mercado concorrencial é da própria essência da livre iniciativa. Se é assim, essa liberdade não poderá ser eliminada de forma geral e

³⁴ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988*, 1989, p. 28: “O princípio da liberdade de iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado; o princípio da liberdade de empresa corrige-se com o da definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, bem como o da liberdade de competição, moderam-se com o da repressão do abuso de poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; e, finalmente, o princípio da propriedade privada restringe-se com o princípio da função social da propriedade”.

peremptória por meio de um controle de preços levado a cabo pelo Poder Público, sob pena de esvaziamento do princípio, e não de ponderação com outros princípios. A menos que – e o ponto será examinado no próximo tópico – tal espécie de controle de preços seja indispensável para recompor o próprio sistema de livre iniciativa.

III.2. Disciplina estatal de preços privados: limites e pressupostos

43. Como já mencionado acima, a liberdade para fixar preços de acordo com o mercado concorrencial integra o conteúdo básico do princípio da livre iniciativa, e inexistente norma constitucional que autorize o estabelecimento de controle prévio de preços no âmbito do mercado. Apenas a atuação repressiva do Estado está constitucionalmente prevista, nos termos do art. 173, § 4º da Carta³⁵, a ser desencadeada a partir da apuração da prática de ilícitos em decorrência do abuso de poder econômico. É por essa razão que boa parte da doutrina sustenta que, no Brasil, após a Constituição de 1988, não mais seria legítimo qualquer tipo de controle prévio de preços, à vista do princípio da livre concorrência³⁶, sem embargo de haver pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em sentido diverso³⁷.

44. Embora haja um conjunto bem-articulado de argumentos em favor dessa tese, ela não corresponde à minha convicção doutrinária. De fato, em situações extremas e excepcionais, o controle prévio de preços poderá justificar-se, com fundamento nos próprios princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Será este o caso quando esta medida extrema for essencial para reorganizar um mercado deteriorado, no qual

35 CF/88, art. 173, § 4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

36 Essa é a posição, dentre outros autores, de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, 2009, p. 529; Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, 1990, p. 16/17; Miguel Reale Júnior, *Casos de direito constitucional*, 1992, p. 18/19; Marcos Juruena Villela Souto, *Constituição econômica*, Cadernos de direito tributário 4, 1993, p. 250 e Dinorá Adelaide Muselli Grotti, *Intervenção do estado na economia*, Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 15, 1996, p. 74/74.

37 Trata-se da decisão do STF na ADIN nº 319-DF que, por maioria, considerou constitucional a Lei nº 8.039/90, que dispunha sobre critérios de reajustes das mensalidades escolares. Vale registrar que não se está integralmente de acordo com as premissas e conclusões da referida decisão, que, excessivamente marcada pelas circunstâncias do caso concreto, não produziu fundamentos de validade geral.

esses dois princípios tenham entrado em colapso e não mais operem regularmente. De qualquer sorte, ainda nessa hipótese, o controle de preços privados somente será considerado legítimo se: (a) apresentar-se como medida excepcional, vinculada a uma situação de anormalidade e limitada no tempo; (b) não impuser a venda de bens ou serviços por preço inferior ao de custo, acrescido de um retorno mínimo, compatível com o investimento; e (c) observar o princípio da razoabilidade/proporcionalidade, como é próprio de qualquer ato estatal que interfira com liberdades³⁸.

45. O primeiro limite referido acima parece bastante inequívoco: a intervenção estatal sobre os preços privados deve ser excepcional, para atender a circunstância específica e emergencial. Na ausência de uma situação anormal, fora do comum, não se legitima a providência, menos ainda com caráter duradouro. Vale dizer: o controle de preços jamais pode ser praticado como uma política pública ordinária. Tal medida seria própria de dirigismo econômico³⁹, e não meio legítimo de disciplina do mercado. Como já registrado, a livre fixação de preços privados integra

38 Se o instrumento escolhido pelo Poder Público não é apto a atingir o fim perseguido (*adequação*); ou se a medida não é necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*); ou, por fim, se o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*), o Judiciário poderá intervir para invalidar a decisão tomada pelos demais Poderes.

A idéia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do *common law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte isto, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. Este é o ponto de vista que tenho sustentado desde a 1ª edição de meu *Interpretação e aplicação da Constituição*, que é de 1995. No sentido do texto, v. por todos Fábio Corrêa Souza de Oliveira, *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*, 2003, p. 81 ss. É certo, no entanto, que a linguagem é uma convenção. E se nada impede que se atribuam significados diversos à mesma palavra, com muito mais razão será possível fazê-lo em relação a vocábulos distintos. Basta, para tanto, qualificar previamente a acepção com que se está empregando um determinado termo. É o que faz, por exemplo, Humberto Ávila (*Teoria dos princípios*, 2003), que explicita conceitos diversos para proporcionalidade e razoabilidade. Ainda na mesma temática, Luís Virgílio Afonso da Silva (*O proporcional e o razoável*, *Revista dos Tribunais* 798:23, 2002) que procura demonstrar que os termos não são sinônimos.

39 Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Congelamento de Preços – Tabelamentos Oficiais*, in *Revista de Direito Público* nº 91, 1989, p. 76/86: “Distinto do intervencionismo é, nesse sentido, o dirigismo econômico, próprio das economias de planificação compulsória, e que pressupõe a propriedade estatal dos meios de produção, a coletivização das culturas agropecuárias e o papel do Estado como agente centralizador das decisões econômicas de formação de preços e fixação de objetivos.”

o conteúdo da livre iniciativa e apenas pode ser eliminada em situações extremas, para formar um mercado privado concorrencial ou para restabelecê-lo. Daí por diante, o mercado, devidamente organizado, passará a reger-se pela livre iniciativa e pela livre concorrência⁴⁰.

46. Igualmente, jamais se poderá impor ao agente econômico praticar preços que não sejam capazes (i) de cobrir os seus custos – porque haveria confisco –, (ii) de propiciar um lucro mínimo apto a remunerar o dono do capital – porque seria a negação do regime de livre iniciativa – e (iii) de ensejar os reinvestimentos necessários, porque do contrário a atividade se inviabilizaria, frustrando o princípio da livre empresa. O ponto já foi reconhecido pelo STF, no julgamento do RE nº 422.941/DF, que cuidava de preços impostos pelo IAA ao setor sucroalcooleiro. A Corte entendeu que, em que pese a possibilidade (excepcional) de regulação de preços, não pode o Estado suprimir a livre concorrência⁴¹. Vale transcrever trecho do voto-vista proferido pelo Min. Joaquim Barbosa acerca do direito do particular de praticar preços que não só cubram o custo de produção como garantam margem razoável de lucros:

“Não pode o governo suprimir integralmente a liberdade de concorrência e de iniciativa dos particulares sem que haja razoabilidade nessa medida, vale dizer, sem que ela decorra de uma situação de anormalidade econômica tal que seja imprescindível impor restrição tão radical e, por fim, desde que os preços fixados não sejam inferiores aos custos de produção.”

40 Este ponto de vista tem sido por mim sustentado de longa data. V. Luís Roberto Barroso, A crise econômica e o direito constitucional, *Revista Forense* 323:83: “Sem embargo, tanto o congelamento quanto o tabelamento serão inadmissíveis: quando se prolonguem indefinidamente; quando impuserem ao empresário a venda de seu produto abaixo do preço de custo. No primeiro caso, a permanência do controle rígido de preços por período de tempo excessivamente longo rompe o caráter excepcional da medida e subverte os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Tais princípios, como se demonstrou, não são absolutos e devem ser sopesados com outros. De outra parte, não podem ser anulados na prática. A razoabilidade da demora na volta ao regime de mercado será o critério do intérprete. Quanto ao segundo caso, impor ao empresário a venda com prejuízo configura confisco, constitui privação de propriedade sem devido processo legal (art. 5º, LIV). E mais: é da essência do sistema capitalista a obtenção de lucro. O preço de um bem deve cobrir o seu custo de produção, as necessidades de reinvestimento e a margem de lucro. O que é condenável e enseja a intervenção é o lucro arbitrário (art. 173, § 4º), o lucro abusivo, de cunho espoliativo.”

41 STF, *DJ* 24.mar.2006, RE 422941/DF, Rel. Min. Carlos Velloso. Nos termos do voto do relator, a fixação pelo Estado de preços “em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor constitui-se em sério empecilho ao livre exercício da atividade econômica, em desrespeito ao princípio da liberdade de iniciativa”.

Luís Roberto Barroso, com precisão, evidencia que 'impor ao empresário a venda com prejuízo configura confisco, constitui privação de propriedade sem devido processo legal (art. 5º, LIV). E mais: é da essência do sistema capitalista a obtenção do lucro. O preço de um bem deve cobrir o seu custo de produção, as necessidades de reinvestimento e a margem de lucro'⁴².

47. Sobre a razoabilidade/proporcionalidade, para além do conhecimento jurídico convencional já associado a ela⁴³, algumas considerações podem ainda ser elucidativas. É que tem amplo curso na teoria econômica e entre seus tradutores jurídicos a tese de que a interferência estatal no preço de bens e serviços não promove justiça social nem protege o consumidor, antes pelo contrário: reduz o investimento pelas empresas, diminui a oferta de emprego e torna desinteressante a produção de determinados produtos ou a prestação de serviços. E que a permanente tentação populista do tabelamento e do congelamento de preços foi responsável por mais de uma década de estagnação econômica do país. Vale dizer: não se trataria sequer de medida adequada para os fins visados. Isto independentemente da vedação do excesso e da proporcionalidade em sentido estrito.

48. Em conclusão: em condições regulares de funcionamento do mercado, não é possível a intervenção estatal que pretenda eliminar a liberdade de fixação dos preços privados, inerente à livre iniciativa. O controle prévio de preços somente poderá ser legítimo diante de uma situação anormal, de deterioração do mercado concorrencial. Nesse caso, deverá se tratar de medida temporária, não poderá impor preços inferiores ao custo acrescido de uma margem de lucro mínima e, por natural, deverá observar os parâmetros próprios da razoabilidade/proporcionalidade.

42 STF, DJ 24.mar.2006, RE 422941/DF, Rel. Min. Carlos Velloso.

43 Como já se tornou corrente, o princípio da razoabilidade/proporcionalidade é mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha.

III.3. O setor de medicamentos e o controle de preços: disciplina legal e papel da CMED. Manutenção da proteção constitucional à livre iniciativa

49. Nos capítulos anteriores viu-se que a disciplina estatal dos preços privados – notadamente, o controle *prévio* de preços –, embora não seja invariavelmente ilegítima em um sistema de livre iniciativa, deve ser exercida em caráter excepcional e uma vez que se verifique um quadro de anormalidade no mercado disciplinado. Sem embargo, e a despeito de minha posição doutrinária pessoal na matéria, é preciso registrar que, no caso específico do setor de *medicamentos*, pela relevância social e interesse público inerentes à atividade, tem-se admitido uma maior intervenção estatal disciplinadora no mercado privado, inclusive no tocante a monitoramento de preços, cujos reajustes, ao longo da última década, vêm sendo condicionados a autorizações prévias de órgãos estatais.

50. Com efeito, em 2001, a Medida Provisória nº 2.138, posteriormente convertida na Lei nº 10.213/2001, veio regular o setor farmacêutico, criando a Câmara de Medicamentos (Camed) e definindo parâmetros para o reajuste de medicamentos – a chamada Fórmula Paramétrica de Reajuste de Preços de Medicamentos (FPR) –, a serem observados no período de dezembro de 2000 a dezembro de 2001, dentro do qual seria autorizado um único reajuste para o setor, em 15 de janeiro de 2001⁴⁴. Em princípio, portanto, a Lei pretendia controlar temporariamente os reajustes de medicamentos. Posteriormente, a Medida Provisória nº 2.230/2001 alterou a Lei nº 10.213/2001 para estender o período em que o setor farmacêutico seria regulado por seus dispositivos até dezembro de 2002. Além da aplicação da fórmula referida, competia à Camed, dentre outras atribuições, julgar eventuais pedidos de reajustes extraordinários, bem como decidir pela exclusão de grupos ou classes de medicamentos da incidência da Lei.

⁴⁴ Lei nº 10.213/01: "Art. 3º. A partir de 19 de dezembro de 2000 e até 31 de dezembro de 2001, as empresas produtoras de medicamentos observarão, para o reajuste dos seus preços, as regras definidas nesta Medida Provisória. Parágrafo único: Não serão permitidas elevações de preços de medicamentos durante o período compreendido entre os dias 19 de dezembro de 2000 e 15 de janeiro de 2001".

51. Em 6 de outubro de 2003, foi editada a Lei nº 10.742, que revogou a Lei nº 10.213/2001, substituindo-a na disciplina do setor farmacêutico. A nova Lei criou justamente a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), órgão interministerial que tem por objetivos, nos termos da Lei, “a adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, voltados a promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor” (art. 5º).

52. O novo regime da Lei nº 10.742/2003 acabou por transformar o controle de preços de setor de medicamentos – antes pontual e temporário – em uma regulação permanente, sem limites temporais. Com efeito, nos termos do seu art. 4º e §§, o ajuste e a determinação de preços de medicamentos passaram a estar submetidos às regras da Lei nº 10.742/2003, que previu um novo sistema de reajustes, baseado em tetos de preços (*price caps*) e calculado de acordo com critérios a serem definidos pela CMED, na forma da Lei⁴⁵. Nessa linha, os reajustes seriam anuais (§ 7º), ficando vedado qualquer reajuste em desacordo com a Lei⁴⁶.

