



ALEXANDRE VENZON ZANETTI (Organizador)

## **COLETÂNEA DIREITO E SAÚDE 2014**

**CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE (CNS)**

PORTO ALEGRE  
IAHCS  
2014

Catálogo na Publicação (CIP)

C694 Coletânea Direito e Saúde 2014; Confederação Nacional de Saúde (CNS) / Organizado por Alexandre Venzon Zanetti. – Porto Alegre: Instituto de Administração Hospitalar e Ciências da Saúde, 2014.

ISBN 978-85-61274-04-7

1. Saúde 2. Direito 3. Gestão I. Zanetti, Alexandre Venzon, org.

CDU 614:34

Elaborada pela bibliotecária Rosane Beatriz Allegretti Borges, CRB 10/1381.

Reservado todos os direitos de publicação à CNS.  
Proibida a reprodução total ou parcial.

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](http://www.iahcs.com.br)

# SUMÁRIO

<b><i>As Principais Discussões Legislativas e Judiciais na Tributação Sobre o Setor de Saúde no Brasil em 2014</i></b> <i>Bernardo Safady Kaiuca e Henrique Figueiredo Simões</i>	9
<b><i>Entre a Espada e a Lei: algumas considerações sobre o conflito entre o dever de cuidar e o respeito à autonomia do paciente Testemunha de Jeová</i></b> <i>Brenno Cavalcanti e Ilana Martins Luz</i>	25
<b><i>Da Não Intervenção Patronal nas Organizações de Empregados: Convenção 98 da OIT</i></b> <i>Bruno Milano Centa e Phillipe Fabrício de Mello</i>	45
<b><i>Lei 3.999 e a Remuneração dos Auxiliares e Técnicos de Laboratório</i></b> <i>Daniel Correa Silveira</i>	57
<b><i>Adicional de Insalubridade e Sua Implicação na Aposentadoria Especial</i></b> <i>Eriete Ramos Dias Teixeira e Lucinéia Aparecida Nucci</i>	73
<b><i>A Distribuição Desproporcional de Lucro e a Incidência de Contribuição Previdenciária por Ausência de Discriminação Contábil e Previsão Contratual</i></b> <i>José Eduardo Dornelas Souza</i>	93
<b><i>Regime de Trabalho “12 x 36” e o art. 60 da CLT: incompatibilidade da exigência de prévia autorização</i></b> <i>José Pedro Pedrassani</i>	109
<b><i>Possibilidade Legal de Remuneração da Diretoria Estatutária de Entidades Sem Fins Lucrativos Possuidoras de CEBAS</i></b> <i>Josenir Teixeira</i>	121
<b><i>A Verdade Material e o Ônus da Prova no Processo Administrativo</i></b> <i>Luiz Rogério Sawaya</i>	151
<b><i>Conhecendo o Sistema Único de Saúde</i></b> <i>Maria Helena Mendonça</i>	173
<b><i>Responsabilidade Solidária das Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde na Prestação do Serviço Médico-Hospitalar</i></b> <i>Rosana Florencio da Silva e Waldomiro Alves da Costa Júnior</i>	211





# APRESENTAÇÃO

A Confederação Nacional de Saúde (CNS) é uma instituição criada em 1994. Como entidade sindical de terceiro grau, trabalha em prol de milhões de brasileiros profissionais de saúde e não mede esforços em defender os interesses de todos os estabelecimentos de serviços de saúde no Brasil. Com a missão constitucional e legal de representatividade e defesa da saúde no Brasil, vem zelando pela proteção e crescimento do setor.

A CNS tem estimulado a aproximação entre todos os representantes do setor. O objetivo é que o aprofundamento das relações torne possível a criação de alternativas e estratégias que levem o país a oferecer uma saúde digna a sua população. O investimento no sistema público é um dos mais importantes e indispensáveis, pois é preciso dar condições de absorver a demanda do crescimento da população e o seu envelhecimento. A CNS busca constantemente a evolução da saúde no país.

O sistema de saúde constitui-se em uma complexa engrenagem composta pelo governo, prestadores e operadoras de serviço, que necessitam existir harmonicamente. O nosso grande desafio é o equilíbrio do relacionamento entre os entes, agregando valores para que possamos atender os brasileiros sem distinção. A Confederação Nacional de Saúde tem acompanhado toda a evolução do setor e continua a assumir o seu compromisso com o segmento, participando de forma ativa de todas as ações e lutando pelo aprimoramento do setor saúde.

Nesta edição do livro, reunimos artigos de grande importância para o Setor Saúde que permitirão uma reflexão mais aprofundada sobre a área.

O Conselho Jurídico da CNS reúne nessa coletânea o importante trabalho que vem realizando ao longo da história da entidade,

não somente representando a Confederação, como também atuando permanentemente na defesa dos interesses do setor. O Conselho participa constantemente de importantes conferências e congressos, onde discutem questões jurídicas relacionadas à saúde.

Esperamos que essa nova edição do livro contribua positivamente e colabore com a construção de novos projetos, que favoreçam a população brasileira.

*Renato Merolli*

*Presidente da Confederação Nacional de Saúde*







**AS PRINCIPAIS DISCUSSÕES  
LEGISLATIVAS E JUDICIAIS NA  
TRIBUTAÇÃO SOBRE O SETOR DE SAÚDE  
NO BRASIL EM 2014**

*Bernardo Safady Kaiuca\**  
*Henrique Figueiredo Simões\*\**

\*

*Bacharel em Direito pela faculdade de direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) em 2005, advogado inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil na seccional Rio de Janeiro desde 2006. Membro do Conselho Jurídico da Confederação Nacional de Saúde (CNS), Coordenador Jurídico da Federação de Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Rio de Janeiro (FEHERJ) e Consultor Jurídico da Associação de Hospitais e Clínicas do Rio de Janeiro (AHCRJ). Associado à AHLA - American Health Lawyers Association. Membro da Comissão de Direito Sanitário e Saúde da OAB/RJ para o triênio 2013/2015.*

\*\*

*Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) em 2013, advogado inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil na seccional Rio de Janeiro desde 2013. LLM Master of Law em Direito Corporativo, pelo Instituto Brasileiro de Mercados de Capitais (IBMEC) e MBA em Gestão Tributária e Contabilidade pela Universidade Federal Fluminense – UFF.*

## 1 PANORAMA DA TRIBUTAÇÃO NO SETOR DE SAÚDE NO BRASIL

Há uma tremenda incongruência entre o que dispõe a Constituição Federal brasileira – e espera a nossa sociedade – e o que se dá na prática com a tributação sobre o setor de saúde no Brasil. Tida como um direito social, a saúde é atribuição do Estado, mas o particular pode exercê-la em caráter complementar à atuação estatal, exercício esse que se impõe como necessário, haja vista a total incapacidade do setor público de saúde em atender, isoladamente, aos mínimos anseios da população nesta área.

Todavia, não parece haver qualquer incentivo a essa atuação do particular no setor de saúde no que tange ao âmbito fiscal, pelo contrário: a tributação sobre o setor de saúde é, certamente, uma das mais altas do país, o que, aliada a outras dificuldades e complexidades trabalhistas e regulatórias enfrentadas pelo setor, especialmente o hospitalar, torna particularmente difícil o exercício dessa atividade no Brasil.

De todos os direitos sociais e fundamentais eventualmente exercidos pelo setor privado no país, como educação e segurança, o setor de saúde é o mais tributado, ao ponto que, em média, um terço do preço de cada serviço de saúde pago pela população está vinculado a impostos e contribuições incidentes sobre a atividade. Outros países – alguns, inclusive, que não reconhecem a saúde como um direito social – tributam o setor em percentuais totais bem menores: os Estados Unidos o mantém em aproximadamente 12%, o Japão, por sua vez, em 13%, a carga tributária total no Canadá chega a atingir 11%, enquanto que outros países dos Brics, como China e Índia, atingem 16% e 15%, respectivamente.

Esse desarranjo entre o que a população espera e a falta de fomento fiscal ao setor de saúde colabora para a formação de um cenário de queda no número de leitos hospitalares no país nos últimos anos. Entre 2002 e 2005, o número total de leitos hospitalares havia sofrido uma redução de 5,9%. Se em 2002 havia 2,7 leitos por mil habitantes, em 2005 essa taxa já caíra para 2,4, muito abaixo da recomendação da OMS, entre 3 e 5 por cento. A taxa, agora, é de 2,3 leitos por mil habitantes, sendo que, só entre 2007 e 2012, o número total de leitos

hospitalares, públicos e privados, caíram de 453.724 (quatrocentos e cinquenta e três mil, setecentos e vinte e quatro) para 448.954 (quatrocentos e quarenta e oito mil, novecentos e cinquenta e quatro), uma redução de 4.770 (quatro mil, setecentos e setenta) leitos.<sup>1</sup>

Mesmo com o grande número de investimentos direcionados ao setor de saúde nos últimos anos, as dificuldades fiscais enfrentadas pelo ramo de atividade permaneceram, fazendo com que os estabelecimentos de saúde, principalmente os pequenos e médios, arcassem com uma carga tributária excessiva, o que acabou levando muitos deles a fecharem as suas portas.

É em virtude desse cenário que alterações na legislação fiscal e previdenciária do setor são vistas sempre com muito interesse, ora com otimismo, ora com preocupação, pelos agentes do mercado; certamente, alterações negativas no âmbito tributário do setor podem ser fatais a muitos estabelecimentos. Vejamos, então, as principais alterações na legislação tributária e previdenciária nacional que podem vir a impactar o setor, bem como algumas discussões de propostas legislativas em discussão tanto no Poder Executivo quanto no Poder Legislativo neste ano de 2014 que, se levadas adiante, tendem a contribuir ou debilitar ainda mais a situação econômica do setor.

## **2 A ALTERAÇÃO DA SISTEMÁTICA CUMULATIVA DAS CONTRIBUIÇÕES PIS E COFINS SOBRE AS RECEITAS HOSPITALARES**

Instituídas pelas Leis Complementares nºs 07/70 e 70/91, a “Contribuição para o PIS” e a “COFINS” adotaram como regra geral, inicialmente, o regime de tributação cumulativo, disciplinado posteriormente pela Lei nº 9.718/98.

Como regra, portanto, de acordo com o regime cumulativo determinado por aquela Lei, não é possível a dedução de custos, despesas e encargos dos montantes devidos à título da “Contribuição para o PIS” e da “COFINS”, sendo que as alíquotas da “Contribuição para o PIS” e da “COFINS” foram fixadas em, respectivamente, 0,65% e 3%.

<sup>1</sup> IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/>

**AS PRINCIPAIS DISCUSSÕES LEGISLATIVAS E JUDICIAIS NA TRIBUTAÇÃO SOBRE O SETOR DE SAÚDE NO BRASIL EM 2014** - Bernardo Safady Kaiuca e Henrique Figueiredo Simões

Contudo, após alteração no texto da Constituição Federal e com a edição das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, foi instituído o regime não cumulativo da apuração da “Contribuição para o PIS” e da “COFINS”, ficando esse último como regime regular das mesmas nas empresas submetidas à apuração do IRPJ e da CSLL pela sistemática do lucro real.<sup>2</sup>

Entretanto, essas mesmas Leis também previram determinadas exceções à sua aplicação, seja em razão da qualidade da pessoa jurídica, seja da origem das receitas que compõem a base de cálculo dessas Contribuições, mantendo-se para esses casos específicos o regime de tributação cumulativo, tal como previsto na Lei nº 9.718/98.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Lei nº 10.833/03:

“CAPÍTULO I - DA COBRANÇA NÃO-CUMULATIVA DA COFINS

Art. 1º. A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º. Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º. A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

§ 3º. Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

I - isentas ou não alcançadas pela incidência da contribuição ou sujeitas à alíquota 0 (zero);

II - não-operacionais, decorrentes da venda de ativo permanente;

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;

IV - (Revogado pela Lei nº 11.727, de 2008)

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

b) reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição que tenham sido computados como receita.

VI - decorrentes de transferência onerosa a outros contribuintes do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS de créditos de ICMS originados de operações de exportação, conforme o disposto no inciso II do § 1º do art. 25 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.945, de 2009). [Grifos não constam no original]

<sup>3</sup> Nesse sentido, assim dispõe o artigo 10 da Lei nº 10.833/03:

Lei nº 10.833/03:

“Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

(...)

XIII - as receitas decorrentes de serviços:

a) prestados por hospital, pronto-socorro, clínica médica, odontológica, de fisioterapia e de fonoaudiologia, e laboratório de anatomia patológica, citológica ou de análises clínicas; e

b) de diálise, raios X, radiodiagnóstico e radioterapia, quimioterapia e de banco de sangue;

Art. 15. Aplica-se à contribuição para o PIS/PASEP não-cumulativa de que trata a Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, o disposto: (...)

V - nos incisos VI, IX a XXVII do caput e nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei;”

Dessa forma, vê-se que, em que pese as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 terem alterado o regime regular de tributação da “Contribuição para o PIS” e da “COFINS” para um regime não cumulativo, também foram estabelecidas determinadas exceções que continuarão a se utilizar do regime cumulativo, dentre elas, as receitas provenientes dos serviços tidos como “hospitalares”, listados nas alíneas “a” e “b” do inciso XIII, art. 10, da Lei 10.833/03.

Em que pese a ausência de disposição legal suficiente que restrinja a aplicação do regime cumulativo da “Contribuição para o PIS” e da “COFINS” nas receitas tidas como “hospitalares”, é certo que os serviços de saúde sempre se utilizaram do regime cumulativo na apuração das receitas provenientes da sua atividade, deixando de apurá-las na sistemática não cumulativa, calculando, contudo, as demais receitas pela sistemática não cumulativa.

Entretanto, o Ministério da Fazenda vem estudando, consoante anunciado recentemente na grande mídia<sup>4</sup>, medida que com a reeleição da Presidente Dilma ganha força nos corredores da Casa Civil, que sob o falso argumento de redução da carga tributária pretende excluir as receitas provenientes dos serviços hospitalares da sistemática cumulativa, expondo-as à não cumulatividade das contribuições PIS e COFINS. Tais movimentos já trazem preocupações às empresas do setor de saúde obrigadas e/ou optantes pela forma de apuração do IRPJ e da CSLL na sistemática do Lucro Real. Explicamos:

Ao contrário do disposto no regime cumulativo, o novo regime não cumulativo passou a autorizar o desconto de créditos apurados com base em custos, despesas e encargos que venham a ter as pessoas jurídicas contribuintes. Nesse caso específico, as alíquotas da “Contribuição para o PIS” e da “COFINS” são de 1,65% e 7,6%, respectivamente.

Do valor total das receitas auferidas, as empresas podem deduzir créditos, na forma do art. 3º da Lei nº 10.637/02, em relação a: (i) *bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos*; (ii) *bens e serviços, utilizados como insumo*

4 REFORMA de PIS-COFINS só sai após a eleição. O Globo. Rio de Janeiro, p. 20. 14 out. 2014.

*na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda; (iv) aluguéis de prédios, máquinas e equipamentos, pagos a pessoa jurídica, utilizados nas atividades da empresa; (v) valor das contraprestações de operações de arrendamento mercantil de pessoa jurídica, exceto de optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES; (vi) máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços; (vii) edificações e benfeitorias em imóveis de terceiros, quando o custo, inclusive de mão-de-obra, tenha sido suportado pela locatária; (viii) bens recebidos em devolução, cuja receita de venda tenha integrado faturamento do mês ou de mês anterior, e tributada conforme o disposto nesta Lei; (ix) energia elétrica e energia térmica, inclusive sob a forma de vapor, consumidas nos estabelecimentos da pessoa jurídica; (x) vale-transporte, vale-refeição ou vale-alimentação, fardamento ou uniforme fornecidos aos empregados por pessoa jurídica que explore as atividades de prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção; (xi) bens incorporados ao ativo intangível, adquiridos para utilização na produção de bens destinados a venda ou na prestação de serviços.*

Embora a sistemática não cumulativa de apuração do PIS e da COFINS, em determinados arranjos, venha a ser mais benéfica do que a sistemática cumulativa, vê-se que a legislação lista como “créditos” passíveis de utilização pelas empresas rubricas que não alcançam proporção muito significativa no total das despesas correntes das empresas do setor de saúde, motivo pelo qual a extinção da sistemática cumulativa nas receitas provenientes da atividade hospitalar certamente viria a aumentar a carga tributária dessas empresas.

Se tomarmos que ao menos 50% (cinquenta por cento) das despesas do setor hospitalar usualmente se dão com “pessoal”, rubrica essa que não gera crédito de PIS e COFINS na sistemática não cumulativa, fica evidente que a eventual impossibilidade das empresas de saúde optantes pelo Lucro Real gozarem da sistemática cumulativa na apuração do PIS e da COFINS sobre as receitas provenientes das suas atividades lhes seria muito prejudicial.