45 Cumpre notar que, nada obstante a opinião de parte da doutrina quanto à inconstitucionalidade do próprio controle prévio de preços, como visto anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela constitucionalidade da delegação à CMED da competência para o estabelecimento dos critérios de fixação de preços de produtos novos, bem como para fixar os preços de medicamentos de modo geral. V. STJ, DJ 27.nov.2006, MS 11706/DF, Rel. Min. Castro Meira: “Administrativo. Mandado de segurança. Medicamentos. Fixação de preços. Delegação. Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos-CMED. Constitucionalidade. Critérios. 1. O artigo 7º da Lei nº 10.724/03 delega expressamente à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos-CMED o estabelecimento dos critérios para a aferição dos preços dos produtos novos que venham a ser incluídos na lista de produtos comercializados pela empresa produtora de medicamentos. 2. Por seu turno, o artigo 4º desse diploma legal estabelece as linhas gerais para a CMED fixar os preços dos medicamentos. Não se vislumbra inconstitucionalidade na delegação à essa Câmara para a fixação dos preços, ante a complexidade da matéria. 3. Impetração contra ato administrativo que estabeleceu preço de medicamento em valor inferior àquele autorizado para concorrente. 4. Critérios do preço, sua composição química do produto e seu enquadramento pela ANVISA. Valores determinados com base no mercado internacional, espanhol, para um deles; italiano e francês, para outro. 5. Inexistência de vulneração aos princípios da isonomia, livre concorrência, razoabilidade e proporcionalidade. 6. Segurança denegada”. No mesmo sentido, v.: STJ, DJ 28.ago.2009, MS 12915/DF, Rel. Min. Herman Benjamin.

46 Confira-se o art. 4º da Lei nº 10.742/03, na íntegra: “Art. 4º. As empresas produtoras de medicamentos deverão observar, para o ajuste e determinação de seus preços, as regras definidas nesta Lei, a partir de sua publicação, ficando vedado qualquer ajuste em desacordo com esta Lei. § 1º. O ajuste de preços de medicamentos será baseado em modelo de teto de preços calculado com base em um índice, em um fator de produtividade e em um fator de ajuste de preços relativos intra-setor e entre setores. § 2º. O índice utilizado, para fins do ajuste previsto no § 1º, é o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. § 3º. O fator de produtividade, expresso em percentual, é o mecanismo que permite repassar aos consumidores, por meio dos preços dos medicamentos, projeções de ganhos de produtividade das empresas produtoras de medicamentos. § 4º. O fator de ajuste de preços relativos, expresso em percentual, é composto de duas parcelas: I - a parcela do fator de ajuste de preços relativos intra-setor, que será calculada com base no poder de mercado, que é determinado, entre outros, pelo poder de monopólio ou oligopólio, na assimetria de informação e

53. A validade dessa espécie de controle permanente e geral, como se viu, apresenta-se algo controvertida à luz do que dispõe a Constituição. Até porque a consulente confirma que, como regra geral, o mercado privado de medicamentos é pulverizado e competitivo, nele concorrendo dezenas de empresas, nacionais e estrangeiras. Mesmo o direito à patente – constitucionalmente previsto e protegido, nos termos do art. 5º, XXIX, da Carta de 1988 – não teria tido impacto significativo no mercado, já que a legislação própria é relativamente recente – Lei nº 9.279, de 14.05.96. Antes disso, na ausência da proteção patentária, proliferavam as cópias de medicamentos. Mais recentemente, a introdução dos medicamentos genéricos no mercado brasileiro⁴⁷ incrementou ainda mais a competitividade do setor. A consulente informa também que não apenas o mercado de medicamentos é competitivo como também o mercado de assistência privada à saúde de forma geral, havendo franca competição entre os prestadores de serviços (planos e seguros de saúde, hospitais, clínicas, laboratórios, etc.), tudo sob regulação e supervisão da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

54. Seja como for, a constatação de que esse controle de preços existe de fato em relação a diversas categorias de medicamentos não invalida as conclusões a que se chegou acima, que devem continuar orientando a interpretação e aplicação das normas legais que restringem a livre iniciativa e a liberdade de empresa. Vale dizer: as restrições à livre iniciativa, embora venham sendo aceitas no setor de medicamentos, devem ser interpretadas de forma estrita, em favor do princípio constitucional em questão, e não de modo a esvaziá-lo ainda mais.

nas barreiras à entrada; e II - a parcela do fator de ajuste de preços relativos entre setores, que será calculada com base na variação dos custos dos insumos, desde que tais custos não sejam recuperados pelo cômputo do índice previsto no § 2º deste artigo. § 5º. Compete à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, criada pelo art. 5º desta Lei, propor critérios de composição dos fatores a que se refere o § 1º, bem como o grau de desagregação de tais fatores, seja por produto, por mercado relevante ou por grupos de mercados relevantes, a serem reguladas até 31 de dezembro de 2003, na forma do art. 84 da Constituição Federal. § 6º. A CMED dará transparência e publicidade aos critérios a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo. § 7º. Os ajustes de preços ocorrerão anualmente. § 8º. O primeiro ajuste, com base nos critérios estabelecidos nesta Lei, ocorrerá em março de 2004, considerando-se, para efeito desse ajuste: I - o preço fabricante do medicamento em 31 de agosto de 2003; e II - o IPCA acumulado a partir de setembro de 2003, inclusive. § 9º. Excepcionalmente, o Conselho de Ministros da CMED poderá autorizar um ajuste positivo de preços ou determinar um ajuste negativo em 31 de agosto de 2003, tendo como referência o preço fabricante em 31 de março de 2003”.

47 A Lei nº 9.787, de 10/02/99, regulamentada pela Resolução nº 391, de 09/08/99, da ANVISA, foi responsável pela criação dos genéricos. Os primeiros genéricos foram autorizados em fevereiro de 2000.

55. Algumas conclusões bastante diretas decorrem da aplicação de tudo o que se acaba de expor à pretensão da CMED, veiculada pela Resolução nº 03/2009, nos termos do que dispõe a Orientação Interpretativa nº 05/2009, no sentido de limitar a cobrança, pelos hospitais privados, dos medicamentos utilizados nos tratamentos hospitalares, ao Preço Fabricante. Em primeiro lugar, a validade da própria possibilidade de controle prévio de preços de medicamentos de forma geral e permanente, sem vinculação a uma desordem específica do mercado, é constitucionalmente questionável. Em qualquer caso, e superando esse primeiro ponto, é certo que o princípio da livre iniciativa continua incidindo, de tal modo que a interpretação dessa legislação deve prestigiar o princípio e não restringi-lo ainda mais.

56. Assim, ainda que se admita a opção legislativa pelo controle prévio permanente dos preços de medicamentos, ele jamais poderia privar o agente privado de um lucro razoável (não abusivo) com sua atividade⁴⁸. Convém reconhecer que, de fato, a legislação não prevê em ponto algum que o controle de preços deva impor ao agente privado a prática de preços de custos. Ao contrário, e como já referido, em relação inclusive ao ponto específico que interessa a este estudo, o art. 6º, V, da Lei nº 10.742/2003 garante às farmácias voltadas ao atendimento privativo de unidades hospitalares e equivalentes margem de lucro no fornecimento de medicamentos. Ou seja: a pretensão da CMED de impor aos hospitais privados que cobrem exclusivamente o Preço Fabricante pelos medicamentos utilizados é não apenas ilegal, mas também inconstitucional.

IV. Conclusão

57. É possível compendiar as principais ideias desenvolvidas acima nas seguintes proposições objetivas:

A. Nada obstante as construções teóricas contemporâneas que atenuam a rigidez da noção original do princípio da legalidade, permanece válida a concepção tradicional no direito constitucional brasileiro

⁴⁸ Marcos Juruena Villela Souto, *Aspectos jurídicos do planejamento econômico*, 2000, p. 145: “o lucro justo é incentivado num regime de livre iniciativa, que repudia, apenas, o lucro sem causa lícita (...)”.

de que é vedada a delegação de funções de um Poder a outro fora das hipóteses constitucionais. Nesse contexto, a *delegação legislativa* ao Executivo poderá ser admitida em determinadas hipóteses, desde que venha acompanhada de diretrizes ou parâmetros claros e obrigatórios (“standards”) fixados pelo legislador. Também aqui, porém, o ato expedido com fundamento na delegação legislativa será inferior à lei e a ela vinculado.

B. A Resolução nº 03/2009 da CMED, com a interpretação dada pela Orientação Interpretativa nº 05/2009, ao pretender proibir os hospitais e clínicas de obter qualquer margem de lucro com o fornecimento a seus pacientes de medicamentos de uso restrito, é ilegal porque viola: (i) a legislação específica que, na forma da Constituição, garante aos particulares o direito de prestarem serviços de assistência à saúde privadamente, em regime de livre iniciativa e com finalidade lucrativa (v.g., Leis nºs 8.080/90, 9.656/98 e 9.961/2000); (ii) o regime da Lei nº 5.991/73, que autoriza hospitais e clínicas a dispensar medicamentos a título remunerado, ainda que em condições especiais, associadas à sua atividade principal; e (iii) o art. 6º, V, da Lei nº 10.742/2003, que garante às farmácias voltadas ao atendimento privativo de unidades hospitalares e equivalentes margem de lucro no fornecimento de medicamentos.

C. Em condições regulares de funcionamento do mercado, não é possível a intervenção estatal que elimine o núcleo essencial da livre iniciativa – de que é exemplo a supressão da liberdade de fixação dos preços privados –, seja qual for o fundamento adotado. O controle prévio de preços somente poderá ser legítimo diante de uma situação anormal, de deterioração do mercado concorrencial, sempre observado o princípio da razoabilidade. Neste caso, deverá se tratar de medida temporária e em nenhuma hipótese poderá impor preços inferiores ao custo acrescido de uma margem de lucro razoável (não abusivo).

D. A constatação de que o controle de preços existe de fato em relação a diversas categorias de medicamentos não invalida a conclusão acima. As restrições à livre iniciativa, embora venham sendo aceitas no setor de medicamentos, devem ser interpretadas de forma estrita, em favor do princípio constitucional em questão, e não de modo a esvaziá-lo ainda mais. Assim, a pretensão da CMED de impor aos hospitais privados que cobrem exclusivamente o Preço Fabricante

pelos medicamentos utilizados é não apenas ilegal, mas também inconstitucional.

É como me parece.

Rio de Janeiro, 25 de agosto de 2010.

Luís Roberto Barroso

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. **Revista Forense**, v. 354, n.3, p. 354-5, 2001.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003
- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. São Paulo: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. A crise econômica e o direito constitucional. **Revista Forense**, v. 323, n. 83.
- BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade: delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional de competências legislativas. In: **Temas de direito constitucional**, t. I, 2001, p. 165 e ss..
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 363.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. São Paulo: Renovar, 2006.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: RT, 2000.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Congelamento de Preços: tabelamentos oficiais. **Revista de Direito Público**, n. 91, p. 76-86, 1989.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Muselli. Intervenção do estado na economia. **Revista dos Tribunais**: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 15, p. 74, 1996.
- MASHAW, Jerry L.; MERRILL, Richard A. **Administrative Law**: the American public law system. New York: West, 1985.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: APEC, 1989.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios**: o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- PIERCE Jr., Richard J.; SHAPIRO, Sidney A.; VERKUIL, Paul R. **Administrative law and process**. New York: Foundation Press, 1999
- RÁO, Vicente Paulo Francisco. Fatores políticos e sociais da legislação delegada. **Revista dos Tribunais**, n. 742, v. 765, p. 766-7, 1997.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Casos de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. México: Nacional, 1970.
- SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. **Revista Interesse Público**, n. 2, p. 93 e ss., 1999. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet,
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, n. 23, 2002)
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Aspectos jurídicos do planejamento econômico**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Constituição econômica. **Cadernos de direito tributário**, v. 4, 1993.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Delegação legislativa**: a legislação por associações. **Revista de Direito Público**, v. 92, n. 150, p. 152 e ss, 1989.



PRONTUÁRIO ELETRÔNICO: O DESAFIO DA QUEBRA DE PARADIGMAS EM UMA SOCIEDADE EM TRANSFORMAÇÃO - DO ANALÓGICO PARA O DIGITAL

*Dra. Patricia Peck Pinheiro**

*Dra. Sandra Tomazi**

*

Advogada especialista em Direito Digital, sócia fundadora do escritório Patricia Peck Pinheiro Advogados, formada pela Universidade de São Paulo, com especialização em negócios pela Harvard Business School, MBA em marketing pela Madia Marketing School, com capacitação em inteligência e contrainteligência pela Escola de Inteligência do Exército e curso de Gestão de Riscos pela Fundação Dom Cabral. É autora do livro "Direito Digital" e coautora do audiolivro e do pocket book "Direito Digital no Dia-a-Dia", "Direito Digital nas Eleições", "Direito Digital Corporativo" todos pela Editora Saraiva, além de participação nos livros "Direito e Internet II", "e-Dicas" e "Internet Legal". É colunista do Conta Corrente da Globonews, do IDG Now, IT Web, VOIT, e articulista do Valor Econômico, Revista Visão Jurídica, Revista Partner Sales, entre outros. Possui experiência internacional nos EUA, Portugal, Coreia, começou a trabalhar com tecnologia aos 13 anos, como programadora de games para o computador Atari. Premiada pelo Batalhão Escolar de Brasília e condecorada com a Medalha de Pacificador, pelo Estado-Maior do Exército em 2009, e com a Medalha Mérito Tamandaré da Marinha Brasileira em 2011, por seus serviços de educação em segurança da informação, cidadania e ética digital. Idealizadora do Movimento da Criança mais Segura na Internet.