Essa é uma discussão ainda incipiente a nível legislativo, mas pela qual as empresas de saúde – especialmente aquelas submetidas ao regime de apuração do IRPJ pelo Lucro Real – devem nutrir bastante atenção e cautela; eventual alternância no regime das contribuições PIS e COFINS pode ser fatal a muitas das empresas do setor.

### **3 DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO: PERSPECTIVAS DA NOVA SISTEMÁTICA DE APURAÇÃO AO SETOR DE SAÚDE**

A Lei 12.546 de 2011 alterou a forma de incidência da contribuição previdenciária patronal devida por empresas de diversos ramos de atuação. Em virtude de um cenário de menor aquecimento econômico que se avizinhava, o Governo permitiu que empresas pertencentes aos ramos de atuação cujos riscos de demissão de pessoal eram mais presentes pudessem recolher a contribuição previdenciária patronal na forma de alíquotas de 1% ou 2%<sup>5</sup> sobre o faturamento, e não mais sobre a folha, no percentual de 20%, reduzindo, assim, a necessidade de demissões.

Inicialmente prevista por prazo limitado e para poucos setores, as disposições dos artigos 7º e 8º da Lei 12.546/11 foram tornadas definitivas pela Medida Provisória nº 651 de 2014, que, contudo, não ampliou os setores atualmente contemplados pela medida. Contrariando a intenção de alguns legisladores, que visavam a inclusão de determinadas atividades do setor de saúde no texto da Medida Provisória, aparentemente o Governo não pretende trazer esse enorme benefício às empresas do setor. Haja vista os consideráveis gastos com folha salarial pelas empresas de saúde, certamente que contemplar as empresas do setor com a mudança na forma de incidência da contribuição previdenciária geraria uma renúncia fiscal muito significativa, circuns-

<sup>5</sup> Submetidas à alíquota de 1%, estão os seguintes setores: Têxtil, confecções, couro e calçados, plásticos, material elétrico, bens de capital – mecânico, ônibus, autopeças, naval, aéreo, móveis, indústria, manutenção de aeronaves, transporte aéreo e marítimo (carga e passageiros), comércio varejista, manutenção e reparo de embarcações, carga e descarga em portos, transporte rodoviário, marítimo e ferroviário de carga, agenciamento de navios, navegação de travessia, infraestrutura portuária e empresa de jornalismo; Já sob a alíquota de 2%, são esses os setores: Tecnologia da informação e comunicação (TI e TIC), hotéis, call center, design houses (chips), transporte de passageiros (rodovia, ferrovia e metrô), construção civil, informática (suporte técnico), pesquisa e manutenção de equipamentos militares, construção de obras de infraestrutura, empresas de engenharia e arquitetura e manutenção de máquinas e equipamentos.



tância essa que o Governo tenta evitar, haja vista a já combatida Previdência Social. Ademais, grandes demissões não são esperadas no setor de saúde, motivo pelo qual esta renúncia fiscal seria, à primeira vista, injustificada.

A MP 651/2014 foi aprovada na Câmara dos Deputados no dia 14 de outubro de 2014 e seguirá para o Senado aprová-la, ou não, até o dia 06 de novembro. Durante a sua tramitação, contudo, eventuais modificações em seu texto, com a ampliação dos setores atualmente contemplados, ainda é possível, pauta pela qual devem continuar brigando as empresas do setor de saúde.

## **4 O SIMPLES NACIONAL PARA AS SOCIEDADES DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE**

A tributação do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) incidente sobre as sociedades de profissionais, diferentemente das demais sociedades, se dá pela forma fixa, ou seja, se dá por uma base de cálculo pré-estipulada considerando-se o número de profissionais – sócios ou não – que a integram. Esta forma diferenciada de tributação é garantida pelo Decreto-Lei nº 406, de 31 de Dezembro de 1968 que, mesmo anterior à Constituição Federal de 1988 e à Lei Complementar 116 de 2003 (lei que regulamenta, a nível nacional, o Imposto Sobre Serviços), não teve o parágrafo 3º do seu artigo 9º revogado, expressa ou tacitamente.

Isso ocorre porque o legislador pôde vislumbrar a confusão tributária que se daria caso o Imposto Sobre Serviços incidisse sobre o movimento econômico das sociedades de profissionais, sendo que, nesta hipótese, a dupla tributação com o Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza seria flagrante. Além disso é, à toda evidência, uma forma de incentivo ao profissional liberal para que se constitua formalmente para prestação de serviços.

Essa é a forma de apuração da maioria das sociedades de profissionais do ramo da saúde que prestam serviços à pessoas físicas ou jurídicas, eis que economicamente mais vantajosa.

Todavia, sabemos que, nos últimos anos, as municipalidades vêm atuando diversas sociedades uniprofissionais da saúde – de



médicos, notoriamente – em virtude do não cumprimento estrito dos muitos requisitos que devem ser observados por essas sociedades, ocasionando autuações inesperadas e, quase sempre, em altíssimos valores. Exemplificativamente, o tipo societário na forma de “Limitada” adotado por muitas sociedades de profissionais gerou inúmeras autuações imotivadas nos últimos anos, pois, no entender dos fiscais, esse tipo societário seria exclusivo das sociedades empresárias (ou, ao menos, das não-uniprofissionais), haja vista a limitação da responsabilidade dos sócios, o que é vedado às sociedades profissionais. Alguns pronunciamentos rasos do Superior Tribunal de Justiça dão amparo a esse entendimento.<sup>6</sup>

A confusão se originava porque a responsabilidade que se limita no referido tipo societário é a “patrimonial” e não a “pessoal/profissional”, que é a que justamente se exige das sociedades simples uniprofissionais. Tão somente em virtude dessa nuance é que muitas autuações aconteceram no passado e tendem a continuar acontecendo, uma vez que os Tribunais Superiores ainda não se manifestaram de forma clara e específica sobre o assunto.

Em virtude deste cenário de incerteza é que muitas sociedades de profissionais da saúde podem considerar adotar as alterações trazidas pela Lei Complementar nº 147/2014 na Lei da Micro e Pequena Empresa nº 126/2003, que agora permitem às sociedades profissionais serem tributadas na forma do SIMPLES nacional o que, em muitos casos, pode diminuir consideravelmente a carga tributária global, encerrando qualquer discussão quanto à uniprofissionalidade destas, já que o ISS seria recolhido em conjunto com os demais tributos:

<sup>6</sup> Como exemplo, temos a decisão relativa ao julgamento ocorrido em 11.11.2009, do AgRg em EREsp 941870/RS, proc. 2009/0066829-0, relator Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, com a seguinte ementa:

“AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. ALÍQUOTA. SOCIEDADES UNIPESSOAIS.

[...]

2. A jurisprudência das duas Turmas que compõem a Primeira Seção é uniforme no sentido de que o benefício da alíquota fixa do ISS somente é devido às sociedades unipessoais integradas por profissionais que atuam com responsabilidade pessoal, não alcançando as sociedades empresariais, como as sociedades por quotas cuja responsabilidade é limitada ao capital social.

[...]

4. Agravo regimental improvido.”

“§ 5º-I. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as seguintes atividades de prestação de serviços serão tributadas na forma do Anexo VI desta Lei Complementar: (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014)

I - medicina, inclusive laboratorial e enfermagem; (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014)”

A fim de evitar autuações, trazendo maior segurança jurídica à tributação das sociedades de profissionais, é que a Lei Complementar nº 147/2014 pode vir a colaborar com o setor de saúde, mesmo que, na grande maioria das situações, o valor recolhido à título de ISSQN por essas sociedades venha a se elevar. Eventualmente, prevenir futuras autuações em valores elevados e que talvez venham a quebrar as sociedades pode ser mais vantajoso do que tentar usufruir de um enquadramento tributário cuja segurança jurídica se mostra ainda incerta – se tornando, por consequência, um paraíso para os auditores fiscais.

## **5 A EXCLUSÃO DO VALOR DO ISSQN DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PIS E COFINS**

No dia 08 de outubro deste ano, durante o julgamento do RExt 240.785, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o ICMS não integra a base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, eis que não se poderia considerá-lo como integrante da chamada “receita bruta”. A decisão animou o mundo jurídico uma vez que, embora tenha gerado efeitos somente no caso concreto, se tornou a primeira jurisprudência da Corte Suprema sobre o assunto e, curiosamente, favorável aos contribuintes, na contramão do posicionamento pró-fisco que a jurisprudência dos tribunais superiores vinha adotando nos últimos grandes *leading cases* tributários. A tese vitoriosa possui uma lógica bastante simples: como a Lei Complementar 70/91 expressamente determinava que o IPI seria excluído da base de cálculo das contribuições, nada mais natural que o ICMS também o fosse, evitando, assim, o efeito em cascata dos tributos.

Ocorre que a decisão, embora se limite ao ICMS, também deve ser muito comemorada pelas empresas do setor de saúde. Ao longo dos anos em que essa discussão aguardou um pronunciamento de-

finitivo do STF, diversas empresas prestadoras de serviços também passaram a pleitear junto ao Judiciário pelo mesmo benefício de ver excluído o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza da base de cálculo das referidas contribuições.

Em que pese muitos juristas considerarem as teses do ICMS e ISS distintas, já que um tributo seria calculado “por fora” e, o outro, “por dentro”, é certo que a tese do ISS sempre se apoiou no provável êxito da tese encabeçada originalmente pelos contribuintes do ICMS, motivo pelo qual os prestadores de serviços aguardam o prosseguimento das suas respectivas ações judiciais, sendo que, agora, contam no corpo de suas argumentações com o primeiro precedente análogo favorável no Supremo.

O benefício a ser obtido pelas empresas do setor de saúde na hipótese de êxito desta tese seria bastante significativo, motivo pelo qual é interessante que as empresas estejam atentas à possibilidade de iniciar uma ação judicial para reaver as quantias indevidamente pagas, além de interromper o recolhimento ou depositar os valores controversos em juízo.

## **6 A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE AS COOPERATIVAS DE MÉDICOS**

Outra questão controversa decidida favoravelmente aos contribuintes pelo Supremo Tribunal Federal, em 23 de abril deste ano, foi a debatida no Recurso Extraordinário nº 595838, com repercussão geral reconhecida. Lá, uma tese há muito defendida por tributaristas foi finalmente reconhecida pelo STF, qual seja, a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária de 15% paga pelos tomadores de serviços de cooperativas de trabalho sobre o valor dos serviços prestados, prevista no art. 22, inciso IV, da Lei 8.212/91.

O dispositivo reconhecido como inconstitucional pela Corte imputava aos tomadores de serviços prestados por cooperativas de trabalho o recolhimento da contribuição previdenciária que deveria ser integral e unicamente recolhido pelas próprias cooperativas, já que, no entender do Ministro Relator Dias Toffoli,

“a relação [da cooperativa com a tomadora de serviço] não é de mera intermediária, a cooperativa existe para superar a relação isolada entre prestador de serviço e empresa. Trata-se de um agrupamento em regime de solidariedade.”

Ademais, a base de cálculo da contribuição não seria composta tão somente do valor da contraprestação aos cooperados, mas também da taxa de administração devida à cooperativa, inviabilizando a incidência da contribuição.

Tal decisão certamente anima o setor de saúde como um todo, não só os prestadores de serviços organizados sob a forma de cooperados mas, principalmente, os tomadores desses serviços, que deixarão de recolher os 15% da contribuição previdenciária sobre o valor dos serviços, diminuindo o custo total das contratações de cooperados além, é claro, do risco fiscal a que anteriormente estavam expostos.

Registre-se, por fim, que as empresas que desejam usufruir do benefício ainda precisam propor ação judicial pleiteando-o, uma vez que o Recurso Extraordinário levado ao Supremo não gerou efeitos *erga omnes*, limitando a eficácia da sua decisão ao caso concreto, sendo que o dispositivo legal continua em vigor e poderá subsidiar autuações futuras. Por outro lado, existe a possibilidade de se propor ação judicial para reaver as quantias indevidamente pagas a este título nos últimos 5 (cinco) anos.

## 7 CONCLUSÕES

Vemos que são muitas as discussões legislativas e judiciais no campo do direito tributário que podem vir a ser extremamente relevantes às empresas do ramo de saúde do país; estar atento a elas é certamente uma atribuição de todos os agentes do setor.

O setor privado de saúde, com cerca de 4.7 milhões de empregos diretos, é de fundamental importância na geração de emprego e renda, com crescente contratação de novos colaboradores - mesmo nos tempos de baixo crescimento econômico - evidenciada pelos números do CAGED. A análise desses dados mostra um aumento cres-

cente na contratação de mão de obra, ou seja, abertura de mais de 98 mil postos de trabalho no período agosto de 2013 a julho de 2014.

Em 2013 o setor saúde encerrou com uma participação de 10,2% no PIB brasileiro, conforme estimativa feita pela Confederação Nacional de Saúde (CNS), o que evidencia uma alta em comparação ao ano anterior, que ficou em 9,5% do Produto Interno Bruto. As instituições privadas foram responsáveis por 57% do total movimentado no último ano em saúde, enquanto o setor público contribuiu com os 43% restantes. Ou seja, o setor privado de saúde foi responsável por quase 6% do PIB Brasileiro em 2013 e, por isso, merece toda atenção do legislador pátrio.

Neste sentido, o mais importante a ter em mente nessa empreitada é que a prestação dos serviços de saúde exercida pelos particulares em nosso país, em complementação à carente atuação estatal obrigatória, já se encontra devidamente sobrecarregada de obrigações fiscais e previdenciárias para que os empresários e agentes públicos não se atentem para a obviedade que se levantou no início deste artigo: a saúde é um direito social cuja prestação não deve ser desestimulada através de arranjos fiscais e previdenciários similares aos demais ramos da economia; pelo contrário, em virtude da sua essencialidade a prestação dos serviços de saúde deve ser incentivada através de uma carga fiscal diferenciada e reduzida, e de um modelo previdenciário adequado à sua realidade.

Somente assim as promessas de assistência universal e integral à saúde realizadas pelo constituinte originário em nossa Carta Magna poderão começar a ser plenamente cumpridas, senão pelo Estado, ao menos pelo particular.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968. Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 31 dez. 1968.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 25 jul. 1991.

BRASIL. Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), nos casos que especifica; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 31 dez. 2002. Edição Extra.

BRASIL. Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 30 dez. 2003.

BRASIL. Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011. Institui o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra); dispõe sobre a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) à indústria automotiva; altera a incidência das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas que menciona; altera as Leis nº 11.774, de 17 de setembro de 2008, nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, nº 10.865, de 30 de abril de 2004, nº 11.508, de 20 de julho de 2007, nº 7.291, de 19 de dezembro de 1984, nº 11.491, de 20 de junho de 2007, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, e nº 9.294, de 15 de julho de 1996, e a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga o art. 1º da Lei nº 11.529, de 22 de outubro de 2007, e o art. 6º do Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977, nos termos que especifica; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 dez. 2011.

BRASIL. Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991. Institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, eleva a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 31 dez. 1991.

BRASIL. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 01 ago. 2003.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 dez. 2006.

BRASIL. Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014. Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nºs 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 8 ago. 2014.

BRASIL. Medida Provisória nº 651, de 9 de julho de 2014. Dispõe sobre os fundos de índice de renda fixa, sob a responsabilidade tributária na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros; sobre a tributação das operações de empréstimos de ativos financeiros; sobre a isenção de imposto sobre a renda na alienação de ações de empresas pequenas e médias; prorroga o prazo de que trata a Lei nº 12.431, de 24 de junho de 2011; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 jul. 2014.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/>

REFORMA de PIS-COFINS só sai após a eleição. **O Globo**. Rio de Janeiro, p. 20. 14 out. 2014.





**ENTRE A ESPADA E A LEI: ALGUMAS  
CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONFLITO  
ENTRE O DEVER DE CUIDAR E O  
RESPEITO À AUTONOMIA DO PACIENTE  
TESTEMUNHA DE JEOVÁ**

*Brenno Cavalcanti\**  
*Ilana Martins Luz\*\**

\*

*Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (2013); Pós-Graduado em Ciências Criminais pelo JusPodivm (2014); Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2012).*

\*\*

*Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (2014); Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia (2012); Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2010); Advogada Criminalista.*

## INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe a analisar a tormentosa questão que envolve, de um lado, o dever do médico de cuidar dos seus pacientes e, de outro, a liberdade e autonomia dos pacientes Testemunhas de Jeová, os quais têm, como premissa religiosa e filosófica, a recusa a receber tratamento com transfusão de sangue.

A motivação para a apresentação da temática foi fruto de duas razões fundamentais: a atuação na prática profissional, notadamente em casos de consultas de profissionais envolvidos no dilema traçado anteriormente e, ainda, em virtude de recente julgamento, ainda inconcluso, no Superior Tribunal de Justiça. No caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, uma adolescente de 13 anos morreu em virtude da ausência de transfusão de sangue pois, à época, os pais negaram a autorização para o tratamento e os médicos, respeitando a posição da família, deixaram de realizar o procedimento. Todos foram denunciados e pronunciados pelo crime de Homicídio, por omissão. No julgamento do *Habeas Corpus* impetrado em favor dos pais da adolescente, que se opuseram à transfusão de sangue, dois dos três Ministros que compõem a Sexta Turma decidiram que os pais não podem ser responsabilizados, em virtude do Direito Fundamental à liberdade religiosa. No entanto, no que tange aos médicos, o entendimento foi diametralmente oposto: estes, ao não realizar a transfusão, mesmo contra a vontade dos genitores da adolescente, devem responder pela conduta delitiva, pois teriam dado causa à morte, contrariando o seu dever de cuidar da paciente.

O objetivo do estudo é discutir os limites para a intervenção criminal nesta seara. Para tanto far-se-á, preliminarmente, uma breve digressão para cuidar da liberdade religiosa e das especificidades da Religião Testemunha de Jeová, com o objetivo de desfazer alguns preconceitos. Em seguida, tratar-se-á do dever do médico e das exigências criminais que advém deste dever. Por fim, apresentar-se-á a conclusão, no sentido de apontar se o dever de tratar que incumbe ao médico deve prevalecer em todas as circunstâncias, ou se deve haver um limite.

A pesquisa realizada para a confecção deste trabalho foi de cunho bibliográfico e documental, com a análise e revisão crítica de

obras jurídicas impressas e eletrônicas sobre o tema, bem como de documentos legais pertinentes e dados estatísticos.

Importante ressaltar que o interesse dos autores é exclusivamente acadêmico e dogmático, inexistindo qualquer interesse religioso na condução do trabalho. Por fim, é de se assinalar que, certamente, as discussões sobre o tema não se esgotam neste presente ensaio, pois é necessário um aprofundamento maior sobre a temática, incabível neste espaço.

## **1 LIBERDADE RELIGIOSA, TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E PARADIGMA DA AUTONOMIA DO PACIENTE: QUEBRANDO PRECONCEITOS**

O primeiro ponto importante a ser abordado na discussão do tema diz respeito à liberdade religiosa, direito fundamental assentado na Constituição Federal, e às características da religião Testemunhas de Jeová, com o fito de elucidar as raízes do conflito posto em questão. É imprescindível, para a correta análise da questão, desfazer os mitos frequentemente verificados nesta seara, bem como apresentar os contornos da autonomia da relação médico-paciente.

A liberdade de consciência e crença (liberdade religiosa), espécie do gênero Direito de Liberdade, tem previsão constitucional expressa no Ordenamento Jurídico Pátrio, notadamente na Constituição Federal. Este direito fundamental é uma ramificação do fundamento maior da república, a dignidade da pessoa humana, trazida pelo constituinte como um dos pilares do Estado Brasileiro, logo no dispositivo inaugural da Constituição<sup>1</sup>.

Justificável a previsão deste ideal como norteador republicano, uma vez que o período anterior à promulgação do Texto Maior caracterizou-se como autoritário, marcado pelo desrespeito aos direitos individuais, em detrimento ao interesse do Estado e daqueles que detinham o poder de ingerência sobre a máquina pública. Os ares democráticos invadiram os pulmões da nação e quis-se demonstrar, expressamente,

<sup>1</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)III - a dignidade da pessoa humana;

a mudança de paradigma – com efeitos manifestos no ordenamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana tem, no entanto, sentido amplo, e, consoante assinala Luis Roberto Barroso (2012), é inegável a conclusão de que cada um projeta na dignidade o seu próprio espelho, “os seus próprios valores”, de sorte que tem sido por vezes banalizada a utilização da dignidade como fundamento de decisões e manifestações políticas: aborto, eutanásia, discurso de ódio, etc., em todos esses casos limítrofes, utiliza-se a dignidade humana como argumento, para ambos os lados.

Assim, para evitar que este fundamento da República, tão caro à consolidação da democracia, reste banalizado e desacreditado, é importante dotá-lo de sentido, de conteúdo mínimo, apontando quais são os direitos que dela decorrem (BARROSO, 2012, p. 131).

Desde Roma antiga até os fins da Idade Média a dignidade humana era reconhecida como um Direito de respeito e honra de poucos frente a uma sociedade hierarquizada, legitimando status sociais diferentes a distintas pessoas (BARROSO, 2012, p. 132). Nada obstante, o sentido moderno da dignidade da pessoa humana representa o marco moderno da dignidade da pessoa humana; representa uma alternância de paradigma neste sentido, conquanto é vista, na atualidade, à luz da premissa Kantiana de que *cada ser humano tem o seu valor intrínseco, sendo um fim em si mesmo*, de sorte que não pode ser instrumentalizado em busca de outros fins (BARROSO, 2012, p. 133). O triste período histórico do holocausto nazista trouxe a preocupação com a dignidade da pessoa humana para o centro dos tratados e das discussões internacionais e a maioria das constituições promulgadas após a segunda guerra mundial incorpora-a como fundamento ou princípio em seus respectivos textos.

É de se observar que a centralização das atenções à dignidade da pessoa humana provoca consequências na área da prática médica. Isto porque, como bem salienta Luis Roberto Barroso, imperava a chamada ética hipocrática, segundo a qual o médico era o absoluto responsável pela preservação e manutenção da saúde do paciente. Assumia uma espécie de autoridade no trato dos seus pacientes, podendo exercer o seu poder de forma absoluta, ao passo em que ele tinha o

pleno conhecimento e domínio da arte da Medicina. Este período, que é compreendido até meados do século XX, era dominado pelo princípio da beneficência e pelo paternalismo médico (BARROSO, 2012b. Legitimidade...).

Todavia, há uma crise no paradigma estabelecido e o advento da valorização da dignidade da pessoa humana provoca o reconhecimento do indivíduo como ser autônomo e sujeito de direitos. As liberalidades e idiosincrasias passam a ocupar o centro das análises, voltando-se as atenções ao exercício dos direitos e da consciência de cada um. Isto, naturalmente, causa impactos na Medicina, mormente na relação pontual médico-paciente. O posto ocupado pelo médico, antes sujeito absoluto e centro irrestrito das decisões nos procedimentos a serem utilizados, passa a sê-lo pelo próprio paciente. Este não mais é visto como um mero objeto que permite a concretude da função daquele mas, sim, como participante ativo neste percurso. A autonomia deve ser obedecida, pois, também pelo médico, que deve respeitar e enxergar o seu paciente como sujeito autônomo (BARROSO, 2012b. Legitimidade...).

Feitas estas pertinentes considerações é importante tecer alguns comentários sobre a religião Testemunha de Jeová, para que possa haver a compreensão de quais os fundamentos filosóficos e religiosos que norteiam a atuação destes.

Os adeptos da religião Testemunha de Jeová, que, segundo informações do IBGE, contabilizam 1.393.208 pessoas no Brasil<sup>2</sup>, são Cristãos, seguem os ensinamentos da Bíblia Sagrada e adoram Jeová<sup>3</sup>. Suas premissas religiosas são pautadas tanto no Velho, quanto no Novo Testamento, os quais, segundo a leitura destes religiosos, vedam, veementemente, o uso do sangue como forma de tratamento. Mais especificamente, através da leitura das passagens (Gênesis 9:4; Levítico 17:10; Deuteronômio 12:23; Atos 15:28, 29 e Levítico 17:14), é possível a compreensão do sentido que, para eles, existe. O sangue é visto como sagrado, pois é a representação direta da alma dos seres. O sangue seria uma espécie de materialização da alma dos indivíduos,

2 Dados do censo Brasil 2010, disponíveis em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo\\_Demografico\\_2010/Caracteristicas\\_Gerais\\_Religiao\\_Deficiencia/tab1\\_4.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tab1_4.pdf). Acesso em: 29 out. 2014.

3 Informação disponível em: <http://www.jw.org/pt/>. Acesso em: 29 out. 2014.

**ENTRE A ESPADA E A LEI: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONFLITO ENTRE O DEVER DE CUIDAR E O RESPEITO À AUTONOMIA DO PACIENTE TESTEMUNHA DE JEOVÁ** - Brenno Cavalcanti e Ilana Martins Luz

merecendo o tratamento sagrado. Segundo eles, “o sangue representa a vida” de modo que a ingestão deve ser evitada “por respeito a Deus, mas também por respeito a Ele como dador da vida”<sup>4</sup>.

Desta forma, para os adeptos da religião Testemunha de Jeová, é inaceitável receber sangue ou qualquer um de seus componentes principais (plasma, hemácias, leucócitos e plaquetas<sup>5</sup>). Para fazer valer a sua vontade e as suas convicções religiosas, todos possuem consigo “diretivas antecipadas de vontade”, reconhecidas em cartório e, frequentemente, atualizadas de cinco em cinco anos, nas quais há a manifestação da vontade de não receber os componentes principais do sangue e, a depender da convicção de cada um, de não receber ou decidir no caso concreto aceitar os componentes secundários do sangue.

No entanto, é necessário esclarecer que, apesar da recusa à transfusão de sangue, os adeptos da religião Testemunhas de Jeová não têm qualquer outra objeção ao tratamento médico, tampouco acreditam em cura pela fé<sup>6</sup>. Em outros termos, todos eles desejam ser tratados, mas querem receber tratamento compatível com sua autonomia, liberdade religiosa e dignidade humana, ou seja, querem receber tratamentos alternativos<sup>7</sup> à transfusão de sangue. Esta premissa precisa ficar clara, pois é possível perceber, em diversas situações, referências aos adeptos da religião Testemunhas de Jeová como “potenciais suicidas”, que preferem morrer ao viver. Que fique estreme de dúvidas: todos eles querem viver, de acordo com a sua dignidade.

O grande problema, quando se trata dos adeptos da religião Testemunhas de Jeová é que os tratamentos por eles aceitos são, como ressei do adjetivo, alternativos, ou seja, não representam o tratamento

4 [http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/#?insight\[search\\_id\]=1a7a090d-6be9-463a-840f-0a0d42f00aa3&insight\[search\\_result\\_index\]=1](http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/#?insight[search_id]=1a7a090d-6be9-463a-840f-0a0d42f00aa3&insight[search_result_index]=1). Acesso em: 29 out. 2014.

5 <http://www.hemosc.org.br/sangue>. Acesso em: 29 out. 2014.

6 Informação disponível em: [http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/#?insight\[search\\_id\]=1a7a090d-6be9-463a-840f-0a0d42f00aa3&insight\[search\\_result\\_index\]=1](http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/#?insight[search_id]=1a7a090d-6be9-463a-840f-0a0d42f00aa3&insight[search_result_index]=1). Acesso em: 29 out. 2014.

7 As próprias Testemunhas de Jeová, em seu sítio eletrônico, à luz de experimentos médicos mais recentes, apresentam os tratamentos de sua concordância, os quais apresentam bons índices de efetividade, de acordo com a literatura médica consultada por eles. Para mais informações, consultar: [http://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/como-pode-o-sangue/Alternativas-de-qualidade-para-a-transfus%C3%A3o/#?insight\[search\\_id\]=1a7a090d-6be9-463a-840f-0a0d42f00aa3&insight\[search\\_result\\_index\]=6](http://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/como-pode-o-sangue/Alternativas-de-qualidade-para-a-transfus%C3%A3o/#?insight[search_id]=1a7a090d-6be9-463a-840f-0a0d42f00aa3&insight[search_result_index]=6). Acesso em: 29 out. 2014.

padrão em diversos centros médicos e hospitalares do Brasil. A formação médica brasileira ainda assume os contornos tradicionais, de sorte que a transfusão de sangue ainda representa o tratamento padrão em casos de deficiência de hemoglobina no organismo e estado de choque.

Isto gera um conflito em situações cirúrgicas e de emergência, pois tem-se, de um lado, o paciente que, pessoalmente ou por procurador devidamente autorizado por ele, se nega a receber a transfusão de sangue e, de outro, o médico e demais profissionais de saúde que tem como dever ético, legal e penal o tratamento e a evitação de resultados danosos evitáveis à vida e à saúde destes pacientes. Sobre o dever dos médicos, faz-se necessária, também, uma breve digressão, o que será feito no tópico que se segue.

## **2 O DEVER DE TRATAR DOS MÉDICOS: POSIÇÃO DE GARANTE E OBRIGAÇÃO DE EVITAR RESULTADOS LESIVOS À SAÚDE E À VIDA**

Os médicos são profissionais de saúde que possuem, pela lei e pela ética, o dever de tratar dos pacientes que estão sob o seu cuidado. Este dever é facilmente extraído da Lei n. 12.842/2013 e do Código de Ética Médica (2010).

Consoante disposto no artigo 2º da Lei n. 12.843/2013:

Art. 2º O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza.

Parágrafo único. O médico desenvolverá suas ações profissionais no campo da atenção à saúde para:

- I - a promoção, a proteção e a recuperação da saúde;
- II - a prevenção, o diagnóstico e o tratamento das doenças;

O Código de Ética Médica, por seu turno, assinala que:

É vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

Da leitura conjugada e sistemática destes dois dispositivos é possível extrair que o médico possui o dever legal de proteção da vida e da saúde dos pacientes submetidos aos seus cuidados, devendo zelar pelos bens jurídicos destes.

Para o Direito Penal, o sujeito que tem deveres legais de proteção encontra-se em uma posição especial, denominada de posição de garante, a qual traz deveres e ônus específicos. Tais sujeitos, em situação de risco, são obrigados a agir para evitar resultados que poderiam ser evitados pois, se assim não agirem, responderão pelo resultado, como se houvessem atuado para causá-lo. Em termos mais claros, para o Direito Penal, o garante deve atuar para proteger o bem, pois a sua omissão tem a mesma relevância jurídica de uma ação direcionada a causar o resultado lesivo.

Este dever de agir é expresso, claramente, no artigo 13, parágrafo 2º do Código Penal pátrio, o qual assinala que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado lesivo”, incumbindo o dever de agir, dentre outros, àquele que possui, “por lei, o dever de cuidado, proteção e vigilância”, tal qual o médico, como já demonstrado.

Os médicos, enquanto garantes, quando omissos, e quando preenchidos outros requisitos doutrinários, que serão apresentados em seguida, cometem o que se convencionou, dogmaticamente, chamar de “crimes omissivos impróprios”. Percebe-se, portanto, que, para o Direito Penal, fazer o mal constitui um crime e, em certos casos, deixar de fazer o bem também (PASCHOAL, 2011, p. 33). Omitir-se, deixar de agir, em muitos casos pode ser considerada uma conduta criminosa.



Em matéria de omissão<sup>8</sup> penal, é cediço que existem duas espécies de crimes omissivos: os próprios e os impróprios. Os primeiros são caracterizados como violações de prescrições estatais previstas em um tipo penal específico (PASCHOAL, 2011, p. 34), que encarnam um dever geral de fazer o bem, ou dever geral de solidariedade com o próximo. Nos crimes omissivos próprios, o sujeito tem uma obrigação principal de agir, de sorte que a omissão é, em si, criminosa, ainda que não haja a produção do resultado lesivo. Tem-se como exemplo o artigo 135 do Código Penal Pátrio.<sup>9</sup>

Os crimes omissivos impróprios, por seu turno, também chamados de crimes comissivos por omissão, encarnam um dever específico do sujeito de agir para evitar um resultado lesivo que pode ser evitado com a ação desse sujeito. Os crimes omissivos impróprios diferenciam-se dos omissivos próprios a partir do critério tipológico<sup>10</sup>, uma vez que são tipos penais incriminadores obtidos por meio de uma tipicidade mediata, ou seja, nesses casos, para o adequado juízo de tipicidade, o intérprete deverá conjugar a norma que impõe o dever de garantia com aquela que incrimina a ocorrência de um resultado ao bem jurídico (TAVARES, 2012, p. 313). Em outros termos, os tipos penais de omissão são deduzidos de um tipo de ação em conjunto com um dever de agir para evitar o resultado lesivo, de sorte que, se o sujeito não atua para evitar o resultado lesivo, e esse resultado se produz, ele vai responder pelo resultado como se tivesse dado causa.

8 Quando se aborda a questão da omissão, o critério adotado aqui é o da ausência de movimento corporal, ou seja, a omissão configuraria uma ausência de movimento corporal do agente para impedir a produção de um resultado. Não se trata do melhor critério, pois possui algumas incongruências, seria o mais razoável a ser adotado. PASCHOAL (2011, p. 32).

9 Omissão de socorro

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

10 Concordamos, aqui, com a posição de Janaína Paschoal que defende ser o critério tipológico o critério diferenciador entre as duas espécies, nada obstante outros respeitáveis nomes na doutrina nacional adotem um critério diverso, como o critério da posição do garantidor. PASCHOAL, Op. Cit. p. 36

Percebe-se, assim, que os tipos omissivos impróprios apresentam um problema de compatibilidade com o princípio da legalidade, mormente com a vertente da taxatividade, já que todo conteúdo da proibição não se encontra expresso em um único tipo. Surge, daí, a necessidade da lei especificar quem são os sujeitos especiais (crime próprio) que tem o dever de agir para a proteção do bem jurídico, os chamados garantidores do bem jurídico, para mitigar o problema de legalidade que é evidente nesses casos (PASCHOAL, 2011, p. 41).