**

Advogada especialista em Direito Digital, sócia do escritório Patricia Peck Pinheiro Advogados, formada pela Faculdade de Direito de Joinville (FDJ), pós-graduanda em Direito Contratual pela PUCSP, possui pós-graduação em Direito Civil e Empresarial pela PUCPR, extensão em Direito da Tecnologia da Informação pela FGV-SP.

Introdução

A humanidade vive um permanente processo de evolução, passando por modificações em seus diversos cenários, sejam eles políticos, econômicos ou tecnológicos.

Com os computadores e a Internet, vivemos a Revolução da Sociedade do Conhecimento. A velocidade cada vez maior na transmissão de informações e a origem descentralizada destas criaram os subsídios necessários para formação da Sociedade em Tempo Real, conectada, totalmente dependente de Energia, Telecomunicações e Tecnologia, em que os principais ativos patrimoniais são intangíveis, ou seja, incorpóreos, indo da marca aos bancos de dados, direitos autorais em geral, até os códigos fontes de *softwares*.

Diante de um cenário atual que privilegia a informação atualizada, pertinente e no momento certo, a sociedade de um modo geral está revendo a maneira de usá-la, compartilhá-la e protegê-la, pois ela é um insumo estratégico e essencial para todos, inclusive no ambiente da saúde.

Os dados devidamente estruturados dão corpo às informações, que passam a ser o principal patrimônio de um hospital, por exemplo. É a partir dessas informações que é gerado o conhecimento necessário para tomar decisões, como a compra de um novo equipamento, a contratação de novos profissionais ou, ainda, qual o investimento que deve ser reservado para a criação de novos leitos, estudo de novos tratamentos, etc.

Foi o que ocorreu com a Prefeitura de Feira de Santana – Bahia, ao implantar um sistema de saúde integrado nas clínicas municipais.¹ Ela conseguiu por meio deste sistema obter mais informações e assim traçar uma melhor estratégia para os atendimentos, tornando-se uma referência no sistema de saúde pública brasileira.

¹ O sistema foi implantado em 2009, permitindo o cadastro dos pacientes e o registro dos atendimentos, gerando um histórico passível de ser compartilhado entre as unidades de saúde do município. O sistema, além de dar agilidade ao atendimento, também permitiu que a Secretaria de Saúde Municipal extraísse informações para traçar uma melhor estratégia de atendimento em cada unidade, já que passou a tomar ciência sobre quais eram os procedimentos realizados com maior frequência, a quantidade de materiais de uso diário, entre outros. Fonte: TI Inside Online. Disponível em: www.tiinside.com.br/11/03/2011/sistema-de-feira-de-santana-se-torna-referencia-em-saude-publica/ti/217015/news.aspx

Atualmente, podemos afirmar que a utilização da tecnologia é essencial para facilitar e dar dinamicidade ao acesso à informação, que, uma vez transformada em conhecimento, pode dar muito mais segurança para o processo decisório na prática da saúde e ajudar no combate a fraudes inclusive.

Não é à toa que cada vez mais nos deparamos com notícias relacionadas ao uso da tecnologia a fim de melhorar o sistema de saúde². A maioria delas visando dar mais agilidade na prestação de serviços médicos e hospitalares. Dentre essas inovações está a substituição do Prontuário do Paciente em papel pelo Prontuário Eletrônico do Paciente.

De acordo com a pesquisa realizada pela Universidade de Chicago, nos Estados Unidos, pelo Journal of Political Economy, milhares de bebês poderiam ser salvos todo ano se os hospitais tivessem em seus bancos de dados todas as informações médicas sobre os pequenos, desde a fase fetal, em prontuários médicos eletrônicos.³

Prontuário eletrônico

Prontuário vem do latim *promptuariu* e pode ser conceituado como “*um conjunto de documentos padronizados, ordenados e concisos, destinados ao registro dos cuidados médicos, paramédicos e multidisciplinares prestados ao paciente pelo estabelecimento de saúde*”.⁴

É neste documento que ficam registradas todas as informações relacionadas à situação clínica do paciente e a assistência e ele pres-

2 Em 2004, o Instituto do Coração (InCor) do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP ganhou o Prêmio Governador Mário Covas, de inovação em setores públicos, na categoria de Uso de Tecnologias da Informação e Comunicação, pela apresentação do Sistema Integrado de Informações Clínicas. Com a proposta de implantação do Prontuário Eletrônico do Paciente no SI³. A iniciativa foi para permitir o acesso às informações do paciente de forma integrada, rápida, eficiente e segura. Disponível em: <http://projeto-si3-ichc.net.br/> acesso em 26/04/2011 às 11h27.

Desde 2010, o Hospital Albert Einstein, em suas unidades do Morumbi, Perdizes e Alphaville gerenciou seus pacientes crônicos com prontuários customizados e integrados. Nestes prontuários os pacientes também já possuem prescrição médica e também podem ser usados em consultórios particulares. Também estão desenvolvendo o uso em ambulatórios. O Hospital Albert Einstein também criou um aplicativo de celular que dá acesso às informações de pacientes (como resultados de exames, passagens, prescrições e contatos), bem como a informações de cadastro do médico (CRM, especialidade e contatos). Também há a possibilidade dos pacientes e médicos (da instituição) interagirem entre si para tirar dúvidas por meio de SMS, e-mail e ligações via aplicativo. Os médicos têm acesso à agenda cirúrgica e podem consultar a classificação internacional de doenças. Fonte: Palestra ministrada na AMCHAM Brasil, em São Paulo, pelo Sr. Henrique Sutton de Sousa Neves do Hospital Albert Einstein sobre “A Influência da Internet 3.0 na Saúde” em 30/03/2011.

3 MILLER, Amalia R.; TUCKER, Catherine E. Can Health Care Information Technology Save Babies? **The Journal of Political Economy**, v.119, n. 2, p. 289-324, 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1086/660083>.

4 TEIXEIRA, Josenir. **Prontuário do Paciente: aspectos jurídicos**. Goiânia: AB, 2008, p. 4.

PRONTUÁRIO ELETRÔNICO: O DESAFIO DA QUEBRA DE PARADIGMAS EM UMA SOCIEDADE EM TRANSFORMAÇÃO - DO ANALÓGICO PARA O DIGITAL

Dra. Patrícia Peck Pinheiro
Dra. Sandra Tomazi

tada. Concordamos com Olímpio José Nogueira Viana Pitar⁵, ao afirmar que o prontuário é o instrumento de ligação entre o profissional e o paciente, em que fica registrada a prestação do serviço, adotando de certa maneira a forma de um instrumento contratual. Logo, possui um valor legal e jurídico. Não é à toa que diante de uma incidência de erro médico, este documento passa a ser a peça principal de análise.

Além da função de defesa, o prontuário também é absolutamente necessário para a continuidade da assistência ao paciente, como base para apoio ao estabelecimento de um diagnóstico, para fins de estatística, pesquisa científica, informações epidemiológicas, etc.⁶

Ante o exposto, é nítido o volume de informações que podem ser extraídas de um prontuário e o quanto ele pode contribuir para gerar conhecimento e dar subsídios para uma melhoria no atendimento hoje oferecido ao paciente.

Logo, cabe, sim, voltarmos nossos olhos para aperfeiçoarmos a forma de armazenamento e acesso a essas informações. Atualmente, o armazenamento do prontuário em suporte papel já não atende mais a sociedade em tempo real; além de informações incompletas, nos deparamos com letras ilegíveis, com um armazenamento que não permite a rápida localização do documento e a perda de espaço físico, pois no local onde os documentos estão guardados poderíamos ter leituras. Não há uma eficiência no modelo analógico.

Além disso, temos os riscos dos desastres naturais. A cada dia que passa temos informações de documentos que são destruídos por conta de inundações ou enchentes⁷. Quando o documento é eletrônico, passamos a ter a possibilidade de redundância, ou seja, criar cópias de segurança e ainda a definição de um plano para recuperação dessas informações, baseada em um tempo condizente com a sua relevância.

5 BITTAR, Olímpio José Nogueira Viana. Aspectos Legais do prontuário médico no Brasil. *Revista Paulista de Hospitais*, ago. 1980.

6 TEIXEIRA, Josenir. **Prontuário do Paciente**: aspectos Jurídicos. Goiânia: AB, 2008, p. 6-9.

7 Incêndio criminoso destrói Unidade de Saúde em Campina. [...] "Equipamentos odontológicos, ginecológicos, remédios, camas, cadeiras, vidros das janelas, **prontuários dos pacientes**, tudo ficou praticamente destruído e o incêndio só não atingiu proporções maiores porque os bombeiros conseguiram controlar as chamas antes que elas atingissem o botijão de gás da cozinha e um armário contendo embalagens de álcool, que fica na Sala de Triagem, a única que não foi atingida pelo fogo." Disponível em : http://www.carlosmagno.com.br/geral/layout.php?subaction=showfull&id=1283150685&archive=&start_from=&ucat=4&

Buscando essa eficiência, passamos a tratar da elaboração do prontuário em suporte eletrônico, o que denominados de Prontuário Eletrônico do Paciente (PED).

O PEP pode ser entendido como um *“registro eletrônico que reside em um sistema especificamente projetado para apoiar os usuários fornecendo acesso a um completo conjunto de dados corretos, alertas, sistemas de apoio à decisão e outros recursos, como links para bases de conhecimento médico”*.⁸

De forma simplista, pode-se dizer que com o PEP os registros que antes eram feitos em um documento em suporte papel agora passaram a ser realizados em documento com suporte eletrônico, apoiado em um sistema destinado a este fim, visando dar maior segurança, disponibilidade, controle e padronização ao documento.

Não há dúvidas de que a adoção do PEP traz muitos benefícios para o ambiente da saúde e para o paciente. Contudo, há distorções sobre o entendimento relacionado à validade jurídica desse tipo de documento.

Primeiramente cabe esclarecer que o embasamento para a validade do documento eletrônico começa pelo fato de que um documento original não está intrinsecamente ligado à ideia de documento em papel, mas diretamente associado à sua capacidade de perícia e de comprovação da manifestação de vontade das partes, isto é, da prova de autoria⁹ e integridade¹⁰ do documento, quer seja ele físico ou eletrônico.

Para Stringher¹¹, “compreende-se por ‘documento’, qualquer que seja o suporte utilizado, o conjunto de informações que registre o conhecimento humano, de forma que possa ser utilizado como elemento de consulta, estudo e prova”.

Assim, vê-se que o suporte em papel é apenas uma das possíveis espécies do gênero “documento”, sendo este último mais abrangente, alcançando diversos suportes, inclusive, o digital.

8 Institute of Medicine, 1997

9 “Certeza de que o documento provém do autor nele indicado.” SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 2, p. 341.

10 Certeza de que o documento não foi objeto de qualquer alteração em sua configuração original.

11 STRINGHER, Ademar. Aspectos Legais da Documentação em Meios Micrográficos, Digitais e Eletrônicos. São Paulo: CENADEM, 2003. p. 133.

Para o direito brasileiro, documento é qualquer escrito capaz de ter compreensão humana (Arts. 231 a 238 do CPP; Arts. 212, inciso II e 215 a 226 do Código Civil; Arts. 364 a 399 do Código de Processo Civil).

Cabe ainda lembrar que no Direito Civil Brasileiro, a regra geral é a liberdade de forma, conforme previsto no artigo 107 do Código Civil:

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao analisar o Agravo de Instrumento 2003.024687-8, entendeu por documento eletrônico “o registro público ou particular - de dados produzidos por meios não convencionais - cuja leitura é feita através de computador”.

Segundo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a informatização e as inovações por ela trazidas, como o documento eletrônico, são um avanço para o Judiciário. Se não, veja-se o trecho retirado do acórdão lavrado por este Tribunal:

Ementa: Agravo provido para livrar processo de inventário de exigências desnecessárias, como reconhecimento de firma de procuração ad judicium, de juntada de originais de xerocópias com eficácia probatória inquestionável e de substituição de certidão da Receita Federal emitida por meio eletrônico (Internet), atualizando o procedimento em termos de futuro (art. 5º, XXXV, da CF).

[...]

“A r. deliberação, ao negar o valor probante do documento eletrônico, elimina a vantagem que o computador oferece ao Estado—juiz para a missão de pacificar conflitos com rapidez e segurança, um retrocesso, data venia. Essa e todas as outras exigências comprometem a função instrumental do processo (art. 5º, XXXV, da CF) e cumpre eliminá-las.” (TJSP,

Ag 1439244500, 3ª Câmara de Direito Privado, Relator Enio Zuliani, julgado em 09/05/2000)

Dentro desta preocupação em garantir a autenticidade e a integridade do documento eletrônico, surge o certificação digital, instituído pela MP 2.200-2 de 2002.

Segundo a referida MP, considera-se “*documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória*”. (Art.10)

Disto resulta que a forma escrita do instrumento particular não é uma exclusividade do suporte físico papel. Um documento eletrônico também pode constituir um suporte hábil à prova escrita, desde que garanta a capacidade de compreensão humana, permitindo sua leitura ao longo do tempo. Neste sentido, tanto a mídia (hardware de armazenagem) como o software de leitura devem ser bem escolhidos e preservados para que o documento eletrônico consiga preservar seu valor.