A posição de garantidor do bem jurídico, conquanto não sirva como elemento diferenciador dos tipos omissivos próprios ou impróprios, é essencial para a configuração deste último. Somente vai responder pelo resultado como se o tivesse causado quem tem a obrigação legal de agir para evitar.

Saliente-se, outrossim, que, tendo em vista a tipicidade mediata dos crimes omissivos impróprios, é necessário adotar outros requisitos para a configuração desses crimes, porque, caso contrário, haveria a permissão de um alargamento indevido da atuação estatal na liberdade dos agentes (“ingerência indevida”, nas palavras de Janaína Paschoal). Dessa forma, os crimes omissivos impróprios, para serem configurados no caso concreto, implicam,

“além da presença da figura do garantidor, a ocorrência de um resultado naturalístico ao objeto material da ação (crimes materiais ou de resultado naturalístico) e, ainda, na possibilidade concreta do sujeito de agir para evitar um resultado que poderia ser evitado com a sua conduta, de modo a se afastar a responsabilidade objetiva” (PASCHOAL, 2011, p. 35).

Além disso, é necessária a verificação dos requisitos subjetivos de dolo (regra) ou culpa (exceção, para os crimes que a admitem).

Analisando os requisitos dos crimes omissivos impróprios à luz das situações problemáticas aqui expostas, é preciso discorrer sobre o dever de agir do médico. Neste sentido é preciso questionar o seguinte: em todas as circunstâncias haverá, inexoravelmente, este dever de agir, ou, em alguns casos, a capacidade do paciente e a sua liberdade religiosa são um limite ao dever de agir do médico, isentando-o de

qualquer responsabilidade pelo resultado? É o que se propõe a responder no tópico seguinte.

### **3 O CONFLITO ENTRE A AUTONOMIA E O DEVER DE GARANTE DOS MÉDICOS: EXISTE UM DEVER DE TRATAR E SER TRATADO?**

A posição tradicional e majoritária que existe hoje, extraída à luz da jurisprudência firmada em casos penais e, ainda, à luz do Código de Ética Médica é no sentido de obrigação do médico de tratar o paciente de acordo com o tratamento convencional mais aceito, sob pena de responsabilização ética e/ou penal.

De acordo com os dispositivos do Código de Ética Médica, já citados acima, o dever de respeitar o direito do paciente deve ser conjugado com a utilização dos meios necessários para salvar-lhe a vida, de modo que o médico só deve respeitar a vontade do paciente quando esta vontade não comprometer a vida e/ou saúde deste.

Esta posição resta ainda mais clara na Resolução n. 1021/1980 do Conselho Federal de Medicina, a qual aduz que:

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:

1º Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.

2º Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

Em recente parecer, em resposta à Consulta n. 22/2012, o Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná reiterou que, subsistindo risco de morte, deve o médico realizar o procedimento de transfusão de sangue, uma vez que, consoante os princípios de Ética Médica, “o médico não pode renunciar à sua liberdade profissional, tampouco permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção do seu trabalho”<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> [http://www.portalmédico.org.br/pareceres/crmp/pareceres/2012/2382\\_2012.pdf](http://www.portalmédico.org.br/pareceres/crmp/pareceres/2012/2382_2012.pdf). Acesso em: 29 out. 2014.

Em outros termos, à luz do quanto exposto, extrai-se que o médico deve, em um primeiro momento, respeitar a vontade do paciente e aplicar tratamentos alternativos a este, caso sejam do seu conhecimento e caso disponíveis na unidade hospitalar. Se não houver perigo de vida, não deve o médico obrigar o paciente a se submeter a estes tratamentos. No entanto, subsistindo o risco de vida, deve o médico, em qualquer hipótese, realizar a transfusão, passando por cima do direito e autonomia do paciente.

Com o devido respeito, nada parece ser mais absurdo do que essa conclusão apresentada nas linhas anteriores. Decorre da visão de inferiorização do paciente e da premissa hipocrática já refutada nas linhas anteriores.

O dever do médico de tratar não pode, em todos os casos, ser imposto ao paciente, sob pena de o Estado instaurar verdadeiro *dever de ser tratado* ou *dever de ser submetido a tratamento médico forçado*, instrumentalizando o paciente, ofendendo a dignidade deste e, ainda, legitimando verdadeiro Direito Penal máximo.

Assim, é preciso assinalar que, segundo a opinião aqui defendida, o dever de tratar do médico deve *ceder*, em algumas circunstâncias, em relação a determinados pacientes, para que haja a proteção à autonomia e à liberdade religiosa e de crença das pessoas, as quais poderão, assim, exercer o seu direito à dignidade e à cidadania. Nestes casos, por óbvio, inexistindo o dever de tratar, não subsistirá qualquer responsabilidade ao médico que, uma vez prestando os esclarecimentos ao paciente e tomando a sua declaração real ou antecipada, estará isento do dever de agir contra a vontade deste.

Para a exata compreensão do quanto se defende neste trabalho, é necessário diferenciar as situações peculiares. Neste sentido, é possível observar que existem pacientes que podem se encontrar em quadro estável, sem risco de morte iminente e, por outro lado, pacientes em estado grave, em quadro de morte iminente. No que tange aos pacientes em quadro estável, defende-se que estes devem ter, em todo o caso, o seu direito à autonomia perfeitamente resguardado, de modo que deve o médico tomar o consentimento informado destes e, ainda, tentar, se possível for, todos os tratamentos alternativos pertinentes.

A situação complica-se quando o paciente se encontra em estado grave, com risco de morte iminente caso não seja tomada alguma medida médico-hospitalar, podendo a omissão desencadear óbito ou uma lesão grave. Tratam-se de pacientes em situação de urgência, nos termos da primeira parte artigo 1º, §1º da Resolução n. 1451/1995 do Conselho Federal de Medicina<sup>12</sup>.

Nestes, ainda é preciso diferenciar os pacientes capazes, que possuam declaração antecipada de vontade ou que, porventura, encontram-se em situação de consciência, dos pacientes incapazes ou dos capazes que não possuem declaração de vontade. Por pessoas capazes, têm-se aquelas que possam exercer a sua autonomia com plenitude, ou seja, que tem o discernimento necessário “para agir de acordo com um plano escolhido por ele próprio”. (BEUCHAMPS; CHILDRESS, 2002, p. 138). Os incapazes, por seu turno, seriam os que apresentam a autonomia reduzida, como aqueles com deficiência mental, os que estão em estado de surto por dependência de drogas e os menores de idade (na maioria dos casos).

Quanto aos pacientes capazes, que tenham manifestado anteriormente a sua posição, notadamente por diretivas antecipadas de vontade, ou que, porventura, estejam conscientes no momento do atendimento médico, deve haver o respeito à posição destes pacientes, qualquer que seja esta. O indivíduo, nessas circunstâncias, deve ser tratado como um sujeito autônomo, fazendo jus a tratamento e ações que respeitem o seu direito à autonomia e à escolha do tratamento médico que deseja se submeter, conforme suas convicções filosóficas. De acordo com as lições de Beuchamp e Childress:

“Respeitar um agente autônomo é, no mínimo, reconhecer o Direito desta pessoa de ter suas opiniões, fazer suas escolhas e agir com base em valores e crenças pessoais. Esse respeito envolve a ação respeitosa e não meramente uma atitude respeitosa. Ele exige também que mais obrigações de não-intervenção nas decisões das pessoas, pois inclui obrigações para sustentar as capacidades dos outros para escolher autonomamente, enquanto o

12 Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1995/1451\\_1995.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1995/1451_1995.htm)

**ENTRE A ESPADA E A LEI: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONFLITO ENTRE O DEVER DE CUIDAR E O RESPEITO À AUTONOMIA DO PACIENTE TESTEMUNHA DE JEOVÁ** - Brenno Cavalcanti e Ilana Martins Luz

desrespeito envolve atitudes e ações que ignoram, insultam ou degradam a autonomia dos outros e, portanto, negam uma igualdade mínima entre as pessoas” (BEUCHAMPS; CHILDRESS, 2002, p. 143).

Desta forma, nos casos dos pacientes capazes, nos termos definidos anteriormente, caso haja a recusa do tratamento, não deve o médico, em nenhuma hipótese, ser obrigado pelo Direito Penal a realizar a transfusão de sangue contra a vontade deste paciente. A natureza subsidiária do Direito Penal, decorrência da premissa de que este ramo do Direito deve ser visto como o último recurso do Estado para a proteção de bens jurídicos fundamentais, veda a obrigação de agir nestes casos. Caso o médico fosse obrigado, pelo Direito Penal, a tratar o paciente contra a sua vontade, realizando a transfusão de sangue, estar-se-ia diante do grau máximo de instrumentalização da pessoa e, outrossim, de um verdadeiro dever de ser tratado e de receber tratamento médico.

Nada obstante, no que tange a pacientes incapazes, a situação assume contornos diferenciados. Isto porque, nestes casos, falta ao sujeito o necessário discernimento e entendimento para exercer, plenamente, a sua autonomia. Faltam-lhe, pois, as habilidades para entender as informações relevantes e oferecer um motivo racional, com base em riscos e benefícios, para a decisão tomada (BEUCHAMPS; CHILDRESS, 2002, p. 156).

No caso dos pacientes capazes, porém em estado de inconsciência, a situação é semelhante, pois este paciente também não pode expressar a sua vontade naquela circunstância. Assim, caso não tenha deixado qualquer diretiva, deve ser tratado da mesma forma que os incapazes em geral, em virtude da sua situação de incapacidade momentânea.

Nas situações de perigo de vida que envolvam esses pacientes, o entendimento deve ser oposto. O direito à vida e à integridade física podem ser postos em evidência, sobrepondo-se ao caso concreto, pois estes sujeitos necessitam de proteção do Estado, justamente por não terem condições de autodeterminar-se de forma livre. Admite-se, então, nestes casos, um “paternalismo jurídico-penal suave”, com vistas

a proteger os sujeitos incapazes de exercer o direito à autonomia, com plenitude<sup>13</sup>.

Apenas para elucidar o quanto sinalizado, impende trazer à colação a situação de um paciente menor<sup>14</sup>, com 08 anos de idade, cuja família é adepta da religião Testemunha de Jeová, encontra-se em grave estado de hemorragia. A esta paciente, em virtude das condições do hospital ou estabelecimento hospitalar em que se encontra, só pode ser fornecido o tratamento convencional, qual seja, a transfusão de sangue. Neste caso, defende-se que o médico, que é garante, nos termos já salientados anteriormente, *tem o dever de agir*. Por uma razão muito simplória: uma criança, nesta idade, não tem, via de regra, a maturidade necessária para exercer, racionalmente, o seu direito à liberdade religiosa, sendo, muitas vezes, influenciada pela escolha de seus pais. Não seria possível verificar, de igual sorte, maturidade suficiente para traçar um plano racional de vida, com escolhas que sejam capazes de discernir, analisando-se os riscos e benefícios de cada decisão. Não é possível, sequer, admitir-se, com margem razoável de certeza, que esta criança, futuramente, adotará a religião Testemunha de Jeová.

Em situações fáticas como esta narrada, deve prevalecer a obrigação jurídico-penal de tratar, *mesmo que contra a vontade dos genitores da criança*. A realização da transfusão, nesta hipótese, serve para garantir o futuro exercício da autonomia e da liberdade religiosa desta criança, que, na fase adulta, poderá decidir autonomamente sobre o seu corpo. Nestes casos, portanto, imperativo que o médico aja, obedecendo-se a posição de garante, *caso não exista tratamento alternativo disponível*.

13 De fato, um paternalismo jurídico suave, tanto direto como indireto, é inerente à própria ideia de autonomia da pessoa e se encontra já na obra fundamental do antipaternalismo utilitarista escrita por John Stuart Mill. Decisões de autolesionar-se tomadas por uma pessoa em decorrência de imaturidade, enfermidade mental, pressa insensata ou passageira sobrecarga emocional e que podem ter um resultado irreversível, pelo qual a pessoa futuramente, com toda a probabilidade, irá amaldiçoar-se, não precisam – justamente por respeito a essa pessoa – ser toleradas”. SCHUNEMMAN in GRECO (2013, p. 107).

14 Quanto aos menores, não se pode ignorar a referência ao menor amadurecido, que seria aquele que já apresenta traços e sinais de racionalidade na escolha das decisões que dizem respeito ao seu corpo, podendo ser tratado como um sujeito autônomo. A teoria do menor amadurecido nasce no Reino Unido, e, portanto, na tradição do common law, a partir do leading case “Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another” (Gillick vs West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another. Disponível em: [http://www.hrcr.org/safrica/childrens\\_rights/Gillick\\_WestNorfolk.htm](http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm). Acesso em: 31 out. 2014). Nestes casos, poder-se-ia cogitar de tratamento semelhante ao paciente capaz. Esta digressão, contudo, não será feita nesta oportunidade, por ultrapassar os limites e o interesse deste artigo.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema discutido nas linhas anteriores é assaz polêmico e, por certo, não se esgota com o presente ensaio. O objetivo, aqui, é apontar algumas soluções para o desenvolvimento da temática, que merece ser discutida e aprofundada na comunidade jurídica e médica, notadamente nos meios acadêmicos.

Do que aqui fora exposto, conclui-se que os adeptos da religião Testemunha de Jeová merecem ser tratados com respeito à sua autonomia, de sorte que o ideal seria que os estabelecimentos hospitalares e as faculdades de medicina introduzissem, de maneira frequente, em suas rotinas, os tratamentos alternativos à transfusão de sangue.

No entanto, enquanto essa maturidade não é atingida, deve-se ter como premissa que os pacientes autônomos e capazes de decidir não devem ser obrigados a receber tratamento médico, de sorte que o médico, mesmo que garante, não possui dever de agir nestes casos. O direito à vida não pode se resumir ao mero viver a qualquer custo, e sim no viver com respeito à dignidade humana e sem que haja a instrumentalização do homem. Assim, jamais se deve considerar um ser autônomo como mero objeto de tratamentos médicos, por melhores que sejam as intenções nestes casos. De igual forma, os profissionais de saúde jamais devem ser obrigados a agir de maneira desrespeitosa com seus pacientes, devendo o Direito Penal se abster de tais atos.

Nada obstante, quanto aos pacientes incapacitados de exercer a sua autonomia, deve prevalecer, na linha do paternalismo suave, o Direito à vida e à saúde, notadamente para possibilitar o exercício futuro da autonomia, liberdade religiosa e dignidade deste sujeito.



## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e o discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 919, n. 101, p.127-196, maio 2012. Separata. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/aqui\\_em\\_todo\\_lugar\\_dignidade\\_humana\\_direito\\_contemporaneo\\_discurso\\_transnacional.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **DIREITOS DO PACIENTE**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 343-382. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas\\_de\\_jeova.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2014.
- BEUCHAMPS, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002. Tradução de Luciana Pudenzi.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 out. 1988.
- BRASIL. Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jul. 2013.
- CENTRO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA DE SANTA CATARINA. **Sangue**. Disponível em: <<http://www.hemosc.org.br/sangue>>. Acesso em: 29 out. 2014.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1495/1995**. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1995/1451\\_1995.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1995/1451_1995.htm)>. Acesso em: 31 out. 2014.
- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ. **Parecer. n. 2.382/2012**. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmpr/pareceres/2012/2382\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmpr/pareceres/2012/2382_2012.pdf)>. Acesso em: 29 out. 2014.
- GILLICK vs West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another. Disponível em: <[http://www.hrcr.org/safrica/childrens\\_rights/Gillick\\_WestNorfolk.htm](http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm)>. Acesso em: 31 out. 2014.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Dados do censo Brasil 2010**. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo\\_Demografico\\_2010/Caracteristicas\\_Gerais\\_Religiao\\_Deficiencia/tab1\\_4.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tab1_4.pdf)>. Acesso em: 29 out. 2014.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. **Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2011.

**ENTRE A ESPADA E A LEI: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONFLITO ENTRE O DEVER DE CUIDAR E O RESPEITO À AUTONOMIA DO PACIENTE TESTEMUNHA DE JEOVÁ** - Brenno Cavalcanti e Ilana Martins Luz

PORTAL DO MÉDICO. **Pareceres**. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmp/pareceres/2012/2382\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmp/pareceres/2012/2382_2012.pdf). Acesso em: 29 out. 2014.

SCHUNEMMAN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de sísifo? In: GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. Sítio eletrônico dos adeptos da religião Testemunha de Jeová. Disponível em: <http://www.jw.org/pt/>. Acesso em: 29 out. 2014.





## **DA NÃO INTERVENÇÃO PATRONAL NAS ORGANIZAÇÕES DE EMPREGADOS: CONVENÇÃO 98 DA OIT**

*Bruno Milano Centa\**  
*Phillipe Fabrício de Mello\*\**

\*

*Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba – PR – Brasil. Linha de Pesquisa: Estado, atividade econômica e desenvolvimento. Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e em Derecho del Trabajo y crisis economica pela UCLM – Universidad de Castilla La Mancha (Toledo/Espanha). Professor Visitante na Pós Graduação de Direito do Trabalho da Universidade Positivo e na Pós Graduação de Auditoria e Gestão em Saúde da Universidade Tuiuti do Paraná. Membro titular do Conselho Jurídico da Confederação Nacional de Saúde. Membro da Comissão de Direito à Saúde da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraná. Advogado trabalhista. Endereço eletrônico: milano@fmem.adv.br*

\*\*

*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 da Disciplina de Responsabilidade Civil Médico - Hospitalar da Pós Graduação de Auditoria e Gestão em Saúde da Universidade Tuiuti do Paraná, da Pós Graduação de Direito Médico do UNICURITIBA e da Pós Graduação da FAE Business School. Conselheiro do Conselho Jurídico da Confederação Nacional de Saúde pelo Estado do Paraná. Membro da Comissão de Direito à Saúde da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraná. Advogado civilista, inscrito na OAB/PR sob nº 48.453. Endereço eletrônico: pfm@fmem.adv.br*

**RESUMO:** A vigorar no Direito brasileiro, o princípio da autonomia sindical abrange não só entidades representativas independentes do crivo do Estado, mas também da interferência de outros agentes externos, especificamente a correspondente entidade patronal, quando tratamos de sindicatos profissionais. A Convenção 98 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil e plenamente inserida no ordenamento jurídico nacional, é o objeto de análise do presente estudo e fundamento principal para a vedação desta espécie de interferência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sindicalismo. Direito do Trabalho. Intervenционismo. Economia. Organização Internacional do Trabalho.

## INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro em matéria trabalhista reserva posição de destaque às entidades sindicais.

Insculpidas no artigo 513 da Consolidação das Leis do Trabalho, as prerrogativas elencadas no aludido dispositivo elevam o Sindicato a fiel colaborador do Estado no estudo e solução dos problemas que se relacionam com a respectiva categoria profissional, além da representação de seu distinto grupo junto às autoridades administrativas e judiciárias.

O Sindicato deve ser a voz do trabalhador. É seu representante perante o Estado e personificação da massa nas negociações coletivas de trabalho, instrumento hábil a estipular as condições de trabalho aplicáveis no âmbito da respectiva representação, como dispõe o artigo 611 do texto consolidado.

Nesta esteira, para bem desenvolver tais prerrogativas com excelência e assegurar o avanço das conquistas dos trabalhadores, o Direito Sindical Brasileiro evoluiu ao largo do tempo para a construção de um Sindicato independente, tanto da interferência de um Estado que antes insistia em se confundir com as próprias organizações, quanto de agentes externos cujo interesse por vezes é conflitante com tais avanços, em especiais as correspondentes entidades patronais.

Este ensaio tem por escopo analisar o enfrentamento pelo poder judiciário, à luz da Convenção 98 da Organização Internacional do Trabalho, de ações anulatórias e dispositivos convencionais que venham a estabelecer financiamento empresarial ou outra espécie de intervenção nos sindicatos.

## **1 A CONVENÇÃO 98 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: SINDICALISMO AUTÔNOMO**

Amauri Mascaro Nascimento (2009, p. 1214) define as relações coletivas de trabalho como relações jurídicas que têm como sujeitos os sindicatos de trabalhadores e os sindicatos de empregadores ou grupos e como causa a defesa dos interesses coletivos destes grupos.

Para instrumentalizar tal espécie de relação, o Estado confere às entidades sindicais a autonomia coletiva, entendida como a autonomia de grupos intermediários entre o indivíduo e o Estado. Reconhecendo os grupos intermediários e o direito de associação, o Estado reconhece também o direito destes grupos em regular os seus interesses.

Amauri Mascaro Nascimento (2009) esclarece que, em linhas amplas, a autonomia coletiva compreende a autonomia organizativa, no sentido da elaboração dos próprios estatutos; autonomia negocial, que permite aos sindicatos a celebração de convenções coletivas de trabalho, na forma do artigo 611 da CLT; autonomia administrativa, resultando no direito do sindicato em eleger a própria diretoria e exercer a própria administração; e a autotutela, que é o reconhecimento de que o sindicato deve ter meios de luta, observados os limites da lei, para a solução dos conflitos trabalhistas, em especial a greve e o arbitramento das suas disputas.

A autonomia coletiva se consubstancia pelo consagrado princípio da liberdade sindical previsto no artigo 8º. da sua Constituição de 1988.

Contudo, a sua efetividade carece de medidas protetivas, especialmente no sentido de que as relações coletivas se desenvolvam sem interferências externas. Se a autonomia sindical é princípio consagrado pela ordem constitucional, cuja consequência é o divórcio do Estado da administração sindical onde até então insistia em se imiscuir, igualmente é necessária a garantia de que o capital não use do ruído

de seu poder econômico para interferir ou mitigar a força da união de trabalhadores.

O princípio da não intervenção, necessário à garantia da plena autonomia de representação, é consubstanciado pelo Disposto na Convenção 98 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil em 18 de novembro de 1952 e promulgada pelo Decreto 33.196, de 26 de junho de 1953, estando plenamente inserida no ordenamento jurídico pátrio.

Aludida Convenção reitera princípios basilares de liberdade sindical abarcados pela Constituição de 1988.

No introito, em seu artigo primeiro, determina a proteção ao trabalhador contra atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego, particularmente em relação à subordinação da condição de emprego à condição de não se filiar a um sindicato ou deixar de fazer parte de determinada entidade ou dispensar um trabalhador em virtude de suas atividades sindicais.

Ato contínuo, o artigo segundo estabelece política protetiva de fato mais relevante ao escopo deste estudo, qual seja, o estabelecimento de política de não intervenção entre organizações de empregadores e trabalhadores, quer por seus agentes e membros, em sua formação, funcionamento e administração.

Por evidente, em se tratando da força do capital elemento que possibilita maior incidência de intervenção patronal do que a de sentido contrário, a Convenção 98 elucida, no item 2 de seu artigo 2º., serem identificados como atos de ingerência medidas destinadas a provocar a criação de organizações de trabalhadores dominadas por um empregador ou uma organização de empregadores, ou a manter organizações de trabalhadores por outros meios financeiros, com o intuito de colocar estas organizações sob o controle de um empregador ou uma organização de empregadores.

A retirada do Estado do controle absoluto das entidades sindicais, ressalvada sua função cartorária para garantia da Unicidade Sindical – inteligência da Súmula 677<sup>1</sup> do Supremo Tribunal Federal

<sup>1</sup> STF Súmula nº 677 - 24/09/2003 - DJ de 9/10/2003, p. 4; DJ de 10/10/2003, p. 4; DJ de 13/10/2003, p. 4. Incumbência do Ministério do Trabalho - Registro das Entidades Sindicais e Princípio da Unicidade. Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade.



– permitiu de fato que surgissem entidades sindicais sem expressão ou força representativa, algumas com propósito de criar cisões a enfraquecer categorias profissionais, outras nas quais terceiros à serviço de interesses absolutamente contrários aos de seus representados tomassem o poder à serviço do patronato.

Contudo, é a interferência financeira que se evidencia de forma mais frequente. O Ministério Público do Trabalho, em seu mister de defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais – exegese do artigo 1º da Lei Complementar 75/1993 – tem se destacado como fiel combatente da prevalência de dispositivos desta espécie, infelizmente bastante comuns nas normas coletivas das mais diversas categorias.

## **2 DA NÃO IMPOSIÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES DIVERSAS DA SINDICAL OBRIGATÓRIA A NÃO ASSOCIADOS: SÚMULA 666 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Ato introdutório à análise da previsão convencional de contribuições patronais destinadas à sustentação de sindicatos profissionais, mister se faz trazer à análise posicionamento consolidado do Supremo Tribunal Federal no que se refere à imposição de contribuições de qualquer espécie a não associados aos Sindicatos.

Por meio da edição da Súmula 666<sup>2</sup>, a Suprema Corte brasileira espousa entendimento no sentido de que a Contribuição Confederativa de que trata o artigo 8º, inciso IV da Constituição, só é exigível aos associados do sindicato respectivo, em consonância ao princípio da liberdade sindical trazido no *caput* do mesmo dispositivo.

Como esclarece Eduardo Gabriel Saad (2012, p. 697) em seus comentários ao artigo 513 da Consolidação das Leis do Trabalho, teria o Poder Público delegado às entidades sindicais exclusivamente a função de receber, arrecadar a contribuição sindical obrigatória prevista no artigo 578 e seguintes do mesmo Diploma, sem poder aumentar ou reduzir o montante de tal contribuição de espécie tributária; ao passo que, no que tange às demais espécies contributivas, estas se equi-

<sup>2</sup> **SÚMULA N. 666.** A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.

valem à faculdade assegurada a qualquer pessoa jurídica de direito privado de estabelecer certas contribuições a serem feitas aos seus associados, para que seus fins sociais possam se concretizar.

Conclui-se, da análise da construção realizada pelo Supremo Tribunal Federal que, se não há a possibilidade de imposição de contribuições diversas da sindical obrigatória aos membros da própria categoria, obrigações financeiras destinadas a terceiros estranhos a tal composição, a exemplo do patronato, são igualmente inexigíveis.

Contudo, a análise deve ser mais profunda, ao viés intervencionista, haja vista que ainda que não possam legalmente se impor, tais espécies de contribuição ainda podem ser destinadas de forma espontânea ao intuito de se angariar facilidades ou arrefecer o espírito e luta das representações profissionais.

Tal modalidade de cobrança, como já mencionamos, tem sido objeto de combate perante o poder Judiciário, cuja contextualização dar-se-á no tópico a seguir.

### **3 A FIXAÇÃO DE MEIOS DE FINANCIAMENTO PATRONAL À ENTIDADES SINDICAIS PROFISSIONAIS E SUA ANULAÇÃO PERANTE O PODER JUDICIÁRIO**

Ultrapassadas as limitações que o princípio da liberdade sindical impõe à prevalência de contribuições estranhas à sindical obrigatória, analisaremos posicionamento do Poder Judiciário quando do enfrentamento de disposições intervencionistas nas normas coletivas.

Em Acórdão proferido pelo Tribunal Regional da 9ª. Região em Recurso Ordinário manejado em Ação Civil Pública de número 02502-2007-664-09-00-9<sup>3</sup>, de Relatoria do Magistrado convocado Reginaldo Melhado, procedeu-se a análise de insurgência do Ministério Público do Trabalho do Paraná em face de instituição em norma coletiva, pela representação de trabalhadores e empresários de determinado ramo industrial, de contribuição em benefício da representação profissional custeada por empregadores.

<sup>3</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região. **Recurso Ordinário nº. 02502-2007-664-09-00-9**. Publicado no DJPR, de 15.02.2008.

Os Recorrentes contestam pela via do Recurso Ordinário decisão de origem que reconheceu a procedência do pedido, sob o argumento de se tratar de matéria patrimonial lícitamente aventada em negociação coletiva, e que o destino da contribuição reafirmaria a natureza de concessões mútuas.

Aludida norma coletiva preceituava a contribuição patronal em prol do sindicato de empregados à ordem de 1,5% dos salários de seus empregados, durante 6 meses do ano, ao título de fundo de formação profissional e assistência social.

Em suas razões de decidir, esclarece o Regional Paranaense que o instrumento normativo não tem a função de imposição de obrigações financeiras para constituição do aludido fundo pretendido pelos Recorrentes, Sindicato profissional e patronal; e sim a finalidade de instituir condições de trabalho e disciplinar as relações individuais entre os empregados representados pelo sindicato obreiro e seus respectivos empregadores.

Alude que são estranhas a essa espécie de negócio jurídico, portanto, quaisquer cláusulas que versem sobre obrigações de empregadores em prol do sindicato de empregados, ou igualmente em suposta via inversa.

A análise é continuada pelo entendimento no sentido da ofensa, por esta modalidade de contribuição, ao direito à liberdade de associação e sindicalização. Considera o Acórdão nula qualquer cláusula normativa que imponha contribuições sindicais por parte dos trabalhadores ou empresas que não associados aos respectivos sindicatos, à luz da Orientação Jurisprudencial 17 da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho e da já mencionada Súmula 666 do Supremo Tribunal Federal.

Em conclusão, o *decisum* classifica tal modalidade de dispositivo em vício potencial a gerar dependência econômica do sindicato dos trabalhadores frente às organizações patronais, contrariando a disposição da Convenção n.º 98 da OIT face a sua incompatibilidade com o princípio da liberdade e autonomia sindicais, pois uma importante fonte de receita do sindicato obreiro acaba sendo obtida através dos empregadores, funcionando como um elemento inibidor da livre negociação de salários e de condições de trabalho.

Em caso análogo, enfrentado pelo Tribunal Regional da 12ª Região, a Corte Catarinense analisou em sede de Agravo de Instrumento de Recurso Ordinário combate pelos Sindicatos profissional e empresarial de categorias de limpeza e de conservação do interior do Estado à sentença proferida em Ação Civil Pública que deu provimento à insurgência ministerial, no sentido de afastar contribuição patronal em prol do Sindicato obreiro.

Em Acórdão relatado pela Desembargadora Águeda Maria Pereira nos autos de AIRO sob nº 0001946-48.2013.5.12.0048-2<sup>4</sup>, analisa-se a instituição na norma coletiva de dispositivo que determina a contribuição, à ordem de 1% do salário fixo dos trabalhadores abrangidos pela Convenção, com periodicidade mensal, a fim de custear serviços assistenciais na área de saúde.

Em suas razões de decidir, classifica o Acórdão como prática antissindical a conduta perpetrada pelas entidades representativas, a ofender o princípio das liberdades sindicais e associativa.

Entende que o fato do sindicato profissional receber dinheiro diretamente das empresas compromete suas independências e liberdade de atuação constitucionalmente asseguradas e que, mesmo comprovado que os valores pagos pelas empresas tivessem revertido em benefício aos empregados, ao final o preço a ser pago por estes, por esta caridade, afigura-se mais dispendioso do que o montante arrecadado pelo sindicato.

Frisa-se que a ilegalidade *in casu* é revestida de três facetas, uma em decorrência da imposição de contribuição à não associados; outra em conta da ausência de amparo legal a sustentar a imposição de ônus às empresas em favor de um sindicato que sequer representa a sua categoria; e terceira, em especial, por vilipendiar os princípios formadores do direito sindical brasileiro.

Conclui, ainda, que não se impede que as empresas propiciem acesso a serviços assistenciais da área de saúde, mas que pratiquem tal desprendimento por contratação direta ou por meio de convênios médico/odontológicos; ao passo que da mesma forma é lícito ao sindicato obreiro oferecer à categoria tal sorte de benefícios, desde que o faça pelo financiamento dos associados.

4 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. **Agravo de Instrumento em Recurso Ordinário número 0001946-48.2013.5.12.0048-2**. Publicado no DJSC, de 28.05.2014.

Por derradeiro, o Regional Catarinense reconheceu a ocorrência, em virtude das condutas comprovadas na demanda, de dano moral coletivo presumido pela subvenção da entidade sindical profissional ao interesse das empresas, retirando a autonomia que o sindicato deveria ter para atuar na defesa dos interesses dos trabalhadores. À essa ordem, foi arbitrado o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no intuito do desestímulo na pactuação da norma coletiva injurídica.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em que pese o Estado brasileiro ainda mantenha no âmbito de seu Ministério do Trabalho e Emprego uma burocrática e ultrapassada missão cartorária, e que não tenha albergado em seu ordenamento jurídico a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho, sua Constituição de 1988 carrega caros princípios de liberdade sindical, em especial no que se refere à faculdade de associação.

Se os próprios pertencentes da categoria econômica possuem a prerrogativa de não pactuar à contribuições extraordinárias se assim não julgarem conveniente, à luz da Súmula 666 do Supremo Tribunal Federal, como poder-se-ia impor tal espécie de ônus a entes estranhos à causa, ou pior, com interesses conflitantes aos representados, mesmo que em tese?

Da análise dos julgados colacionados neste estudo, vislumbra-se que o Poder Judiciário tem enfrentado tal questão com maestria; ao não admitir qualquer espécie de interferência patronal que venha a turvar o foco da representação profissional em seu fim precípua, que deve ser a evolução das condições sociais dos trabalhadores que compõe a categoria.

Especificamente em destaque do julgado catarinense, salienta-se que mesmo cláusulas que se transvestem em aparente serviço ou benefício não são abarcadas pelo crivo da Justiça, ao coerente raciocínio de que o preço pago aos trabalhadores por uma suposta vantagem será caro demais quando verificada a tolerância do sindicato profissional à inércia patronal para condução de avanços de toda ordem que podem ser conduzidos pela norma coletiva.