Importante ressaltar, ainda, que a certificação digital confere uma camada adicional de segurança, podendo ser comparada à assinatura de próprio punho com reconhecimento de firma, isto porque toda assinatura realizada dentro da ICP-Brasil passa por um processo de autenticação intrínseco à sua própria utilização, como se depreende do artigo 1º da MP 2.200-2/2001:

*Art. 1º Fica instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, **para garantir a autenticidade**, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras. (grifos nossos).*

Contudo, isso **não** significa que um documento eletrônico para ter validade jurídica deve ser assinado com um certificado digital padrão ICP-Brasil. **Há, sim, a possibilidade de um documento ser considerado válido e ter eficácia probatória mesmo utilizando outros**

tipos de certificados ou ainda outras formas para a identificação de autoria, até pelo princípio de presunção da boa-fé, onde mesmo um e-mail simples enviado presume-se oriundo daquele destinatário até que se faça prova em contrário.

Nesse sentido, está a própria MP 2.200-002/01, ao dispor no artigo 10, §2º, que:

O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

O certificado digital, por ter uma tecnologia e um procedimento bem-definido, transferindo a responsabilidade para a autoridade certificadora sobre a verificação se a pessoa é realmente quem ela diz ser, de fato faz com que muitos a adotem como mecanismo de comprovação de autoria. Porém ele não deve ser entendido como o único. O próprio judiciário, quando resolveu se informatizar, permitiu o peticionamento eletrônico por meio de usuário e senha e não apenas pelo uso do certificado¹². Hoje nos deparamos já com a adoção da biometria como forma de reconhecimento do indivíduo, seja para passaporte ou no processo eleitoral.

Logo, não é correto afirmar que se o prontuário eletrônico não for assinado por meio de certificado digital ICP-Brasil, ele não possui validade jurídica e não serão consideradas válidas as informações ali contidas como prova, como consta na Cartilha lançada pelo Conselho Federal de Medicina em fevereiro de 2012.¹³

¹² Lei 11.419/06. Art. 1º, § 2º. Para o disposto nesta Lei, considera-se: [...]III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário: a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica; b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

Art. 2º O envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de assinatura eletrônica, na forma do art. 1º desta Lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

¹³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Cartilha sobre Prontuário Eletrônico. Disponível em: http://www.sbis.org.br/certificacao/Cartilha_SBIS_CFM_Prontuario_Eletronico_fev_2012.pdf

O Judiciário Brasileiro já considerou informações em prontuário eletrônico sem tal exigência, deixando claro que as informações no sistema, com data e hora do registro no caso em análise, eram muito mais claras e precisas do que um prontuário em suporte papel ilegível e incompleto. Vejamos o caso em tela¹⁴:

*Ementa: INDENIZAÇÃO - INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESNECESSIDADE - LESÃO - RESPONSABILIDADE - MÉDICO - HOSPITAL - CDC - APLICABILIDADE. [...] Nos termos da Lei 8.078/90, é objetiva a responsabilidade do hospital, dependendo, contudo, de prova da culpa, relativamente aos profissionais de medicina. [...] **O descumprimento do dever de elaborar prontuário leal e inteligível não pode beneficiar aquele que se descuidou do seu ônus profissional, que tinha o dever de produzir a prova.***

*Trecho: [...] **considero que somente demonstraram força probante as cópias dos prontuários de fls. 52 e 53 dos autos da cautelar e fl. 235, do feito principal, por se tratarem de impressos emitidos pelo computador do nosocômio, contendo data e hora em que foram produzidos, sendo impossível assegurar o mesmo quanto ao restante do material.** (TJ/MG: Apelação Cível nº 1.0142.04.006571-6/002, Relator: Des. Antônio Bispo, Data da publicação: 26/2/2010)*

Devemos observar que os sistemas devem ser bem especificados e implementados para estarem em conformidade legal. É preciso que haja regras para padronizar a guarda de *logs*, deve haver controles de autenticação, garantias de preservação de integridade e tudo isso

¹⁴ O caso trata de responsabilidade de erro médico devido ao mau preenchimento de prontuário de saúde, causando paralisia cerebral do nascituro. Os escritos, em sua maioria, não constavam datas, nem assinaturas de forma devida, faltando a identificação da equipe de enfermagem que participou do caso e o carimbo de identificação pessoal do médico responsável. Além de gerar grande dor psíquica nos pais, os documentos foram considerados frustrados quanto a sua origem e veracidade. O médico e o hospital foram responsáveis pela imprudência de suas atividades.

PRONTUÁRIO ELETRÔNICO: O DESAFIO DA QUEBRA DE PARADIGMAS EM UMA SOCIEDADE EM TRANSFORMAÇÃO - DO ANALÓGICO PARA O DIGITAL

Dra. Patrícia Peck Pinheiro
Dra. Sandra Tomazi

deve ser auditável, caso haja necessidade de realização de perícia. Ou seja, a blindagem legal se passa pelo nível técnico, dos próprios sistemas. Por isso, uma solução mais barata pode trazer consigo uma não conformidade jurídica.

Os documentos eletrônicos, assim como o prontuário eletrônico e o próprio e-mail (amplamente utilizado para instruir defesas processuais), já são utilizados como instrumento de prova nos processos atuais, independentemente de terem sido assinados ou não via certificado digital. Isso porque, como o próprio artigo 225 do Código Civil sustenta:

Art. 225 - As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fotográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

Não menos importante é o artigo 332 do Código de Processo Civil, segundo o qual:

Art. 332 - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis a provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa.

Atualmente, a Resolução CFM n.º 1.821, de 11 de julho de 2007, que aprova as normas técnicas concernentes à digitalização e ao uso dos sistemas informatizados para a guarda e manuseio dos documentos dos prontuários dos pacientes, dispensa a obrigatoriedade do registro em papel apenas quando os referidos sistemas atendam integralmente aos requisitos do Nível de Garantia de Segurança 2 (NGS2).

O NGS2 especifica a utilização de certificados digitais ICP-Brasil para os processos de assinatura e autenticação. Logo, o prontuário “eletrônico” do paciente, se não for assinado com o referido certificado, precisa ser impresso e assinado pelo médico, para atender à Resolução CFM n.º 1.821.

E esse procedimento de imputar as informações no sistema e depois gerar o impresso para colher a assinatura não é incomum. Isso porque, além dos médicos, vários outros profissionais da Saúde (enfermeiros, psicólogos, etc.) precisam inserir informações no prontuário e a grande maioria não possui certificado digital ICP-Brasil.

O que temos observado é que são poucos os hospitais em que seus colaboradores já possuem certificados e que mesmo quando o hospital o fornece há casos difíceis de serem contornados, como, por exemplo, um médico que não faz parte do corpo clínico e que está no hospital apenas para realizar um procedimento e que não tem o certificado.

Situações como essa fazem com que hospitais mantenham uma situação mista, prontuários totalmente eletrônicos e prontuários que originalmente eram eletrônicos, mas que foram impressos, assinados e que passam a ser guardados em papel.

Então, nos perguntamos: **Por que não optar também por outros meios de identificação, como a biometria, se a própria MP 2.200-002/01 dá esta possibilidade, como já analisamos ao longo do presente artigo?**

Com o uso da biometria, evitamos situações como esquecimento do certificado, esquecimento do PIN e do PUK, médicos que não fazem parte do quadro clínico poderão assinar o prontuário de forma eletrônica, evitando assim a migração para o papel.

A biometria é uma forma de autenticação segura, baseada em características físicas da própria pessoa. Não há como emprestar. **Por que então não incluí-la também como forma de assinatura e autenticação no NGS?**

Outro aspecto que merece comentários é a certificação dos sistemas informatizados para a guarda e manuseio dos documentos dos prontuários dos pacientes. De acordo com a Resolução CFM n.º1.821/2007, o Conselho Federal de Medicina (CFM) e a Sociedade Brasileira de Informática em Saúde (SBIS), mediante convênio específico, expedirão selo de qualidade dos sistemas informatizados que estejam de acordo com o Manual de Certificação para Sistemas de Registro Eletrônico em Saúde, aprovado nessa resolução.

Entretanto, outros sistemas que não possuem o referido selo podem, sim, ser utilizados pelos hospitais. Tal esclarecimento foi inclusive

divulgado no próprio site da SBIS, em nota técnica publicada no dia 23/12/2009. O selo não é obrigatório.

A referida Resolução ainda determina a guarda dos prontuários eletrônicos por tempo permanente. Logo, precisamos nos preocupar, sim, com as mídias utilizadas para o armazenamento e também com o formato do arquivo, para garantir a disponibilidade, legibilidade e acessibilidade ao longo do tempo.

Nossa sociedade, de forma geral, está cada vez mais *paperless*, e a área da saúde não tem como fugir desta realidade. O que precisamos é nos atualizar, entender que estamos passando por uma quebra de paradigma e procurar estabelecer critérios que permitam a implantação do prontuário eletrônico do paciente de forma segura, mas viável, considerando as seguintes premissas:

- *1ª. Premissa:* Há necessidade de registro ou documentação de autoria (que não quer dizer uma prova plena, visto que no modelo existente de assinatura em papel não há qualquer requisito de confirmação de identidade. A assinatura manuscrita sem firma reconhecida pode ser questionada. Além disso, há erros e falhas de compreensão por dificuldade de leitura devido à própria caligrafia (baixa legibilidade do documento).

- *2ª. Premissa:* A assinatura eletrônica em um documento eletrônico que seja feita em consonância com as disposições da MP 2.200-002/01 equipara-se a uma assinatura feita de próprio punho em um documento em papel. Importante ressaltar, ainda, que a certificação digital confere uma camada adicional de segurança, podendo ser comparada à assinatura de próprio punho com reconhecimento de firma, isto porque toda assinatura realizada dentro da ICP-Brasil passa por um processo de autenticação, intrínseco à sua própria utilização, como se desprende do artigo 1º da MP 2.200-2/2001. Logo, se tradicionalmente os documentos são assinados em papel sem a exigência de reconhecimento de firma, por que deveríamos exigir isso agora? Não é um requisito de validade o documento escrito ter firma reconhecida, mas cabe às partes a guarda do original para fins de perícia.

- *3ª. Premissa:* assim como o reconhecimento de firma se aplica a uma pequena parte das obrigações estabelecidas, o mesmo ocorre com o certificado digital, visto que o mesmo não é ainda popular (nem

todas as pessoas possuem). Logo, se o que é importante é a guarda do original, seria possível, sim, uma autenticação ocorrer por uso de biometria, ou, ainda, senha com token, por exemplo, e ser guardado o documento original eletrônico. É isso que tem sido implementado há anos no Mercado Financeiro e na indústria de Cartão de Crédito (cartão com chip e senha de 4 dígitos).

- *4ª. Premissa:* além da capacidade de documentar a autoria (autenticidade), que, como visto, pode ocorrer até com uma autenticação por senha (como já fazem a indústria de Cartão de Crédito e o Mercado Financeiro de um modo geral), há a necessidade de se guardar o documento original íntegro (sem adulterações ao longo do tempo), por isso, muitos sistemas de guarda de provas eletrônicas necessitam de uso de solução de segurança da informação com um padrão mínimo de criptografia para preservação da integridade. Esta proteção pode ser aplicada a cada documento ou a toda a base de dados e ao servidor e não precisa ser necessariamente realizada pelo usuário do sistema, podendo ser feita pelo gestor do mesmo.

- *5ª. Premissa:* a equiparação da assinatura manuscrita é a biometria. Logo, um sistema que use autenticação biométrica e aplique uma solução de segurança da informação com uso de criptografia dos dados pelo gestor do ambiente atende plenamente aos 2 requisitos jurídicos fundamentais, de autenticidade e integridade.

- *6ª. Premissa:* deve-se guardar o documento original, que é o da primeira manifestação de vontade. Qualquer migração de suporte com coleta de nova manifestação de vontade está gerando um novo documento, e há possibilidade, então, de adulteração (fraude).

Conclusão:

Pode-se dizer que o PEP é uma realidade bem-vinda que tem muito a agregar para o desenvolvimento do conhecimento na área da saúde, para melhorar o combate à fraude e até mesmo para aperfeiçoar as próprias práticas clínicas e hospitalares. Contudo, os procedimentos recomendados para a sua elaboração precisam ser revistos e não é verídica a informação de que o documento eletrônico para

PRONTUÁRIO ELETRÔNICO: O DESAFIO DA QUEBRA DE PARADIGMAS EM UMA SOCIEDADE EM TRANSFORMAÇÃO - DO ANALÓGICO PARA O DIGITAL

Dra. Patrícia Peck Pinheiro
Dra. Sandra Tomazi

ser válido precisa necessariamente do certificado ICP-Brasil. Há outras técnicas que podem ser adotadas, desde que preservadas a integridade e a autenticidade do documento eletrônico.

A prática atual de impressão do prontuário eletrônico e assinatura manuscrita do mesmo fere os princípios jurídicos de proteção legal de documento original da Sociedade Digital, gerando um novo documento que precisa de uma nova autenticação e que pode sofrer quebra de integridade na migração de suporte eletrônico para suporte papel.

Ainda falando em termos de autenticação, há modelos ainda mais fortes, baseado no tripé: o que eu sei (senha), o que eu tenho (token, cartão com chip, certificado simples) e o que eu sou (biometria). Isso, aplicado a um ambiente protegido com criptografia e segurança da informação, garante a conformidade legal da Saúde Digital.

Continuando na análise de cenários, sendo irredutível a exigência da presença de um certificado digital em um dado momento do processo, poderíamos também pensar em um modelo misto, em que o médico que não tem certificado se autentica por meio de uma senha ou biometria e na guarda do prontuário eletrônico coloca-se apenas o certificado digital do hospital. No primeiro momento garantimos a autenticidade e no segundo a integridade, e por fim, garantimos que o documento seja guardado em seu estado original, que é o eletrônico.