**DA NÃO INTERVENÇÃO PATRONAL NAS ORGANIZAÇÕES DE EMPREGADOS:  
CONVENÇÃO 98 DA OIT** - Bruno Milano Centa e Phillipe Fabrício de Mello

O reconhecimento do dano moral coletivo é relevante na reflexão do papel social que o Sindicato possui e a responsabilidade imiscuída nas prerrogativas de representação que a lei o confere.

Ao coibir atitudes antissindicais com tamanha veemência, o Poder Judiciário relembra aos detentores de cargos de gestão sindical que a confiança que lhes foi depositada pelos representados tem de ser honrada, não admitindo que interesses pessoais e financeiros substituam instrumentos de luta.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região. **Recurso Ordinário n. 02502-2007-664-09-00-9**. Publicado no DJPR, de 15.02.2008.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª. Região. **Agravo de Instrumento em Recurso Ordinário número 0001946-48.2013.5.12.0048-2**. Publicado no DJSC, de 28.05.2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 24. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 98**. Disponível em: <http://www.ilo.org/global/standards/lang--en/index.htm>. Acesso em: 14 jun.2014.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho: comentada**. 45. ed. atual. rev. e ampl. Por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTR, 2012.









**Direito e Saúde  
2014**

# ***LEI 3.999 E A REMUNERAÇÃO DOS AUXILIARES E TÉCNICOS DE LABORATÓRIO***

*Daniel Correa Silveira\**



\*

*Advogado Especialista em Direito Civil e Processo Civil; Assessor Jurídico da Sociedade Brasileira de Análises Clínicas – SBAC e LAS – Laboratórios Associados.*

**RESUMO:** Neste trabalho, são abordados os pontos principais relativos à aplicação da Lei 3.999/1961 aos profissionais auxiliares e técnicos de laboratório, a partir da jurisprudência consolidada, apontando os principais riscos a que está exposto o empregador, assim como as alternativas que podem ser adotadas no sentido de minimizá-los.

**PALAVRAS-CHAVE:** 3.999/61. Técnico. Auxiliar. Laboratório. Remuneração. Jornada.

## INTRODUÇÃO

Já há muitos anos, os Tribunais do Trabalho firmaram entendimento de que as disposições da Lei 3.999/1961, no que se refere aos Laboratoristas, se aplicam aos profissionais Técnicos e até mesmo Auxiliares de Laboratório.

Apesar de destinar-se precipuamente à regulação da profissão do médico e do cirurgião dentista, referida norma também inseriu disposições referentes aos seus auxiliares, identificados no artigo 2º como *b) auxiliares (auxiliar de laboratorista e radiologista e internos)*.

Baseada nesta disposição, então, é que a Jurisprudência consolidou-se no sentido de que as garantias ali constantes se aplicam aos trabalhadores que, de qualquer maneira, atuam nos procedimentos de análises clínicas, na condição de auxiliares do profissional de nível superior.

## 1 ENQUADRAMENTO / APLICABILIDADE DA NORMA

Sem dúvidas, o ponto de maior discussão no que se refere à Lei 3.999 diz a quais trabalhadores de laboratórios, especificamente, ela se aplica. A certeza que se impõe é que os benefícios se estendem a todos os profissionais auxiliares ou técnicos que atuam nas análises clínicas propriamente ditas ou, como comumente se chama, que atuam na área técnica.

Uma recepcionista, por exemplo, apesar de prestar serviço de natureza auxiliar no laboratório, não se enquadra nas disposições da Lei, na medida em que não desenvolve atividade técnica/analítica.

De outro lado, muito somos questionados sobre a denominação dos cargos, ou mesmo realização ou não de cursos de qualificação ou profissionalizantes pelos trabalhadores. Em resumo: existem laboratórios que optam por “registrar” o trabalhador com diferenciada designação de cargo, com o intuito de afastar a incidência da Lei 3.999.

O fato, entretanto, é que, nas relações de trabalho, impera o essencial princípio da “Primazia da Realidade”, segundo o qual a realidade do dia a dia da prestação de serviços deverá se sobrepor a qualquer escrito ou avença formal.

Trata-se da priorização do fato real, caracterizando o “contrato realidade”, alçando especial importância à realidade concreta em detrimento do quanto conste de quaisquer documentos.

“No Direito do Trabalho os fatos são muito mais importantes do que os documentos. Por exemplo, se um empregado é rotulado de autônomo pelo empregador, possuindo contrato escrito de representação comercial com o último, o que deve ser observado realmente são as condições fáticas que demonstrem a existência do contrato de trabalho. Muitas vezes, o empregado assina documentos sem saber o que está assinando. Em sua admissão, pode assinar todos os papéis possíveis, desde o contrato de trabalho até seu pedido de demissão, daí a possibilidade de serem feitas provas para contrariar os documentos apresentados, que irão evidenciar realmente os fatos ocorridos na relação entre as partes. São privilegiados, portanto, os fatos, a realidade, sobre a forma ou a estrutura empregada”. (MARTINS, 2002)

Ainda na análise deste essencial princípio, Sussekind e Colaboradores (1992) afirmam que, no pacto laboral, como contrato realidade, tem sua existência definida pelos fatos, e não pelo *nomem juris* que lhe possa ter sido atribuído.

Em outras palavras, não serão considerados o contrato de trabalho, a CTPS ou mesmo o Livro de Registros caso o trabalhador, na realidade do dia a dia, execute atividades diversas do quanto formalizado; de nada adianta, então, contratar um profissional como “atendente”, por exemplo, se, na realidade, ele executa atividades inerentes ao auxiliar ou técnico de laboratório.

No tocante aos profissionais técnicos e auxiliares de enfermagem, frequentemente contratados para desempenhar atividades em análises clínicas, deverá, via de regra, ser aplicado o mesmo raciocínio. Entretanto, muitos são os precedentes jurisprudenciais que contrariam essa tendência majoritária, eis que apontam que a Lei 3.999 não abrange estes profissionais. Em resumo, a eles aplicam a mesma orientação adiante apreciada, pertinente aos trabalhadores que se enquadram nas chamadas “profissões regulamentadas”.

Além disso, não irá prevalecer o argumento de que o trabalhador não possui qualquer “diploma” ou “curso de qualificação” como técnico de laboratório quando ele buscar, via Justiça do Trabalho, os benefícios legalmente garantidos para esta função.

Em resumo: para o Julgador Trabalhista, importarão, exclusivamente, as atividades efetivamente desenvolvidas, e não a existência, ou não, de “diploma” correspondente. Veja-se que muitos são os casos de profissionais sem qualquer qualificação formal que, por sua competência, galgam degraus no quadro de pessoal dos laboratórios e, em não raras oportunidades, acabam por atuar como se verdadeiros técnicos o fossem<sup>1</sup>.

Veja a tendência do Tribunal do Trabalho, no tocante:

**SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AUXILIARES DE LABORATÓRIO. SALÁRIO PROFISSIONAL. LEI Nº 3.999/61.** Comprovado que os substituídos processualmente exerciam a função de auxiliares de laboratório, a despeito da nomenclatura diversa atribuída à função, é aplicável a Lei nº 3.999/61, sendo devidas diferenças entre o salário básico pago pela empresa e o salário mínimo profissional previsto na Lei. (TRT4 RO 0122400-69.2008.5.04.0011 - Redator: GEORGE ACHUTTI – data 23/11/2011)

## 2 JORNADA DE TRABALHO

Durante muito tempo permaneceu vigente a discussão acerca do estabelecimento, pela Lei em comento, de jornada máxima de quatro

<sup>1</sup> 1 - COLHEDOR DE SANGUE. ENQUADRAMENTO. AUXILIAR DE LABORATORISTA. Diferenças salariais decorrentes da observância da remuneração mínima legal ditada pelo art. 5.º da Lei 3.999/61 para a jornada de quatro horas. (..)A norma preconizada no mencionado diploma legal é extensiva aos auxiliares de laboratório. (...) (TST RR - 1505-08.2011.5.07.0006 - Pub: DEJT 14/11/2013.

horas para os profissionais por ela abrangidos. No tocante aos auxiliares, consta no art. 8º que a duração normal do trabalho será de quatro horas diárias.

Ocorre que, desde o início dos Anos 90, a interpretação unânime passou a garantir que a Lei 3.999 não estabelecia uma jornada máxima para estes trabalhadores, mas, tão somente, um período de tempo a ser utilizado como base para o pagamento da remuneração legal.

Ainda hoje existem reclamações trabalhistas de auxiliares e técnicos de laboratório buscando o pagamento, como extras, daquelas que excedam a jornada diária de quatro horas. Poucas são as chances, entretanto, de êxito nestas demandas.

E em sem tratando de demandas, a estratégia de defesa de parte do Laboratório, em um primeiro momento, sempre é no caminho de afastar a possibilidade de incidência da Lei, buscando qualificar o Empregado/Reclamante como um profissional não abrangido pela norma.

Além disso, no que se refere aos pleitos de horas extras, a argumentação do Laboratório sempre é, justamente, de que a Lei 3.999 não estabelece a jornada máxima de quatro horas, não havendo, portanto, a possibilidade de condenação às extraordinárias (salvo, é claro, nos casos de excedentes à oitava).

No tocante, é o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

CARGA HORÁRIA REDUZIDA. AUXILIAR DE LABORATÓRIO. A Lei nº 3.999/61, segundo o entendimento já pacificado por meio da Súmula nº 370 do TST, não estabelece o direito a uma carga horária reduzida, prevendo, tão só, a existência de remuneração mínima para 04 horas diárias de trabalho (salário profissional proporcional ao tempo trabalhado). Portanto, em nada importa se configurado ou não o exercício das atividades de auxiliar de laboratório pelo reclamante, mostrando-se correta a decisão ao indeferir o pedido de pagamento das horas extras excedentes à quarta hora diária. (TRT 4 RO 0000718-96.2012.5.04.0015 - Red. MARÇAL HENRI DOS SANTOS FIGUEIREDO - 07/08/2014)

Decisões nesse sentido são mantidas pelo Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 3.999/61. AUXILIAR DE LABORATÓRIO. JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS. SÚMULA Nº 370 DO TST. INCIDÊNCIA. 1. O teor da diretriz perfilhada na Súmula nº 370 do Tribunal Superior do Trabalho, aplicável ao auxiliar de laboratório, conforme orienta a jurisprudência do TST, a Lei nº 3.999/61 não estipula a jornada reduzida, mas apenas estabelece o salário-mínimo da categoria para uma jornada de 4 horas, desde que seja respeitado o salário-mínimo/horário da categoria. 2. Por conseguinte, acórdão regional que indefere horas extras laboradas por auxiliar de laboratório a partir da 4ª hora diária apresenta-se em conformidade com referido entendimento sumulado. 3. Recurso de revista de que não se conhece. (TST RR - 13300-19.2008.5.07.0005 - Rel Min: João Oreste Dalazen - 19/09/2014)

### 3 REMUNERAÇÃO

Vencida a questão relativa à não estipulação de jornada máxima pela Lei, surge o ponto que mais causa preocupação – ou, ao menos, deveria causar - aos proprietários de laboratórios de análises clínicas.

O grande problema diz com as disposições do seu art. 5º, segundo o qual: “Art. 5º - Fica fixado o salário-mínimo dos médicos em quantia igual a três vezes e o dos auxiliares a duas vezes mais o salário-mínimo comum das regiões ou sub-regiões em que exercerem a profissão.”

Considerando-se o entendimento referente à jornada, tem-se, então, que a remuneração do técnico/auxiliar de laboratório deve ser, segundo a Lei 3.999, o equivalente a dois salários mínimos nacionais para cada jornada de quatro horas diárias.

Isto é, para jornada de seis horas, deve receber três salários mínimos nacionais; para oito horas, quatro salários mínimos nacionais.

De se ressaltar que, mesmo considerando-se as especificações do artigo 5º supra transcrito, a remuneração legal é calculada com base no salário mínimo nacional, já que a Lei foi editada em momento muito anterior à promulgação da Constituição de 1988.

Veja-se, no tocante:

Diferenças salariais. Auxiliar de laboratório. Base de cálculo do salário profissional estabelecido na Lei nº 3.999/61. Pretensão à consideração do piso regional. O salário profissional dos trabalhadores que possuem regulamentação especial através de lei federal - como é o caso dos auxiliares do médicos - deve ser calculado exatamente na forma estabelecida no diploma legal respectivo. O texto da Lei Federal nº 3.099/61, garantindo aos auxiliares o salário mínimo equivalente a duas vezes mais o salário-mínimo comum das regiões ou sub-regiões em que exercem a profissão, utilizou como referência o sistema anterior ao advento da CF/88, no qual o salário mínimo ainda não era unificado nacionalmente. Uma vez unificado o salário mínimo nacional, deve ele servir de base para o cálculo do piso profissional dos médicos e seus auxiliares, pois este é o sentido que a regra legal procurou seguir, mediante a utilização de um parâmetro salarial nacional para esse fim. É inviável, dessa forma, por desvirtuar o propósito ínsito à Lei Federal nº 3.099/61, a consideração, para tal efeito, do piso salarial regional fixado em lei estadual, cuja instituição foi autorizada aos estados da federação pela Lei Complementar Federal n. 103/2000. Esta última previsão legal, reconhecendo as diferentes dimensões sócias e econômicas dos inúmeros estados da federação, teve o efeito de substituir o salário mínimo nacional, enquanto o “parâmetro salarial mais baixo que se pode pagar a um empregado”, no limite correspondente às diferentes atividades arroladas na respectiva norma estadual, excluídos os trabalhadores que têm piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho, conforme a regra do artigo 1º daquela lei complementar. Assim, é correta a sentença que julgou improcedente, no caso, o pedido de diferenças salariais. (TRT4 RO 0038200-38.2008.5.04.0009 – Red. Flavio Portinho Sirangelo - 26/10/2011)

Cumpra-se esclarecer que não existe unanimidade no entendimento jurisprudencial acerca da condenação dos laboratórios ao pagamento da remuneração contida na Lei, na medida em que é frequente o acolhimento da tese de que a Constituição Federal veda a utilização do Salário Mínimo como indexador para quaisquer fins. Entretanto, es-

tes são casos isolados e não retratam, conforme já analisado, a corrente jurisprudencial majoritária.

O próprio Tribunal Superior do Trabalho já se manifestou, em alguns casos, como favorável a esse argumento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PISO SALARIAL - APLICAÇÃO DA LEI 3.999/61 - AUXILIARES DE LABORATÓRIO. Divergência jurisprudencial autorizadora do provimento do agravo de instrumento. RECURSO DE REVISTA. PISO SALARIAL - VINCULAÇÃO DO SALÁRIO-MÍNIMO - APLICAÇÃO DA LEI 3.999/61 - AUXILIARES DE LABORATÓRIO. SÚMULA VINCULANTE 04 DO E. STF. O debate acerca da inclusão dos auxiliares de laboratório na disposição do artigo 5º da Lei 3.999/61 não respalda a pretensão do autor, na medida em que a vinculação do salário mínimo, para qualquer fim, esbarra no quanto decidido pelo Excelso Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante nº 04, que veda sua utilização como indexador de base de cálculo de vantagem conferida a empregado. Recurso de revista conhecido por divergência jurisprudencial e provido. (TST RR - 193-29.2012.5.04.0205 - Rel Alexandre de Souza Agra Belmonte - DEJT 26/03/2013)

Este é, ademais, o cerne da Ação intentada pela Confederação Nacional da Saúde junto ao Supremo Tribunal Federal, conforme exposição em derradeiro item do presente trabalho.

## **4 PROFISSÕES REGULAMENTADAS E LEI 3.999/61**

Quando consultados sobre alternativas para se evitarem possíveis consequências de uma reclamatória trabalhista baseada nos dispositivos da Lei em comento, invariavelmente surge o entendimento de que a contratação de profissionais de nível superior, como biomédicos e biólogos<sup>2</sup>, é a providência mais acertada.

<sup>2</sup> De se apontar que, aqui, se abstrai de questões pertinentes aos limites de cada profissão, ou seja, se estão habilitadas ou não ao exercício das análises clínicas.



Apesar de não apresentarem sinonímia direta, os conceitos de “profissão regulamentada” e “categoria diferenciada” por vezes se confundem, na medida em que ambos dissertam acerca de condições especiais determinadas em lei, mediante as quais o profissional desenvolve suas atividades.

É do artigo 511, Parágrafo 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação de seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividade ou profissões similares ou conexas.

§ 3º Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou função diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.

Pois bem, eis a mais lógica justificativa para a orientação antes indicada: a seguir-se a tendência jurisprudencial majoritária, um técnico de laboratório deveria receber, em tese, remuneração equivalente a quatro salários mínimos nacionais para uma jornada de oito horas. Dependendo do entendimento aplicável no caso concreto, poder-se-ia considerar o pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo ou médio, calculado com base nessa mesma remuneração legal.

Considerando-se o valor do salário mínimo vigente, um auxiliar de laboratório, mesmo sem a devida formação poderia, então, perceber uma remuneração – considerando-se somente o salário base e a insalubridade – de até R\$ 4.100,00!!

Esse valor é certamente superior ao piso normativo de um Bioquímico!

Se considerarmos a evidente qualificação superior de um profissional Biomédico ou Biólogo, por exemplo, é óbvia a conclusão de que é muito mais proveitosa ao Laboratório, em vários sentidos, a contratação de um profissional deste nível.

Pondera-se, ainda, que o índice de reclamações trabalhistas suscitadas por profissionais de nível superior é proporcionalmente inferior ao número de demandas intentadas por auxiliares e técnicos.

De outro lado, têm-se como mínimos os riscos de incidência das disposições da Lei 3.999/61 no contrato de trabalho de um biomédico ou biólogo, até mesmo porque, em decorrência de sua formação e qualificação, estes profissionais provavelmente seriam considerados como “auxiliares” nos termos da Lei.

Muito pelo contrário: a Lei objetiva “proteger” justamente aqueles trabalhadores que auxiliam os profissionais de nível superior, e não estes últimos; até mesmo em função de que biólogos e biomédicos possuem regulamentações específicas<sup>3</sup> de suas profissões.

O Tribunal Superior do Trabalho já apreciou esta questão:

RECURSO DE REVISTA. 1. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. SINDICATO. LEGITIMIDADE. (...) 2. ART. 2º DA LEI Nº 3.999/61. AUXILIARES DE LABORATÓRIO. Assiste razão à recorrente quando sustenta que a Lei nº 3.999/61 tem aplicabilidade apenas aos técnicos e auxiliares de laboratório e não a outros trabalhadores, tais como coletadores, auxiliares de enfermagem, bióloga, bioquímica e biomédica. Com efeito, o art. 2º da lei em comento, que dispõe acerca do salário dos médicos, é expresso no sentido de que os auxiliares abrangidos pela referida lei são os auxiliares de laboratorista, radiologista e internos. Logo, não há falar que as funções supramencionadas presumem-se abrangidas pela referida lei. Recurso de revista conhecido e provido. (TSTRR - 109000-11.2007.5.15.0045 - Red Min: Dora Maria da Costa, 05/03/2010)

É do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – São Paulo:

O pleito improcede pois inequivocamente a Lei 3999/61 não contempla a profissão de biólogo, os quais são regidos por legislação específica: Lei 6684/79. A r. decisão

<sup>3</sup> Lei 6.684/1979 – Regulamenta as profissões de Biólogo e de Biomédico.  
Lei 7.017/1982 – Dispõe sobre o desmembramento dos Conselhos Federal e Regionais de Biomedicina e de Biologia.  
Decreto 88.438/1983 – Dispõe sobre a regulamentação do exercício da profissão do Biólogo.

guerreada abordou convenientemente a matéria debatida nos autos, tendo em vista as provas neles contidas, não conflitando com a legislação vigente, e tampouco com a jurisprudência trabalhista. As razões recursais, por outro lado, carecem de substrato material que lhes dê qualquer amparo. Nessas condições, nada há a ser modificado em relação ao r. decisum recorrido, pelo que deve o mesmo ser mantido, posto que restou bem aplicado o Direito pertinente à espécie. (TRT/SP Nº 02083.2003.008.02.00-2 - TANIA BIZARRO QUIRINO DE - MORAIS -15-01)

É claro que alguns cuidados devem ser tomados: caso seja contratado um biomédico, por exemplo, para trabalhar em igualdade de atividades e condições com um técnico de laboratório, aquele deve auferir idêntica remuneração paga a este. Esta obrigação, entretanto, não decorre das disposições da Lei 3.999/61, mas do quanto contido no artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>4</sup>, que trata do instituto da equiparação salarial.

## 5 LEI 3.999/61 TEM CONSTITUCIONALIDADE QUESTIONADA PELA CNS

É claro que deve haver a indagação acerca de eventuais providências adotadas em relação aos dispositivos da Lei 3.999, ao passo que, realmente, não encontram consonância com a atual realidade, tanto do ordenamento legal, quanto do mercado de trabalho.

Pois bem, saiba-se que em agosto do corrente ano, a CNS - Confederação Nacional de Saúde ingressou, perante o Supremo Tribunal Federal, com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 325, com pedido de liminar, para que seja declarada a invalidade de dispositivos da Lei 3.999/61 que tratam do piso salarial e jornada de trabalho.

<sup>4</sup> Art. 461 – Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

§ 1º – Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.  
(...)

Para a CNS, a norma está em desacordo com a Constituição Federal, uma vez que o artigo 7º, inciso IV da Constituição estabelece que o salário mínimo não pode ser vinculado para qualquer fim.

Na ação, a CNS sustenta que *vislumbra-se, claramente, uma afronta às normas constitucionais vigentes, haja vista que a lei objeto da presente ADPF estabelece critério não permitido no atual ordenamento de vinculação de salário ao salário mínimo. Consuma-se, assim, a sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988, destacando ainda que a norma também afronta a Súmula Vinculante 4, do próprio Supremo Tribunal Federal.*

Acrescenta que o Supremo já reconheceu, no julgamento da ADPF 151, *a possibilidade de congelamento dos valores indexados pelo salário mínimo, aplicando-se dali em diante, até que sobrevenha norma que fixe nova base de cálculo, seja lei federal, editada pelo Congresso Nacional, sejam convenções ou acordos coletivos de trabalho, ou, ainda, lei estadual, editada conforme delegação prevista na Lei Complementar 103/2000.*

A CNS pede a concessão de liminar como medida de suspensão da eficácia dos dois artigos e, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos questionados.

## 6 CONCLUSÕES

Do exposto, considerando-se a tendência jurisprudencial já consolidada – e ressalvado possibilidades de interpretações diversas – é de se apontar as seguintes conclusões, as quais poderão ser modificadas em decorrência de decisão favorável na ação intentada pela Confederação Nacional da Saúde:

- A Lei 3.999 é aplicável aos profissionais auxiliares e técnicos de laboratório, mesmo que estes tenham sido contratados com outra designação/título de cargo e mesmo que não tenham formação/qualificação correspondentes;

- O enquadramento da Lei será alicerçado na conclusão acerca das reais atividades desenvolvidas pelo trabalhador;

- De acordo com a jurisprudência majoritária, o profissional que exerce exclusivamente as atividades de coleta não se enquadra nas disposições da Lei 3.999;

- Prevê a Lei que os profissionais nela enquadrados – auxiliares e técnicos de laboratório – devem ser remunerados com piso legal de dois salários mínimos nacionais para cada jornada de quatro horas diárias, aumentando-o, proporcionalmente, na medida em que elevada a carga horária.

É de se insistir que estas orientações/conclusões assentam-se na mais corrente jurisprudência aplicável, sendo que não se pode desconsiderar a possibilidade de decisões judiciais contrárias a elas.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 88.438, de 28 de junho de 1983. Dispõe sobre a regulamentação do exercício da profissão de Biólogo, de acordo com a Lei nº 6.684, de 3 de setembro de 1979 e de conformidade com a alteração estabelecida pela Lei nº 7.017 de 30 de agosto de 1982. **Diário Oficial da União**. Brasília, 29 jun. 1983.

BRASIL. Lei nº 3.999, de 15 de dezembro de 1961. Altera o salário-mínimo dos médicos e cirurgiões dentistas. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 21 dez. 1961.

BRASIL. Lei nº 6684, de 3 de setembro de 79. Regulamenta as profissões de Biólogo e de Biomédico, cria o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Biologia e Biomedicina, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 4 set. 79.

BRASIL. Lei nº 7.017, de 30 de agosto de 1982. Dispõe sobre o desmembramento dos Conselhos Federal e Regionais de Biomedicina e de Biologia. **Diário Oficial da União**. Brasília, 31 ago. 1982.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 16. ed. atualizada até maio/2002. SP: Atlas, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr. 1992.







## **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E SUA IMPLICAÇÃO NA APOSENTADORIA ESPECIAL**

*Eriete Ramos Dias Teixeira\**  
*Lucinéia Aparecida Nucci\*\**

\*

*Superintendente Jurídica do SINDHOSP, Assessora Jurídica da FEHOESP, membro do Conselho Jurídico da CNS, membro da Comissão de Estudos de Relações do Trabalho do Setor de Saúde e da Comissão da Mulher Advogada, ambas da OAB-SP.*

\*\*

*Advogada do SINDHOSP, representante da CNS na Comissão Tripartite Permanente Nacional da NR-32, do Ministério do Trabalho e Emprego, representante da FEHOESP na Comissão Tripartite Permanente Regional da NR-32, da Superintendência Regional do Trabalho em São Paulo.*

**RESUMO:** O presente artigo objetiva demonstrar que a mudança de legislação havida ao longo do tempo não assegura ao trabalhador que labora em atividade insalubre tenha, só por esse fato, direito à aposentadoria especial, benefício previdenciário que sofreu mutações, trazendo, hoje, a exigência do cumprimento de inúmeros requisitos para o deferimento dessa modalidade de aposentadoria ao trabalhador.

## INTRODUÇÃO

Questão relevante e sempre objeto de preocupação para os empregadores é o reflexo do pagamento do adicional de insalubridade sobre o direito à aposentadoria especial dos trabalhadores que laboram em condições ou métodos de trabalho que os exponham a riscos acima do grau de tolerância fixado em normas do Ministério do Trabalho e Emprego, gerando não só o direito à percepção do adicional de insalubridade, como também a aposentadoria especial.

O presente artigo objetiva apresentar as regras legais que impõem o pagamento do adicional de insalubridade, bem como seu reflexo no direito à aposentadoria especial, além da obrigação do empregador em recolher o adicional do RAT – Risco de Acidente do Trabalho, antigo SAT – Seguro de Acidente do Trabalho.

Procurar-se-á demonstrar que o pagamento de adicional de insalubridade nem sempre enseja a concessão de aposentadoria especial, tal como ocorria no passado, em razão da atual legislação que cria barreiras muito rígidas para a concessão da aposentadoria em menor prazo para os trabalhadores que, mesmo percebendo adicional de insalubridade, não atendem os demais requisitos legais para a obtenção desse direito.

## 1 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

### 1.1 CARACTERIZAÇÃO DE ATIVIDADE INSALUBRE

A Consolidação das Leis do Trabalho, nos artigos 189 a 201, regulamenta a caracterização de atividade insalubre e o pagamento do respectivo adicional, inclusive quanto ao trabalho tido como perigoso.

Vamos nos ater apenas ao trabalho em condições insalubres e suas consequências.

O artigo 189 da CLT descreve o trabalho insalubre como aquele que expõe o trabalhador a risco acima dos limites de tolerância<sup>1</sup> estabelecidos em Portaria elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego<sup>2</sup>, conforme permite o artigo 190, da CLT, que outorga competência ao Ministério do Trabalho e Emprego para elaborar os critérios de caracterização, classificação, limites de tolerância e tempo máximo de exposição aos agentes agressivos<sup>3</sup>.

No caso do setor de saúde, são os agentes químico (Anexo XIII) e biológico os principais elementos tidos por agressivos à saúde do trabalhador, conforme estampa a NR-15.

É por meio do laudo técnico elaborado por engenheiro ou médico do trabalho, com registro no Ministério do Trabalho e Emprego, que se dá a caracterização do trabalho em condições insalubres e a fixação do respectivo adicional, que poderá ser de 10%, 20% ou 40%, conforme o grau de risco a que está exposto o trabalhador, nos termos do artigo 192, da CLT<sup>4</sup>, a incidir sobre o salário mínimo, salvo se convenção coletiva, ou acordo coletivo, contiverem cláusula que preveja valor maior a ser utilizado como base de cálculo para o adicional de

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

2 Portaria 3214, de 8 de junho de 1978, Aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas à Segurança e Medicina do Trabalho.

3 Art. 190. O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

4 Art. 192. O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

insalubridade. Vale destacar, ainda, que para os agentes biológicos somente aplicam-se os percentuais em grau médio e máximo, de 20% e 40%, respectivamente.<sup>5</sup>

## 1.2 DA NATUREZA JURÍDICA DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XXIII, incluiu o adicional de insalubridade dentre os direitos sociais constitucionalmente previstos ao dispor ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais a remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.<sup>6</sup>

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas em afirmar que os dispositivos da CLT que regulamentam a matéria foram recepcionados pela Constituição Federal, sendo totalmente aplicáveis nos dias atuais.

Martins Catharino, (1994, p. 279) citando CÉLIO GOYATHÁ, expressa que a natureza jurídica do adicional de insalubridade é de “taxa de exaltação da remuneração”, concluindo tratar-se de “salário condicionado”, pois seu pagamento pode ser suprimido, se cessada a causa que enseja o seu pagamento, como, aliás, expressamente prevê o artigo 194, da CLT.<sup>7</sup>

O certo é que, hoje, dúvida não há da natureza jurídica de salário do adicional de insalubridade, face ao texto do dispositivo constitucional que menciona o termo “remuneração”, afastando o caráter indenizatório do adicional.

A Súmula 139 do TST reafirma o caráter salarial do adicional de insalubridade ao dispor: “Enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração para todos os efeitos legais.”

Saad (2011, p. 315), ao comentar o artigo 192 da CLT, em suas Notas, expressa a índole salarial do adicional, cujo caráter, diz ser “re-

5 Anexo 14 – NR-15 – Agentes Biológicos 20% e 40%.

6 Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

7 Art. 194. O direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho.

tributivo, pois se o trabalhador não cumprir sua tarefa, embora em ambiente agressivo, não fará jus ao adicional em causa”.

Assim, em razão da natureza jurídica de salário do adicional de insalubridade, qualquer direito à indenização, só nascerá se o empregador deixar de cumprir as normas atinentes à redução de risco para o trabalhador que labora em ambiente insalubre, ou, não o fazendo, deixar de pagar o adicional previsto em lei.

### 1.3 DA CARACTERIZAÇÃO DO TRABALHO INSALUBRE

O artigo 195 da CLT traça as regras para a caracterização do trabalho em condições insalubres, dispondo que devem ser observadas as normas do Ministério do Trabalho e Emprego, além da realização de perícia obrigatória para determinar se há ou não risco à saúde e à segurança do trabalhador e em que grau.

Na lição de Russomano (1994, v. 1, p. 223) “tanto a comprovação, quanto a classificação da insalubridade ou da periculosidade é questão que pressupõe conhecimentos técnicos.”

Podem solicitar a perícia tanto a empresa, como o sindicato representativo dos trabalhadores. É a regra do artigo 195, § 1º, da CLT.

Uma vez arguido em juízo o direito ao adicional, a perícia torna-se obrigatória, devendo o juiz designar perito, para que apresente o respectivo laudo.<sup>8</sup>

É prudente que, nesses casos, as empresas nomeiem assistente técnico, evitando com que o simples fato de executar as tarefas em estabelecimento de saúde implique em laudo favorável ao trabalhador, apresentando, para tanto, os necessários argumentos técnicos que possibilitem a emissão de laudos com o menor desvio de interpretação possível. Os requisitos legais e os contidos na Norma Regulamentadora NR-15 exigem a exposição dos empregados a agentes nocivos à saúde, unicamente em relação ao pessoal que tenha contato permanente com os pacientes, bem como aqueles que manuseiam objetos de uso desses pacientes, não previamente esterilizados.

<sup>8</sup> CLT, Art. 195, § 2º

Além disso, a demonstração de que há equipamentos de proteção individual ou coletiva, que diminuem a intensidade do agente agressivo aos limites de tolerância e que há fornecimento e exigência do uso, também contribuem para a definição do laudo pericial.<sup>9</sup>

A jurisprudência predominante no Tribunal Superior do Trabalho reforça essa tese, face ao que dispõem as Súmulas 80 e 289 do órgão máximo da Justiça Trabalhista.<sup>10</sup>

Não é demais lembrar que a tipificação da insalubridade há de levar em consideração as condições de trabalho em ambiente insalubre e não simplesmente o exercício da atividade elencada como de risco para o trabalhador.

Em face das condições especiais de trabalho é que o legislador traçou as regras para a concessão da aposentadoria especial, conforme se verá a seguir.

## 2 DA APOSENTADORIA ESPECIAL

### 2.1 BREVE HISTÓRICO

A Lei nº 3.807, de 26/08/1960, a denominada Lei Orgânica da Previdência Social, elencou a aposentadoria especial como um dos benefícios do segurado pela Previdência Social, dispondo ter a ela direito os trabalhadores que contassem, no mínimo, com 50 anos de idade e 15 anos de contribuições, tendo trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte), ou 25 (vinte e cinco) anos conforme a profissão exercida pelo trabalhador, em atividades então consideradas penosas, insalubres ou perigosas, por Decreto do Poder Executivo.

A partir de 25 de março de 1964, através do Decreto nº 53.831, passou a constar no anexo indicado em seu artigo 2º, os serviços e atividades profissionais considerados insalubres por contato com agentes biológicos e, dentre as profissões abrangidas pela norma, elencavam-

9 Nº 289 - INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO. O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.