Vamos vivenciar cada vez mais uma Sociedade *paperless*, em que a própria Medicina está evoluindo, desde a aplicação de diagnósticos por imagem, o uso de telemedicina e até mesmo a presença nas redes sociais.

Portanto, devemos repensar o modelo inicialmente traçado para o prontuário eletrônico para garantir a legalidade, com viabilidade, sem perder de vista a questão da segurança. O que é possível!

REFERÊNCIAS

- BITTAR, Olímpio José Nogueira Viana. Aspectos Legais do prontuário médico no Brasil. **Revista Paulista de Hospitais**, ago. 1980.
- MILLER, Amalia R.; TUCKER, Catherine E. Can Health Care Information Technology Save Babies? **The Journal of Political Economy**, v.119, n. 2, p. 289-324, 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1086/660083>.
- PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 286-288.
- STRINGHER, Ademar. **Aspectos Legais da Documentação em Meios Micrográficos, Digitais e Eletrônicos**. São Paulo: CENADEM, 2003. p. 133.
- TEIXEIRA, Josenir. **Prontuário do Paciente: aspectos jurídicos**. Goiânia: AB, 2008, p. 6-9.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Cartilha sobre Prontuário Eletrônico. Disponível em: http://www.sbis.org.br/certificacao/Cartilha_SBIS_CFM_Prontuario_Eletronico_fev_2012.pdf



***SOBRE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA
DAS ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA
SOCIAL ATUANTES NA ÁREA DA SAÚDE:
APLICABILIDADE COM RELAÇÃO AO
ICMS INCIDENTE SOBRE AQUISIÇÕES DE
MERCADORIA NO MERCADO INTERNO***

*Renato Nunes**

*Felipe Medaglia**

*Advogado em São Paulo, Professor Universitário, Especializado, Mestre e
Doutorando em Direito Tributário pela PUC/SP.*

Advogado em São Paulo, Especializado em Direito Tributário pela FGV/SP.

*

**

I. Introdução: Alcance da Imunidade Tributária

O artigo 150, VI, “c”, § 7º da Constituição Federal concedeu às entidades de assistência social tratamento tributário diferenciado, mediante outorga de imunidade tributária.

Sem adentrarmos na discussão quanto à natureza jurídica das imunidades tributárias, fato é que o constituinte, ao outorgá-las, teve como objetivo maior prestigiar e incentivar o exercício da assistência social, ferramenta essencial para o atingimento dos valores reputados relevantes pela sociedade brasileira, por meio de seus representantes, com a Constituição Federal de 1988 — a “Constituição Social”.

Nesse sentido, consideramos que a Constituição Federal de 1988 outorgou a essas entidades tratamento tributário diferenciado, de modo a permitir-lhes investir mais na prática da própria assistência social, eis que o exercício de tais atividades é típica função pública e, conforme ensina-nos o Professor José Eduardo Soares de Melo¹:

“(...) suplementam as atividades essenciais do Estado no que concerne à assistência médica, hospitalar, farmacêutica, dentária, educacional. É indubitosa a insuficiência da Administração Pública na prestação de tais serviços, motivo que certamente inspirou o legislador constitucional a desonerar a carga tributária desses particulares no que tange a esta atividade complementar do poder público”.

O próprio preâmbulo da Constituição Federal de 1988 é preciso em demonstrar que a assistência social, seja ela prestada pelo próprio Estado, seja por entidades beneficentes de assistência social, é um dos principais objetivos do Estado brasileiro:

¹ MELO, José Eduardo Soares de. Contribuições Sociais no Sistema Tributário. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 283.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Em decorrência desses princípios e por reconhecer a incapacidade do Estado em promover, por si próprio, o bem-estar de toda a coletividade, é que, a nosso ver, a Constituição Federal de 1988 outorgou imunidades tributárias às entidades de assistência social, exoneração esta relativa a impostos e contribuições sociais.

II. Aquisição de mercadorias no mercado interno por entidades de assistência social – incidência da imunidade

Caso a entidade de assistência social cumpra determinados requisitos, poderá gozar da imunidade tributária prevista no art. 150, IV, “c”, da Constituição Federal, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituírem impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços das instituições de assistência social, conquanto tais itens relacionem-se com as finalidades essenciais de tais entidades.

“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:

SOBRE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL ATUANTES NA ÁREA DA SAÚDE: APLICABILIDADE COM RELAÇÃO AO ICMS INCIDENTE SOBRE AQUISIÇÕES DE MERCADORIA NO MERCADO INTERNO
Renato Nunes e Felipe Medaglia

(...)

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;

(...)

§ 4º - As vedações do inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

(...)”.

Buscando limitar o alcance da norma imunizante contida no artigo 150, VI, “c” da Constituição, entendem as Fazendas Estaduais, de um modo geral, que tal imunidade tributária somente se aplica àqueles impostos classificados pelo Código Tributário Nacional como impostos sobre o patrimônio e a renda — Título III, Capítulo III: impostos sobre o patrimônio e a renda: art. 29 – ITR; art. 32 – IPTU, art. 35 – ITBI; art. 43 – IR, e o imposto sobre serviços: artigos 68 a 73 do Código Tributário Nacional.

Assim, de acordo com esse entendimento, como o Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) é classificado pelo Código Tributário Nacional como um imposto incidente sobre a circulação de mercadoria (Título III, Capítulo II, do CTN), a imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, “c” da Constituição Federal a este não se aplicaria.

Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal (“STF”) já se manifestou reiteradas vezes que *“não há invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles”*².

² RE n.º 203.755-9/ES, Segunda Turma, rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 17.09.1996, publicado no DJ em 08.11.1996.

O entendimento acima indicado foi confirmado pelo STF em ação em que se discutia a legitimidade da cobrança do ICMS sobre importação de bens por entidades de assistência social, tendo o Excelso Pretório decidido pela impossibilidade de exigência do ICMS sobre tais operações em razão da imunidade tributária.

Se a aplicabilidade da imunidade tributária ao ICMS incidente na importação promovida por entidade de assistência social é extrema de dúvidas, nos termos da jurisprudência do STF, o mesmo não se pode dizer com relação a operações (notadamente, operações de aquisição de bens e mercadorias) promovidas no mercado interno. Com efeito, não há até o momento qualquer Decisão de mérito do STF ou, mesmo, do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Os Tribunais de Justiça dos Estados, por sua vez, também não possuem posicionamento uno sobre o tema, havendo decisões em ambos os sentidos.

Capitaneados pelas Fazendas Estaduais, aqueles que defendem a não aplicabilidade da imunidade tributária em aquisições no mercado interno sustentam, no mais das vezes, que, ao promover a aquisição de bens e mercadorias no mercado interno, nem as entidades de assistência social nem o seu patrimônio se sujeitam ao ICMS. Argumentam que não se pode cogitar imunizar tais operações, na medida em que as entidades de assistência social não participam da relação tributária (apenas arcando com o ônus financeiro, na qualidade de contribuinte de fato), pois o contribuinte de direito é o vendedor da mercadoria.

Em contrapartida, os defensores da aplicação da imunidade defendem, em sua maioria, que a imunidade tem por objetivo principal não onerar o patrimônio das entidades de assistência social. Nesse sentido, como o bem adquirido no mercado interno é incorporado ao patrimônio de tais entidades, o ICMS acaba por onerá-las de forma indireta, argumento que nos parece mais correto.

Nada obstante a questão relativa à imunidade do ICMS incidente sobre a importação de mercadorias por entidades de assistência social não se confundir com a questão relativa à aquisição de mercadorias no mercado interno, alguns dos motivos que fundamentaram tais decisões também estão presentes nesta nova discussão.

As decisões do STF relativas à matéria — importação de mercadorias por entidades beneficentes de assistência social — possuem

SOBRE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL ATUANTES NA ÁREA DA SAÚDE: APLICABILIDADE COM RELAÇÃO AO ICMS INCIDENTE SOBRE AQUISIÇÕES DE MERCADORIA NO MERCADO INTERNO
Renato Nunes e Felipe Medaglia

dois fundamentos principais, quais sejam: (i) tais entidades, quando atuam na qualidade de importadores de mercadorias, assumem a condição de contribuintes de direito do ICMS, aplicando-se, assim, o artigo 150, VI, § 4º; e (ii) não bastassem serem contribuintes de direito, tais entidades são, também, contribuintes de fato, razão pelo qual o ICMS exigido sobre a importação acaba por onerar o seu patrimônio.

Apesar de a primeira razão — fato de a entidade de assistência social ser contribuinte de direito do ICMS — não se aplicar à hipótese aqui tratada (aquisição de bem no mercado interno), a segunda razão lhe é perfeitamente aplicável. Isso porque, embora as pessoas que efetuam a venda do bem às entidades de assistência social sejam os contribuintes de direito do ICMS incidente sobre a operação, o ônus financeiro deste imposto, por força do princípio constitucional da não cumulatividade, deve ser suportado pelo consumidor final da mercadoria, no caso concreto, aquela espécie de entidade³.

Não há dúvida de que, no aspecto formal, o sujeito passivo da relação tributária é o vendedor da mercadoria, a quem compete a apuração e recolhimento do tributo, e que o consumidor (entidade de assistência social) não teria, sob o prisma da operação (aquisição de bem no mercado interno), nenhum vínculo jurídico direto com o Estado.

O que se deve questionar, contudo, é se tal circunstância deve suplantar a finalidade perseguida pela Constituição, qual seja, de exonerar de tributos as instituições de finalidade assistencial, quando, sabidamente, será repassado a estas o custo do tributo. Ora, a imunidade tributária deve abranger todos aqueles tributos capazes de subtrair o patrimônio das entidades de assistência social, e não apenas e tão-somente aqueles tributos cujo contribuinte de direito sejam tais entidades, de modo que a aquisição de bem incorporado no patrimônio destas nunca poderia ensejar a cobrança do ICMS.

Por isso, se a mera condição de contribuinte de direito — que repassa o custo ao adquirente — desse lugar à incidência da imunidade tributária, com maior razão a condição de contribuinte de fato — que efetivamente arca com o custo do tributo — deve também ser conside-

³ Por tal consequência, o fenômeno mencionado é chamado de “teoria da repercussão”, na medida em que “(...) o contribuinte paga o imposto, mas liberta-se do sacrifício transferindo-o a terceiros, no todo ou em parte”. BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 164.

rada por esta albergada, eis que é justamente este o espírito da norma imunizante.

Nesse sentido, diga-se, são os ensinamentos do saudoso Aliomar Baleeiro⁴, para quem “(...) a imunidade, para alcançar seus efeitos de preservação, proteção e estímulo, inspiradores do constituinte, pelo fato de serem os fins das instituições beneficiadas, também atribuições, interesses e deveres do Estado, deve abranger os impostos que, por seus efeitos econômicos, segundo as circunstâncias, desfalcariam o patrimônio, diminuiriam a eficácia dos serviços ou a integral aplicação das rendas aos objetivos específicos daquelas entidades presumidamente desinteressadas por sua própria natureza”.

Cumpramos, ainda, que, muito embora o STF não tenha enfrentado diretamente a questão relativa à aplicabilidade da imunidade às aquisições no mercado interno por entidade de assistência social, alguns Ministros já se manifestaram favoráveis à extensão da imunidade a tais situações. Como exemplo digno de nota, destaca-se recente julgamento realizado pela Segunda Turma do Excelso Pretório, nos autos do Agravo de Instrumento n.º 539.922/RS, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, *in verbis*:

ICMS. IMUNIDADE. (ART. 150, VI, C, DA CF). AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS NO MERCADO INTERNO. ENTIDADE BENEFICENTE.

1. A imunidade tributária prevista no art. 150, VI, c, da Constituição, compreende as aquisições de produtos no mercado interno, desde que os bens adquiridos integrem o patrimônio dessas entidades beneficentes.

2. Agravo regimental improvido. (AI 535922 AgR/RS, Segunda Turma, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 30.09.2008, publicado no DJe em 14.11.2008)

⁴ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. Anotado por Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 313.

SOBRE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL ATUANTES NA ÁREA DA SAÚDE: APLICABILIDADE COM RELAÇÃO AO ICMS INCIDENTE SOBRE AQUISIÇÕES DE MERCADORIA NO MERCADO INTERNO
Renato Nunes e Felipe Medaglia

Entendimento idêntico já fora proferido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 203.755/ES, conforme mencionamos linhas atrás:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. C.F., art. 150, VI, “c”.

I. Não há invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. O que cumpre perquirir, portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade abrangida pela imunidade.

II. - Precedentes do STF.

III. - R.E. não conhecido.

(RE n.º 203.755-9/ES, Segunda Turma, rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 17.09.1996, publicado no DJ em 08.11.1996)

Por bem resumir a matéria, os autores aproveitam para transcrever trecho do voto do Ministro Carlos Velloso no supracitado julgamento:

“Como o ICMS, tal qual o IPI e o IOF, são classificados, no CTN, como impostos sobre a produção e circulação (CTM, Título III, Capítulo IV, arts. 46 e segs.), costuma-se afirmar que não estão eles abrangidos pela imunidade do art. 150, VI, “c”, da Constituição.

A objeção, entretanto, não é procedente.

É que tudo reside no perquirir se o bem adquirido no comércio interno ou externo, é do patrimônio da entidade coberta pela imunidade. Se isto ocorrer, a imunidade tributária tem aplicação às inteiras.

(...)

Ruy Barros Monteiro, que escreveu trabalho a respeito do tema — “Apontamentos sobre imunidades tributárias à luz da jurisprudência do S.T.F.”, em Revista de Informação Legislativa nºs 93/139 e 94/199 —, demonstra que o Supremo Tribunal Federal, em numerosos julgamentos, rejeitou a tese fiscalista (RIL 93/151 e ss). É que não cabe distinguir, para os efeitos da imunidade tributária, entre bens e patrimônio (RE 88.671-RJ, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, RTJ 90/263). Ora, o patrimônio se constitui do conjunto de bens. Destarte, se o bem tem como dono a entidade coberta pela imunidade, esse bem integra o patrimônio dessa entidade, motivo por que a imunidade tributária tem aplicação, às inteiras”.

Embora tais precedentes sejam relativos à situação diversa da analisada no presente caso — trata-se de aquisições promovidas mediante importação —, são emblemáticos para demonstrar a posição de alguns dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, para quem tal aquisição, mesmo realizada no mercado interno, estaria albergada pela imunidade.

Salientamos que o entendimento aqui defendido também vem sendo acolhido por alguns Tribunais de Justiça, conforme se verifica das ementas abaixo colacionadas:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS:

“MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - INCIDÊNCIA - ENTIDADE FILANTRÓPICA - IMUNIDADE.

- As instituições de assistência social foram declaradas, pela Constituição, imunes a impostos exatamente porque buscam ou avocam os mesmos princípios do Estado, a realização do bem comum, como o trabalho realizado pelas Santas Casas de Misericórdia, que dão assistência médico-hospitalar gratuita a pessoas carentes, sendo altamente louvável que usufruam de tais benefícios.

SOBRE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL ATUANTES NA ÁREA DA SAÚDE: APLICABILIDADE COM RELAÇÃO AO ICMS INCIDENTE SOBRE AQUISIÇÕES DE MERCADORIA NO MERCADO INTERNO
Renato Nunes e Felipe Medaglia

- Os contribuintes de direito são os fornecedores de medicamentos, máquinas e equipamentos necessários à consecução das atividades filantrópicas da apelante, a mesma é quem suporta o valor do imposto embutido na operação de venda das mercadorias, como se fosse o contribuinte de fato, sendo válido o reconhecimento do direito, pois poderia buscá-lo em eventual restituição, na dicção do artigo 166 do Código Tributário Nacional”.

(Apelação cível n.º 1.0000.08.470001-2/000(1), rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, julgado em 02.07.2008, publicado no DJ em 08.08.2008)

* * * * *

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA:

“Imunidade tributária. ICMS. Entidade filantrópica. Asilo. CF, art. 150, VI, c. Interpretação teleológica. Proteção a direitos fundamentais. Desoneração de serviço essencial. Cobrança ilícita. Caracterização somente após a informação à Administração Pública. A imunidade, para alcançar os efeitos de preservação, proteção e estímulo, inspiradores do constituinte, pelo fato de serem os fins das instituições beneficiadas, também atribuições, interesses e deveres do Estado, deve abranger os impostos que, por seus efeitos econômicos, segundo as circunstâncias, desfalcariam o patrimônio, diminuiriam a eficácia dos serviços ou a integral aplicação das rendas aos objetivos específicos daquelas entidades presumidamente desinteressadas por sua própria natureza (Aliomar Baleeiro). A imunidade tributária em favor das instituições de assistência social seguem o propósito de desonerar o serviço prestado por estas. Nesse contexto, a despeito de subjetivas, contém um indisfarçável elemento objetivo. Assim é que, interpretando-

-se teleologicamente o dispositivo do art. 150, VI, c, conclui-se que o imposto, seja direito ou indireto, não deve onerar a prestação de serviço essencial por instituição de assistência social. O preceito, assim, excepciona a regra geral de incidência tributária prevista por lei. A aquisição de mercadorias ou serviços ligadas à atividade-fim de instituição de assistência social encontra-se ao abrigo da imunidade tributária, não ensejando, portanto, a cobrança de imposto. Em razão da vasta extensão da rede de energia elétrica implantada no Estado de Santa Catarina, é desarrazoado impor à Administração o dever de averiguar a situação jurídica de cada um dos usuários do serviço. O Estado não pode ser responsabilizado pela cobrança de ICMS em fatura de energia elétrica enviada a instituição de fim social se esta não procurou, pela via administrativa, comunicar a sua qualidade de entidade beneficiada por imunidade tributária”.

(Apelação cível n.º 2008.048255-0, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, julgado em 07.04.2009, publicado no DJe em 30.06.2009)

* * * * *

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ:

“APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMUNIDADE DE QUE TRATA O ART. 150, VI, 'C', CF/88. AQUISIÇÃO DE BENS PARA INTEGRAR O ATIVO FIXO DA ENTIDADE. ICMS. INCIDÊNCIA AFASTADA. De acordo com o artigo 150, VI, 'c', da Constituição Federal, a norma constitucional imunizante incide sobre a aquisição de bens a compor o patrimônio, renda ou serviços das instituições assistenciais, conferindo tratamento fiscal diferenciado para que as entidades (observados os requisitos do art. 14 do CTN) possam atingir seu objeto social. RE-

SOBRE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL ATUANTES NA ÁREA DA SAÚDE: APLICABILIDADE COM RELAÇÃO AO ICMS INCIDENTE SOBRE AQUISIÇÕES DE MERCADORIA NO MERCADO INTERNO
Renato Nunes e Felipe Medaglia

CURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO”.

(Apelação Cível e Reexame Necessário - 0477211-0, Relator: Manassés de Albuquerque, julgado em 12.08.2008, publicado no DJ em 29.08.2008)

Aliás, adotar entendimento em sentido contrário — de que a operação de circulação somente será imune se o contribuinte de direito for entidade de assistência social —, tal qual defendem as Fazendas Estaduais, não contrariaria apenas o artigo 150, VI, “c”, da Constituição, como também a própria estrutura do ICMS veiculada por este Diploma, porquanto tal Imposto não onera a produção de mercadorias, mas sim o seu consumo.

É verdade que todos os tributos (e.g. IR, Contribuição ao PIS, Cofins, ISS, etc.) são economicamente repassados ao consumidor final, até porque, se assim não o fosse, as atividades das empresas restariam inviabilizadas. Contudo, no caso específico do ICMS (e também do IPI), por força do princípio da não cumulatividade, a Constituição Federal determina ao contribuinte de direito (produtor, comerciante etc.) que obrigatoriamente transfira o encargo financeiro, ou melhor, o ônus do tributo ao consumidor final.

Como consequência disso, tem-se que a Constituição Federal determina que o ICMS não será suportado pelo contribuinte de direito, mas sim pelo contribuinte de fato (consumidor), sobre o que são ilustrativos os ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coelho e Misabel Abreu Machado Derzi⁵:

“Afirmar que o Imposto de Importação (II), o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte e Comunicação (ICMS), o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) ou a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) são repassados ao consumidor final e não podem ser suportados pela empresa, porque independem dos

⁵ DERZI, Misabel Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. Direito a compensação de créditos no ICMS. *Revista dialética de direito tributário*, v. 27, p. 98, 1997.

resultados da pessoa e integram o custo da atividade, é uma verdade econômica. (...) Mas essa afirmação que é simplesmente econômica para a maior parte dos tributos, que oneram a pessoa independentemente do resultado da atividade, no caso do ICMS e do IPI, ao contrário, encontra apoio jurídico na Constituição.

É que a Carta brasileira impõe a observância do princípio da não cumulatividade, de tal sorte que o contribuinte (comerciante) deve compensar, com o imposto incidente sobre as operações que realizar, o imposto relativo às compras por ele efetuadas. (...) Portanto o princípio, consagrado na Lei Fundamental, autoriza único entendimento: o ICMS não deve ser suportado pelo contribuinte (comerciante, industrial ou produtor); o ICMS, por licença constitucional, onera o consumidor — não contribuinte — que não pode repassar o custo do imposto”.

Corroborar este entendimento o fato de a própria Constituição determinar que o ICMS deve ser seletivo em razão da essencialidade da mercadoria, circunstância verificada em razão dos consumidores (contribuintes de fato). O alimento é mais essencial ao seu consumidor do que o cigarro, razão pela qual aquele deve sujeitar-se a uma carga de ICMS inferior ao último.

Nesse sentido, importantes são as observações de Roque Antonio Carraza⁶, para quem:

“Evidentemente, o princípio da seletividade tem por escopo favorecer os consumidores finais, que, no final das contas, são os que suportam a carga econômica do ICMS. Não é por outra razão que quem, adquirindo bem ou serviço luxuoso, revela possuir grande capacidade econômica deve ser proporcio-

⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 376.

SOBRE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL ATUANTES NA ÁREA DA SAÚDE: APLICABILIDADE COM RELAÇÃO AO ICMS INCIDENTE SOBRE AQUISIÇÕES DE MERCADORIA NO MERCADO INTERNO
Renato Nunes e Felipe Medaglia

nalmente mais tributado por meio deste imposto do que quem compra um bem imprescindível à sua vida ou frui de um serviço essencial. É que, neste último caso, não há, em rigor, liberdade de consumo, mas, apenas, necessidade, já que ninguém pode prescindir de pão, de transporte coletivo, de energia elétrica (apenas para citarmos alguns exemplos). Daí ser imperioso que sobre estes bens e serviços se faça sentir um tratamento fiscal mais brando”.

Ademais, a exemplo da Constituição Federal, também o Código Tributário Nacional, artigo 166, reconhece que o contribuinte de fato de tributos que comportem a transferência jurídica do encargo financeiro (quais sejam, ICMS e IPI) participa, sim, da relação jurídica tributária (ainda que o vínculo jurídico tributário seja entre o contribuinte de direito e o ente tributante), ao atribuir a este — e não ao contribuinte de direito, salvo expressa autorização — o direito à restituição de tributos eventualmente recolhidos de forma indevida ou a maior.

Por que foi exposto, entendemos que é manifestamente inconstitucional a exigência de ICMS sobre as aquisições de mercadorias promovidas no mercado interno por entidades de assistência social atuantes na área da saúde, tais como santas casas e instituições filantrópicas mantenedoras de hospitais, casas de saúde, laboratórios, etc.



**Direito e Saúde
2012**

***RESPONSABILIDADE CIVIL
DOS HOSPITAIS E
ESTABELECIMENTOS
DE SAÚDE***

*Rosana Florencio da Silva **

*Waldomiro Alves da Costa Júnior ***

I. Resumo

O estabelecimento hospitalar é fornecedor de serviços – serviços de saúde médico-hospitalares – e está, portanto, sujeito às normas do Código de Defesa do Consumidor – CDC e do Código Civil, no que couber, além de outras normas legais do ordenamento jurídico pátrio, quer no que tange ao atendimento de pacientes internados nas suas dependências, pacientes externos, em caráter eletivo, de urgência ou emergência.

A responsabilidade dos médicos é contratual, e como os médicos executam procedimentos no ambiente hospitalar, além deste contrato entre o médico e o paciente surge também um contrato, mais amplo – que não se restringe aos cuidados médicos –, entre o hospital e o paciente, que traz como consequência o risco de ser o hospital responsabilizado em caso de dano a um paciente.

Neste contrato a obrigação do hospital no seu atendimento ao paciente, gize-se, é de meios, e não de resultado. O hospital não tem a obrigação de curar um determinado paciente. A sua obrigação está relacionada diretamente com os aspectos da assistência médica que prestar, devendo ser, esta, a mais adequada possível.

Há implícita, no contrato entre o hospital e o paciente, uma cláusula de incolumidade, por ocasião do atendimento hospitalar, que se diferencia da obrigação de meios à qual se obriga o hospital com o paciente, ou seja, além de agir com prudência, diligência e perícia por meio dos seus recursos humanos, no atendimento ao paciente, tem também o hospital a obrigação de manter incólume o paciente durante a estada em suas dependências.

Quando a causadora de um dano ao paciente for uma atividade característica de atendimento médico, e este médico for funcionário ou membro do Corpo Clínico do nosocômio, para o hospital ser responsabilizado tem que haver culpa no agir desse profissional.

Depois de averiguada a presença de culpa no agir do médico é que, objetivamente, será responsabilizada a entidade hospitalar pelo dano causado ao paciente.

As atividades características de atendimento essencialmente hospitalar – não médicas – se revestem de um caráter de objetivida-

de, pois ao tratarmos de danos causados por serviço de recepção, infecção hospitalar, enfermagem, nutrição, limpeza, hemoterapia, cuja competência de execução seja atribuída exclusivamente à empresa hospitalar, a tendência majoritária – dominante – na jurisprudência e na doutrina pátrias parece ser pela imputação objetiva na responsabilização do ente hospitalar.

No mesmo sentido, não parece haver dúvida quanto ao caráter de serviço público, mesmo que delegado, da atividade de prestação de serviços hospitalares por parte dos hospitais privados (pessoas jurídicas de direito privado), e se aplica a responsabilidade em caso de dano a um paciente o previsto no parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição Federal.

Palavras-chave: Hospital. Clínica. Serviços de Saúde. Erro Médico. Obrigação de Resultado. Responsabilidade Objetiva. Responsabilidade Civil.

II. Responsabilidade Civil dos Hospitais e Estabelecimentos de Saúde

1. Conceito de responsabilidade civil

Sérgio Cavalieri Filho¹ define a responsabilidade civil como sendo *“o principal objetivo da ordem jurídica, é proteger o lícito e reprimir o ilícito, ao mesmo tempo que ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, reprime a conduta daquele que o contraria”*.

Diante de tal informação, pode-se dizer que a ordem jurídica estabelece deveres positivos e negativos, sendo como positivos os deveres de fazer ou dar alguma coisa e como deveres negativos os de não fazer ou suportar alguma coisa. Dever jurídico, portanto, seria a conduta externa de um indivíduo imposta pelo Direito Positivado em virtude da convivência em sociedade, e que a violação deste dever jurídico gera outro dever jurídico.

¹ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.25.

Assim, a noção de responsabilidade civil se dá na forma do dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um direito e o conseqüente dano, logo a pessoa que descumpriu determinado dever jurídico deve reparar o dano, via de uma obrigação.

2. Obrigação de meio ou de resultado

Quando se trata de responsabilidade civil do médico, não há dúvidas de que a natureza jurídica de sua obrigação é de meio, ou que a do cirurgião plástico quando se trata de cirurgia meramente estética é de resultado.

Conhece-se por obrigação de meio aquela em que o profissional deverá colocar à disposição do paciente todos os recursos, além de conhecimentos atualizados, visando ao melhor resultado possível; a cura *ad integrum*, no entanto, não pode ser prometida, pois seres biológicos não respondem matematicamente ao tratamento e resultados adversos são assim possíveis, apesar do melhor empenho da equipe médica.

Na obrigação de resultado há o compromisso do contratado com um resultado específico, que é o cerne da própria obrigação, sem qual não haverá o cumprimento desta. O contratado compromete-se a atingir objetivo determinado, de forma que quando o fim almejado não é alcançado ou é alcançado de forma parcial, tem-se a inexecução da obrigação e se este resultado não é obtido, independentemente de culpa ou não, haverá ruptura do contrato, cabendo reparação do dano.

3. Responsabilidade subjetiva e objetiva do hospital

Quando se tratar da responsabilidade civil do hospital, não há dúvidas de que a sua natureza jurídica é contratual. A seu mister, Aguiar Júnior² conceitua o hospital como sendo a *“universalidade de fato, formada por um conjunto de instalações, aparelhos e instrumentos médi-*

² DE AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil dos médicos. *Revista Jurídica*, n. 231, p. 122, jan. 1997.

cos e cirúrgicos destinados ao tratamento da saúde, vinculada a uma pessoa jurídica, sua mantenedora, mas que não realiza ato médico”.

Ademais, sabe-se que como pessoa jurídica ele não realiza ou pratica atos médicos. Entretanto, ao observar a caracterização da culpa *in eligendo*, ou seja, aquela em que o patrão, no caso o hospital, responde pela má escolha do preposto, no caso, o médico. No dizer de Cavalieri Filho³, “a culpa do patrão ou comitente era presumida pelo ato culposo do empregado ou preposto, consoante a Súmula n. 341 do Supremo Tribunal Federal, em razão da má escolha do mesmo”.

Desse modo, conforme Néri Tadeu Câmara Souza⁴:

“é obrigação do hospital escolher bem, devem ser competentes técnica e moralmente, sejam da classe médica ou não, aqueles que desempenham no estabelecimento suas atividades; tanto o médico membro do corpo clínico, como o empregado, e, até mesmo, aquele médico que eventualmente exerça a sua atividade no hospital.”

Fala-se em responsabilidade civil objetiva onde, conceitualmente, não há que se falar em culpa, bastando dano e o nexo causal. Em se tratando desta modalidade, pode haver a inversão do ônus da prova quando presentes a verossimilhança ou a hipossuficiência do paciente.

Já quando a responsabilidade é fundada na culpa presumida, que é aquela que Cavalieri Filho⁵ define como sendo aquela em que “o causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado; mas, por se tratar de presunção relativa – *juris tantum* –, pode elidir essa presunção provando que não teve culpa”, é o que se chama de inversão do ônus da prova, e cabe ao hospital provar que não agiu com culpa.

Ao configurar qualquer das situações acima descritas, o hospital passa a ter o ônus de provar, em juízo, que não é o responsável pelos danos causados ao paciente. Uma vez que, sendo o hospital prestador

3 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

4 SOUZA, Néri Tadeu Câmara. Responsabilidade civil do hospital. **Jus Navegandi**, Teresina, v. 6, n. 54, fev. 2002.

5 Obra Citada, p. 60

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS E ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE

Rosana Florencio da Silva
Waldomiro Alves da Costa Júnior

de serviços, suas ações são avaliadas nos termos do art. 14 *caput* do Código de Defesa do Consumidor que dispõe o seguinte: “o fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

Nesse diapasão, salienta Cavalieri Filho:⁶

“(...) no regime do Código de Defesa do Consumidor não mais cabe falar em responsabilidade presumida do patrão em relação ao empregado, porque o fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixou de ser a relação contratual, bem como, o fato de terceiro, para se materializar na relação de consumo, contratual ou não, respondendo objetivamente o Hospital, como fornecedor de serviços, quando presente o defeito na sua prestação.”

Entretanto, deve-se lembrar e ressaltar que quando se trata da responsabilidade de hospitais públicos, a doutrina e a jurisprudência dividem-se em grupos distintos, contudo a maioria entende que a responsabilidade dos hospitais públicos tem fundamento jurídico objetivo, observando o disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade dos hospitais é objetiva, e confirmando este entendimento nossos tribunais também assim o entendem, conforme acórdão proferido pelo Desembargador da Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região Dr. Tourinho Neto (*apud*, Kfourir Neto)⁷, que relata o seguinte:

“responde a autarquia pelo dano causado por médico anestesista de seu hospital, que aplicando anestesia raquiana causa dano ao sistema locomotor da paciente, sem que tivesse havido interferência de causa

6 Obra Citada, p. 120

7 KFOURI NETO. Miguel. **A responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 520.

estranha (força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima)."

E também, seguindo a mesma linha de raciocínio, o Desembargador do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Dr. Pinheiro Lapos (*apud*, Kfoury Neto)⁸, proferiu acórdão nesses termos:

"Responsabiliza-se civilmente o hospital, em virtude de erro médico ocorrido em suas dependências, se não reconhecidas as possíveis complicações do tipo de anestesia aplicada. Considera-se irrelevante, para fins de responsabilidade civil, o fato de ser o preposto remunerado ou não pelo próprio hospital, dada a existência de convênio com a Previdência Social, ocorrendo verdadeira sub-rogação de preposição."

Em suma, responde o hospital objetivamente pelos danos causados pelo seu preposto, seja ele remunerado ou não pela instituição.

4. Responsabilidade solidária do estabelecimento de saúde – caso a caso

A relação jurídica de consumo se estabelece entre dois polos distintos. De um lado, estão os consumidores, ou pessoas a eles equiparadas; no outro polo podem figurar um único fornecedor ou até mesmo uma multiplicidade de fornecedores que, por qualquer forma de organização empresarial, integrem determinada cadeia de prestação de serviços ou de produção.

Na hipótese concreta, se está diante de uma verdadeira cadeia de fornecimento de serviços médicos. Há clara colaboração entre hospital e médico, que fornecem serviços conjuntamente e de forma coordenada. Nesta espécie de mutualismo, os médicos realizam determinadas cirurgias em hospitais que lhes propiciem maiores vantagens, e os hospitais, por sua vez, têm interesse em que o maior número de

⁸ Obra Citada, p. 242

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS E ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE

Rosana Florencio da Silva
Waldomiro Alves da Costa Júnior

médicos utilizem seus serviços. O serviço hospitalar não existiria sem a prestação dos serviços médicos, e estes teriam suas atuações extremamente limitadas sem as facilidades oferecidas pelo hospital.

Resta claro que, independentemente de médicos e hospitais se completarem mutuamente, em alguns casos o Hospital mantém relação contratual ou empregatícia com o médico, admitindo-o na qualidade de empregado ou preposto. Nesse contexto, o exercício de sua atividade é supervisionado pelo estabelecimento de saúde, visto que ao diretor clínico compete dirigir, coordenar e orientar seu Corpo Clínico; supervisionar a execução das atividades de assistência médica; zelar pela fiel observância do Código de Ética Médica; promover e exigir o exercício ético da medicina. Assim, verifica-se que a aceitabilidade dos médicos para o exercício de sua profissão no interior de hospitais depende diretamente do corpo médico e dos diretores do estabelecimento.

Configurada a subordinação laboral, deve-se concluir que admitido a atuar no hospital o faça mediante remuneração, e aplica-se a regra do artigo 932, III, do Código Civil.

No dizer da Excelentíssima Ministra Nancy Andrichi⁹, o art. 14, CDC, estabelece verdadeira regra de responsabilidade solidária entre os fornecedores de uma mesma cadeia de serviços, e por esta razão o Hospital responde pelos danos decorrentes da conduta de médico contratado para exercer a profissão dentro de seu estabelecimento. Nesse sentido as lições de doutrina:

“A cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores (...)

O reflexo mais importante, o resultado mais destacável desta visualização da cadeia de fornecimento, do aparecimento plural de sujeitos fornecedores, é a solidariedade dentre os participantes da cadeia

9 STJ. RECURSO ESPECIAL nº 908.359 – SC. Processo nº 2006/0256989-8.

mencionada nos arts. 18 e 20 do CDC e indiciada na expressão genérica “fornecedor de serviços” do art. 14, caput, do CDC (...) MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** O novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 2002, p. 334-335

Restando a exigência da comprovação de culpa para a responsabilidade do profissional, é fato que, por si só, não ilide a aplicação das normas que impõem solidariedade entre os fornecedores que se situam na mesma cadeia de fornecimento. Culpa e solidariedade não são conceitos díspares, ao afastar a culpa, afasta-se necessariamente a solidariedade.

Assim, havendo culpa do médico inclui-se o Hospital na responsabilidade solidária em razão do seu empregado ou preposto, dada a relação entre ambos. Inexistindo culpa no ato médico, nos termos do art. 14, § 3º, CDC, ausência de defeito no serviço, a culpa exclusiva de terceiro ou do próprio consumidor, bem como eventual quebra do nexo causal, há de se reconhecer as circunstâncias excludentes de responsabilidade.

Em decorrência desse suposto erro médico cometido por profissional que não possui vínculo com o estabelecimento de saúde, impõe o afastamento da legitimidade do hospital para responder ao pleito indenizatório.

Nesses casos, o ato médico que proporcionalizou a prestação de serviço, via de regra, é contratado entre o profissional médico e o paciente, de forma direta, sem qualquer tipo de intervenção do estabelecimento de saúde, estando este alheio à relação existente entre as partes, fato este que justifica a inexistência de responsabilidade solidária.

Note-se que se o estabelecimento de saúde cedeu suas dependências para a realização de ato cirúrgico por profissional que, tão-somente, praticou o ato de locação para tal fim, evidenciado que entre as partes não há relação jurídica de direito material. Assim, em face do estabelecimento de saúde, resta configurada a ocorrência que obrigou à prestação de serviços hospitalares e não a prestação de serviços

médicos, não podendo ser responsabilizados pelos serviços médicos, mas tão-somente pela prestação dos serviços hospitalares.

O hospital, na qualidade de prestador de serviços, conta com extenso corpo de profissionais, visando curar e salvar vidas ou torná-las mais qualitativas. Dessa forma, constatado algum defeito na prestação de serviços que resulte em danos, cabe a responsabilidade do hospital, segundo a matéria ora discutida.

Em razão dessa complexidade de serviços, podem-se citar a título de exemplo administração de medicamentos equivocados por parte do corpo de enfermagem, negligência na vigilância e observação da qual decorram danos aos pacientes internados, instrumentação cirúrgica inadequada ou danificada, ambiente propício à infecção hospitalar, realização de exames, dentre outros. Nesses casos, o defeito é decorrente da falha na prestação do serviço cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao estabelecimento hospitalar. Configurando, assim, o nexos causal e a obrigação de indenizar.

De sorte que inexistente falha nos serviços de incumbência do hospital, não há de falar em responsabilidade civil.

Data vêniam entendimentos contrários, não se pode entender que a responsabilidade civil dos hospitais quanto às atividades desenvolvidas por médicos, independentemente do vínculo de subordinação destes, seja objetiva, pois se estivesse corroborando 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.

O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, conforme melhor doutrina, sustenta essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, o estabelecimento de saúde, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estada do paciente, instalações, equipamentos, serviços auxiliares de enfermagem e exames, dentre outros, e não aos serviços especializados do profissional médico que ali atua, permanecendo este na relação subjetiva de preposição, ou seja, a culpa.

É notório que os estabelecimentos de saúde normalmente mantêm cadastros dos médicos que utilizam suas instalações para

realização de cirurgias. Tal procedimento é indispensável, pois não se pode pretender que o hospital forneça suas instalações a qualquer um que se apresente como médicoespecializado em cirurgia; em havendo o uso de suas instalações, restará pontualmente a contraprestação financeira, tão necessária para a sobrevivência da atividade econômica.

Ilustrativo, e de clareza a elucidar a questão, colaciona-se julgado do Superior Tribunal de Justiça¹⁰:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.

1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento.

Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.

2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual–vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva.

10 STJ. REsp 908359/SC, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, 2ª seção, DJe 17/12/2008

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS E ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE

Rosana Florencio da Silva
Waldomiro Alves da Costa Júnior

No entanto, se na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois 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.

3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial.

4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido.”

Os danos causados a pacientes, advindos da relação comercial entre este e o médico, são decorrentes da imperícia ou negligência perpetrado pelo profissional, unicamente. A extensão da responsabilidade a alcançar o estabelecimento de saúde necessitará de prova inequívoca de má qualidade do serviço prestado por este, ou seja: ocorrência de infecção hospitalar, imperícia dos serviços de enfermagem, da instrumentação cirúrgica ou qualquer outro serviço. Inexistindo nexos causal entre o dano e a prestação de serviços do estabelecimento, mas tão-somente do médico, que não é seu empregado, a responsabilidade persistirá pelo erro do profissional médico.

Nesse sentido, voto proferido pelo ilustre Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR¹¹:

Ementa: CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. I. Restando

¹¹ STJ. Recurso Especial nº 764.001-PR, processo (2005/0108623-0),

inequívoco o fato de que o médico a quem se imputa o erro profissional não possuía vínculo com o hospital onde foi realizado o procedimento cirúrgico, não se pode atribuir a este a legitimidade para responder à demanda indenizatória. (Precedente: 2ª Seção, REsp 908359/SC, Rel. p/ acórdão Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 17/12/2008). II. Recurso especial não conhecido.

As decisões jurisprudências da Corte Superior de Justiça forçaram-nos a sustentar que não pode o estabelecimento de saúde ser responsabilizado solidariamente ao profissional médico, em razão deste não pertence ao quadro clínico do hospital, tendo apenas locado espaço físico para a realização de cirurgias.

Também o fato de receber remuneração pela locação de espaço físico não torna o hospital solidariamente responsável por danos causados por imperícia médica. O lucro é necessário, sob pena de inviabilizar sua atividade.

Nessa perspectiva, não há de prosperar a teoria da responsabilidade objetiva empresarial médica, nas hipóteses de dano decorrente de erro médico, sob pena de se tornar um seguro contra danos, uma forma de assegurar ao paciente indenização sob qualquer circunstância, pois se o dano decorre de evidente erro médico, condena-se o hospital solidariamente de forma a garantir ao paciente o recebimento de indenização. Se ocorrer dano e não se evidenciar erro médico, ou não se consegue comprová-lo, o paciente será indenizado, porque o hospital responderá objetivamente. De uma forma ou de outra, ele será sempre indenizado. Nesse sentido, parece-nos incorreta a responsabilidade objetiva, tipificada no CDC.

A doutrina, para justificar a responsabilidade objetiva do hospital, sustenta-se nas disposições do art. 932, IV, do Código Civil.

A não ocorrência de falha no serviço hospitalar, mas diante de consequências atinentes a ato cirúrgico de responsabilidade exclusiva médica, de profissional sem nenhum vínculo com o hospital, não há por que falar em prestação de serviços defeituosos a ensejar a reparação de danos pelo estabelecimento de saúde.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS E ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE

Rosana Florencio da Silva
Waldomiro Alves da Costa Júnior

Aliás, Aguiar Dias¹² demonstrou o alcance e largueza desse conceito de preposto em atividade em atividade médica, e afirma:

“O médico responde também por fato de terceiro. Este é o caso dos proprietários e dos diretores das casas de saúde, responsáveis pelos médicos, enfermeiros e auxiliares. Considera-se incluído nessa espécie de responsabilidade também o proprietário não médico dos hospitais e clínicas, explicando que essa responsabilidade é nitidamente contratual, e advertindo que a noção de preposto, neste domínio, não se confunde com a que se lhe empresta no terreno extracontratual, porque, no caso em apreciação, é em virtude de uma garantia convencional implícita que o contratante responde pelos fatos de seus auxiliares. E tal garantia é devida pelo proprietário da casa de saúde, pelo fato danoso do médico assalariado”

Se o médico atuar no estabelecimento de saúde mediante vínculo empregatício, será empregado submetido às ordens da sociedade hospitalar. Se com ela mantiver contrato de prestação de serviços, deve ser considerado seu preposto e, nas duas hipóteses, aquela sociedade responderá pelos atos culposos daquele profissional. O hospital, contudo, terá direito de reaver o que pagar por meio de ação regressiva contra o causador direto do dano.

Se o médico não for preposto, mas profissional liberal que tenha usado as dependências do nosocômio por interesse ou conveniência do paciente ou dele próprio, em razão de aparelhagem ou qualidade das acomodações, ter-se-á de apurar, individualmente, a responsabilidade das partes.

Em voto proferido, o excelso Ministro Fernando Gonçalves¹³ esclarece:

12 DIAS José de Aguiar. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 292-293

13 STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 908.359 - SC (2006/0256989-8)

“Neste contexto, a conclusão única é de que na responsabilização do hospital por ato praticado por médico não tem aplicabilidade a teoria objetiva, pois o que se põe em exame é o trabalho do facultativo, com incidência, inclusive, da norma do § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Significa isso dizer que, no caso específico dos hospitais, será objetiva a responsabilidade apenas no que toca aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estada do paciente (internação), instalações físicas, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc. e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam ou que tenham alguma relação com o nosocômio (convênio, por exemplo), permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa) já interativamente mencionada.”

No mesmo sentido, arremata (apud, Ruy Rosado de Aguiar)¹⁴ enfaticamente que:

“O hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar danos produzidos por médico integrante de seus quadros, pois é preciso provar a culpa deste para somente depois ter como presumida a culpa do hospital.”

Assim, entendemos que responde solidariamente pelos erros médicos ocorridos em suas dependências a entidade hospitalar que fornece sala, equipamentos, equipe de enfermagem e médicos, na qualidade de prepostos.

¹⁴ Ministro Ruy Rosado de Aguiar, IV Congresso Internacional sobre Danos, realizado em Buenos Aires.

III. Responsabilidade Civil dos Hospitais Públicos

1. Fundamento da responsabilidade

Configura-se questão relevante o fundamento da responsabilidade dos Hospitais Públicos em decorrência da falha ou defeito na prestação do serviço público de saúde, considerando-se a ausência de relação de consumo, nos moldes do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, no que concerne ao fundamento da responsabilidade objetivo, tendo em vista a gratuidade dos serviços prestados. Restando, assim, os preceitos da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso 6°.

Cumprir observar que o artigo 22, e parágrafo único, do mesmo diploma legal, ao estender a órgãos públicos, empresas, concessionário e permissionário de serviços públicos a responsabilidade objetiva estabelecida no seu art.14, trata dos serviços em que exista uma contraprestação por parte do consumidor por meio do pagamento de tarifas ou preços públicos pela utilidade dos serviços.

2. Responsabilidade civil dos Hospitais Públicos

Em se tratando de serviços públicos gratuitos, como ocorre com os Hospitais Públicos, em que inexistente uma contraprestação por parte do usuário na utilização do serviço, não se pode aplicar a sistemática prevista na lei consumerista e, tampouco, fundamentar sua responsabilidade com fulcro no art.14 “caput” do Código de Defesa do Consumidor.

Tratando-se de direito à saúde e à vida humana, resguardados pela Constituição Federal como garantia fundamental pétrea, a circunstância de os serviços prestados serem gratuitos não subtrai o dever de a entidade hospitalar assegurar esses direitos sagrados do paciente, porém o fundamento jurídico de tal responsabilidade, como anteriormente dito, será objetiva, nos termos do artigo 37, parágrafo 6° da Constituição Federal de 1.988, não se aplicando, portanto, as regras

estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de um serviço público derivado da atividade precípua do Estado, visando ao bem comum, como resultado dos tributos em geral da população, sendo chamados de serviços públicos *utiuniversi*.

Dispõe o art. 37, § 6º, da CF: “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”.

Assim, adotou-se o princípio da responsabilidade objetiva, cabendo ao Estado o dever de indenizar sempre que demonstrada a existência do fato, praticado por agente do serviço público que, nessa qualidade, causar o dano (é a responsabilidade pelo fato do serviço), eximindo-se a Administração, total ou parcialmente, se provar a força maior, o fato necessário ou inevitável da natureza, ou a culpa exclusiva ou concorrente da vítima.

O Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁵ já acentuou que “*na responsabilidade dos hospitais se inclui a incolumidade, mesmo quando o tratamento seja gratuito*”.

Assim, aceitam a possibilidade de exclusão ou atenuação da responsabilidade do Estado sempre que provada a atuação de fatores causais estranhos ao Estado, como a culpa exclusiva ou concorrente da vítima. Neste sentido é o entendimento de Yussef Said Cahali¹⁶, e Edmir Nettode Araújo¹⁷.

A responsabilização do Estado pelo risco decorre do próprio fato do desempenho da atividade perigosa que o Estado exerce para a realização dos seus fins e na consecução do bem comum, cujos danos não podem ser transferidos ao indivíduo.

Na hipótese em que há o resultado danoso, apesar dos esforços do serviço público para o tratamento do doente, elimina-se a responsabilidade do Estado sempre que a administração pública demonstrar o procedimento regular dos seus serviços, atribuída a causa do resultado danoso a fato da natureza. Ao tratar da exclusão da responsabili-

¹⁵ in RT 522/90 e 652/52.

¹⁶ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.30

¹⁷ DE ARAÚJO, Edmir Netto. **Da Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 42

dade do Estado, leciona o Prof. Yussef Cahali¹⁸, partidário da responsabilidade objetiva do Estado pela teoria do risco: *“A segunda regra pode ser estabelecida reconhecendo-se a nenhuma responsabilidade ressarcitória se o dano sofrido pelo particular tem a sua causa no fato de força maior, consequência de eventos inevitáveis da natureza: a exclusão de responsabilidade da Administração decorre da não identificação de nenhum nexo de causalidade entre o evento danoso e a atividade ou omissão do Poder Público”*. Assim, o Estado se exonera do dever de indenizar por danos decorrentes do exercício de sua atividade médico-hospitalar sempre que demonstrar que a causa não foi posta por médico a seu serviço, mas sim decorreu das condições próprias do paciente.

A jurisprudência se divide quanto à natureza da responsabilidade do Estado por atos danosos praticados nos hospitais públicos, por seus servidores, sejam médicos, enfermeiros ou serviçais, mas a maioria pende para a responsabilidade objetiva. Acórdão de 16.09.1986, do antigo TFR, está assim ementado: *“Realizada a cirurgia, com técnica adequada, não se atribuindo a negligência, imprudência ou imperícia do cirurgião, o acidente imprevisível de que resulta comprometimento do nervo ciático, com seqüela de redução de movimentos do joelho e paralisção do pé, não há como responsabilizar civilmente, por indenização correspondente, o cirurgião que recomendou o tratamento e o executou. A responsabilidade da entidade empregadora do encarregado do tratamento é, contudo, fundada no art. 107 da CF (de 1967), que adota o princípio da responsabilidade objetiva, pelo risco administrativo, em que a indagação de culpa é pertinente apenas para possibilitar regresso ou para elidir o dever de indenizar, quando, no primeiro caso, haja culpa do preposto, e, no segundo, a culpa pelo evento seja exclusivamente da vítima”* (AC 80.336, 1ª T).

Outro no mesmo sentido: *“Responsabilidade civil. Menor hospitalizado às custas e sob a responsabilidade do INAMPS... Causalidade inafastável entre o dano e ato, sem concorrência qualquer do menor ou de seus genitores. Aplicação da teoria do risco administrativo, inserta no art. 107 da CF (de 1967)”* (Ac. de 25.06.1985, na RTFR, 124/163).

18 Obra Citada, p. 373

Já o TJSP, na AC 76.340-1, da 5ª CC, de 23.04.1987, considerou indispensável a prova da falta anônima do serviço.

Assim, a responsabilidade que surge para o Poder Público é de natureza extracontratual, submetida aquela às regras do direito administrativo, pois na relação entre paciente e hospital de contrato não se trata. Sustentam Figueiredo Dias e Monteiro¹⁹ que embora entre o doente e o médico que o assiste, por dever de ofício, em hospital público, não haja contrato, deve ser reconhecida a existência de uma relação contratual de fato entre o paciente e a organização hospitalar, pois o doente internado não é um estranho. Ocorre que os deveres de cuidado e de proteção que resultam do comportamento social típico da internação derivam do princípio da boa-fé, e o seu descumprimento pode ser examinado em decorrência de atos praticados com negligência, imprudência ou imperícia.

Conclui-se que o Poder Público não se pode omitir do seu direito e dever de fiscalizar os serviços médico-hospitalares prestados por seus agentes. Deflui dessa circunstância que o órgão público é responsável pelo tratamento médico-hospitalar dado aos seus beneficiários, inclusive pelos danos advindos a eles na realização do aludido tratamento, sendo o Estado obrigado a responder pelos danos causados a terceiros, no exercício da sua função, consoante os precisos termos do § 6º do art. 37 da CF.

Forçoso concluir que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo, ou culpa, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

¹⁹ DIAS, Figueiredo; MONTEIRO, Jorge. Responsabilidade Médica em Portugal. *Revista Forense*, v. 289, p. 53, jan./mar. 1985.

Referências

- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CINTRA, Lízia de Pedro. Da responsabilidade civil dos estabelecimentos de saúde. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2458>>.
- DE AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil dos médicos. **Revista Jurídica**, n. 231, jan. 1997.
- DE ARAÚJO, Edmir Netto. **Da Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- DIAS José de Aguiar. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- DIAS, Figueiredo; MONTEIRO, Jorge. Responsabilidade Médica em Portugal. **Revista Forense**, v. 289, p. 53, jan./mar. 1985
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 6ª edição, vol.1.
- FILHO, Sérgio Cavaliere. **Programa de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.25.
- KFOURI NETO, Miguel. **A responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SOUZA, Néri Tadeu Câmara. Responsabilidade civil do hospital. **Jus Navegandi**, Teresina, v. 6, n. 54, fev. 2002.