10 Nº 80 – INSALUBRIDADE. A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional.

-se as exercidas por médicos, dentistas e enfermeiros que, após 25 anos de trabalho, fariam jus à aposentadoria especial.

As regras atinentes à aposentadoria especial sofreram algumas alterações ao longo do tempo, sendo que a maior revisão deu-se por meio da Lei nº 5.890, de 08/06/1973 que retirou a exigência de idade mínima de 50 anos para aposentadoria especial e reduziu o número de contribuições de 180 para 60 meses.

O Decreto nº 72.771, de 06/09/1973 incluiu os médicos-laboratoristas (patologistas), técnicos de laboratórios, dentistas e enfermeiros dentre as atividades com direito a aposentar-se após 25 anos de exercício profissional, mediante comprovação de trabalho permanente em contato com doentes ou materiais infectocontagiantes.

A partir da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a regulamentação deixou de relacionar os profissionais da saúde que fariam jus à aposentadoria especial e passou a exigir que seja comprovada a exposição aos microorganismos e parasitas infecciosos vivos e suas toxinas, e que o trabalho seja executado em estabelecimentos de saúde em contato com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas ou com manuseio de materiais contaminados.

O Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, sofreu alteração pelo Decreto nº 4.882, de 18/11/2003, ao impor a exigência de comprovação de contato permanente com microorganismos e parasitas infectocontagiosos vivos e suas toxinas, tornando, assim, a obtenção da aposentadoria especial, aos 25 anos de trabalho, mais restritiva, já que somente aqueles que laboram em tempo integral com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas terão condições de cumprir os requisitos da lei.

A concessão do benefício exigirá comprovação perante o INSS de tempo de trabalho permanente, não ocasional ou intermitente, em condições especiais prejudiciais à sua saúde ou a integridade física durante 15, 20 ou 25 anos, desde que expostos aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou a associação desses agentes, que possam gerar danos à saúde do trabalhador.

Uma vez concedida a aposentadoria especial, o trabalhador ficará impedido de permanecer ou retornar à atividade sujeita aos agentes nocivos a que anteriormente estavam expostos, podendo, contudo,

**ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E SUA IMPLICAÇÃO NA APOSENTADORIA ESPECIAL** - Eriete Ramos Dias Teixeira e Lucinéia Aparecida Nucci

exercer outras ocupações não sujeitas aos riscos que gerem o direito à aposentadoria especial, conforme o artigo 46, combinado com o artigo 57, § 8º, ambos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1999, sob pena de cessar o pagamento de sua aposentadoria, nos termos do artigo 69, parágrafo único do Decreto 3048, de 1999, com a redação do Decreto nº 8.123, de 16 de outubro de 2013.

Atualmente a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, Plano de Benefícios da Previdência Social, regulamentada pelo Decreto nº 3048, de 6 de maio de 1999, estabelece, nos artigos 57 e 58, os requisitos para a concessão da aposentadoria especial, nos seguintes termos:

“Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social–INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.

§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

§ 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior, será definida pelo Poder Executivo.”



Os agentes biológicos nocivos à saúde do trabalhador que possibilitam a concessão de aposentadoria especial estão relacionados no Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, que regulamenta a Lei 8.213, em seu anexo IV, com as alterações contidas no Decreto nº 8.123, de 16 de outubro de 2013, que conceitua o termo “contato permanente”.<sup>11</sup>

Para o custeio dos benefícios previstos na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, dentre os quais incluem-se a aposentadoria especial e o risco de acidente do trabalho, os trabalhadores e os empregadores arcam com as denominadas contribuições previdenciárias previstas na Constituição Federal como uma das formas de custeio da seguridade social<sup>12</sup>.

## 2.2 DO CUSTEIO DA APOSENTADORIA ESPECIAL

O artigo 22, inciso II, da Lei nº 8.213/1999 estabelece que a aposentadoria especial e os afastamentos decorrentes dos riscos ambientais de trabalho serão financiados com o pagamento de 1%, 2% ou 3%, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada no decorrer do mês aos segurados empregados e trabalhadores avulsos, segundo o grau de risco da atividade preponderante da empresa, seja leve, médio ou grave.

O decreto regulamentador da referida lei explicita que tal contribuição destina-se a financiar a incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho.

Tais alíquotas serão majoradas em 12%, 9% ou 6% conforme a atividade exercida pelo segurado autorize a concessão da aposentadoria especial, após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente, conforme prevê o artigo 57, § 6º, da Lei nº 8.213, de 24 de junho de 1991, percentuais esses que incidirão exclusivamente sobre a remuneração dos trabalhadores que estejam sujeitos às

11 Art. 65. Considera-se tempo de trabalho permanente aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço.

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

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

**ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E SUA IMPLICAÇÃO NA APOSENTADORIA ESPECIAL** - Eriete Ramos Dias Teixeira e Lucinéia Aparecida Nucci

condições especiais de trabalho que ensejam a concessão de aposentadoria especial.

A definição do grau de risco é estabelecida no Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999, segundo o Código Nacional de Atividade Econômica – CNAE da empresa.

Atividade preponderante é aquela que ocupa na empresa o maior número de empregados.

No caso do setor de saúde há que se verificar, para cada atividade, o correspondente grau de risco, a fim de que a contribuição previdenciária seja recolhida nos exatos limites legais, de conformidade com o Anexo V, constante do Decreto 3.048/1999.

Em se tratando de hospital, cujo CNAE é 86.10-1-01, o grau de risco para fins previdenciários é 2, ou seja, o risco é considerado médio.

É o que expressa o artigo 202, § 4º, do Decreto 3.048/1999. O sistema é de autoenquadramento, ou seja, é a empresa que declarará o seu grau de risco, através da GFIP – Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, procedendo ao pagamento conforme o respectivo enquadramento, nos termos do Anexo V, do Decreto 3.048/1999.

Além de hospitais, enquadram-se no grau de risco 2 pronto socorro e unidades de atendimento de urgência e emergência, UTI móvel e outros serviços móveis de atendimento a urgências, serviços de remoção de pacientes, atividade médica com recursos para realização de exames complementares, laboratórios de anatomia patológica e citológica, laboratórios clínicos, serviços de diálise e nefrologia, serviços de diagnóstico por imagem com uso de radiação ionizante, exceto tomografia, serviço de ressonância magnética, serviços de diagnóstico por métodos ópticos – endoscopia e outros exames análogos, serviços de quimioterapia, radioterapia, outras atividades de serviços de complementação diagnóstica e terapêutica não especificadas anteriormente, atividades de terapia ocupacional, clínicas e residências geriátricas, instituições de longa permanência, atividades de fornecimento de infraestrutura de apoio e assistência à paciente no domicílio (assistência domiciliar), atividades de assistência psicossocial e à saúde à portadores de distúrbios psíquicos, deficiência mental e

dependência química não especificadas anteriormente, dentre outras atividades do setor de saúde.

No grau de risco 1, risco leve, encontram-se elencadas as atividades médica ambulatorial com recursos para realização de procedimentos cirúrgicos, médica ambulatorial restrita a consultas, odontológica sem recursos para realização de procedimentos cirúrgicos, serviços de vacinação e imunização humana, serviços de tomografia, serviços de diagnóstico por imagem sem uso de radiação ionizante, exceto ressonância magnética, serviços de hemoterapia, serviços de litotripsia, serviços de bancos de células e tecidos humanos, atividades de enfermagem, atividades de psicologia e psicanálise, atividades de fisioterapia, atividades de fonoaudiologia, atividades de terapia de nutrição enteral e parenteral, atividades de banco de leite humano.

Já as atividades de serviços de diagnóstico por registro gráfico - ECG, EEG e outros exames análogos, atividades de profissionais da nutrição, centros de apoio a pacientes com câncer e com AIDS estão enquadradas no grau de risco 3 (grave).

É comum o empregador confundir o grau de risco para fins previdenciários com aquele previsto na Norma Regulamentadora – NR 4, da Portaria 3.214, de 1978, do Ministério do Trabalho e Emprego, cuja finalidade é dimensionar a equipe dos Serviços Especializados em Engenharia e Medicina do Trabalho - SESMT que, nesse caso, em serviços de saúde, é 3 para as seguintes atividades: atendimento hospitalar, serviços móveis de atendimento a urgências e de remoção de pacientes, serviços de remoção de pacientes, exceto os serviços móveis de atendimento a urgências, atividades de atenção ambulatorial executadas por médicos e odontólogos, atividades de serviços de complementação diagnóstica e terapêutica.

Portanto, para a definição de quais trabalhadores farão jus à aposentadoria especial após 25 anos de trabalho, no caso do setor de saúde, há que se verificar os requisitos que a legislação previdenciária impõe para o deferimento do benefício.

## 2.3 DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL

Observados os requisitos da atual legislação, o Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, somente deferirá o benefício da aposentadoria especial aos 15, 20 ou 25 de contribuição, se o segurado comprovar que esteve exposto aos agentes químicos, físicos ou biológicos constantes da relação contida no Anexo IV do Decreto 3.048, de 1999, denominado Regulamento da Previdência Social, durante o período equivalente ao exigido para a concessão do benefício. É a regra do § 4º, do artigo 57, da Lei 8.213, de 31 de julho de 1999.

Da indigitada relação de agentes nocivos que possibilitam o deferimento da aposentadoria especial, cujo contato deverá se dar acima dos limites de tolerância, estão elencados os agentes químicos, incluindo esterilização de materiais cirúrgicos, os agentes físicos englobando ruído, radiações ionizantes e temperaturas anormais e os agentes biológicos, que exige exposição unicamente nas atividades relacionadas no indigitado Anexo IV, do Decreto 3.048/1999, desde que presentes microorganismos e parasitas infectocontagiosos vivos e suas toxinas, nos trabalhos em estabelecimentos de saúde em contato com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas ou com o manuseio de materiais contaminados, “associação de agentes acima do nível de tolerância, hipótese em que será considerado o enquadramento relativo ao que exigir menor tempo de exposição.”<sup>13</sup>

Diferente do que ocorreu no passado, quando o benefício era obtido em razão da atividade exercida pelo trabalhador, hoje este deve comprovar sua exposição aos agentes nocivos que possibilitam a concessão de aposentadoria especial, em condição permanente, durante toda a

13 MICROORGANISMOS E PARASITAS INFECTO-CONTAGIOSOS VIVOS E SUAS TOXINAS (Redação dada pelo Decreto nº 4.882, de 2003)

- a) trabalhos em estabelecimentos de saúde em contato com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas ou com manuseio de materiais contaminados;
- b) trabalhos com animais infectados para tratamento ou para o preparo de soro, vacinas e outros produtos;
- c) trabalhos em laboratórios de autópsia, de anatomia e anátomo-histologia;
- d) trabalho de exumação de corpos e manipulação de resíduos de animais deteriorados;
- e) trabalhos em galerias, fossas e tanques de esgoto;
- f) esvaziamento de biodigestores;
- g) coleta e industrialização do lixo.

jornada de trabalho. É a regra do artigo 64, combinado com o artigo 68, § 2º, I, do Decreto 3.048/1999, com a redação do Decreto 8.123, de 2013.

O artigo 65 do Regulamento Social conceitua trabalho permanente aquele que não é ocasional, nem intermitente, de tal forma que a exposição do empregado aos agentes nocivos seja indissociável da produção do bem ou da prestação de serviços. O parágrafo único desse dispositivo legal assegura a aplicação do disposto nesse conceito “aos períodos de descanso determinados pela legislação trabalhista, inclusive férias, aos de afastamento decorrentes de gozo de benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez acidentários, bem como aos de percepção de salário-maternidade, desde que, à data do afastamento, o segurado estivesse exposto aos fatores de risco de que trata o art. 68”, ou seja, tais períodos serão computados para fins de aposentadoria especial.

Portanto, somente com a comprovação do cumprimento de tais exigências, é o que trabalhador poderá fazer jus à concessão da aposentadoria especial.

## **2.4 DOS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS PARA A COMPROVAÇÃO DO DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL**

Vimos que, para que o trabalhador faça jus à aposentadoria especial, é mister que seu trabalho tenha contato permanente ou que manuseie materiais provindos de pacientes portadores de doenças infectocontagiosas, durante toda a jornada de trabalho.

Tal comprovação é feita por meio de documentação que demonstre tal exposição, nos termos do que dispõe o Decreto 3.048/1999. Dois destes documentos merecem especial atenção: o Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT) e o Perfil Profissiográfico (PPP).<sup>14</sup>

Vale destacar que tais documentos devem trazer avaliações ambientais com a metodologia e os procedimentos de avaliação estabelecidos pela FUNDACENTRO ou, na ausência deste, aqueles

14 Art. 68. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão de aposentadoria especial, consta do Anexo IV.

§ 1º As dúvidas sobre o enquadramento dos agentes de que trata o caput, para efeito do disposto nesta Subseção, serão resolvidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego e pelo Ministério da Previdência e Assistência Social.

## ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E SUA IMPLICAÇÃO NA APOSENTADORIA ESPECIAL - Eriete Ramos Dias Teixeira e Lucinéia Aparecida Nucci

utilizados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, em suas Normas Regulamentadoras.

Logo, não basta o mero preenchimento de formulários, pela empresa, para que o trabalhador faça jus à aposentadoria especial; há a necessidade de comprovar todos os requisitos legais à concessão do benefício.

---

§ 2º A avaliação qualitativa de riscos e agentes nocivos será comprovada mediante descrição: (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

I - das circunstâncias de exposição ocupacional a determinado agente nocivo ou associação de agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho durante toda a jornada; (Incluído pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

II - de todas as fontes e possibilidades de liberação dos agentes mencionados no inciso I; e (Incluído pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

III - dos meios de contato ou exposição dos trabalhadores, as vias de absorção, a intensidade da exposição, a frequência e a duração do contato. (Incluído pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 3º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 4º A presença no ambiente de trabalho, com possibilidade de exposição a ser apurada na forma dos §§ 2º e 3º, de agentes nocivos reconhecidamente cancerígenos em humanos, listados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, será suficiente para a comprovação de efetiva exposição do trabalhador. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 5º No laudo técnico referido no § 3º, deverão constar informações sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual, e de sua eficácia, e deverá ser elaborado com observância das normas editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego e dos procedimentos estabelecidos pelo INSS. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 6º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita às penalidades previstas na legislação. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 7º O INSS estabelecerá os procedimentos para fins de concessão de aposentadoria especial, podendo, se necessário, confirmar as informações contidas nos documentos mencionados nos § 2º e 3º.

§ 8º A empresa deverá elaborar e manter atualizado o perfil profissiográfico do trabalhador, contemplando as atividades desenvolvidas durante o período laboral, documento que a ele deverá ser fornecido, por cópia autêntica, no prazo de trinta dias da rescisão do seu contrato de trabalho, sob pena de sujeição às sanções previstas na legislação aplicável. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 9º Considera-se perfil profissiográfico, para os efeitos do § 8º, o documento com o históricolaboral do trabalhador, segundo modelo instituído pelo INSS, que, entre outras informações, deve conter o resultado das avaliações ambientais, o nome dos responsáveis pela monitoração biológica e das avaliações ambientais, os resultados de monitoração biológica e os dados administrativos correspondentes. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 10. O trabalhador ou seu preposto terá acesso às informações prestadas pela empresa sobre o seu perfil profissiográfico, podendo inclusive solicitar a retificação de informações quando em desacordo com a realidade do ambiente de trabalho, conforme orientação estabelecida em ato do Ministro de Estado da Previdência Social. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 11. A cooperativa de trabalho e a empresa contratada para prestar serviços mediante cessão ou empreitada de mão de obra atenderão ao disposto nos §§ 3º, 4º e 5º com base nos laudos técnicos de condições ambientais de trabalho emitidos pela empresa contratante, quando o serviço for prestado em estabelecimento da contratante. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 12. Nas avaliações ambientais deverão ser considerados, além do disposto no Anexo IV, a metodologia e os procedimentos de avaliação estabelecidos pela Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho - FUNDACENTRO. (Incluído pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 13. Na hipótese de não terem sido estabelecidos pela FUNDACENTRO a metodologia e procedimentos de avaliação, cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego definir outras instituições que os estabeleçam. (Incluído pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

### 2.4.1 LTCAT

Segundo a Instrução Normativa INSS/PRES Nº 45, de 6 de agosto de 2010, artigo 235, §1º, “os agentes nocivos não arrolados no Anexo IV do RPS não serão considerados para fins de concessão da aposentadoria especial”, o que significa dizer que se o trabalhador for exposto a outros agentes que não aqueles relacionados no Anexo IV antes citado, não fará jus a aposentadoria especial.

Vale destacar que a referida Instrução Normativa explicita as exigências para a concessão de aposentadoria especial, sendo essencial ao trabalhador comprovar que os agentes a que esteve exposto causavam a nocividade e poderiam ocasionar danos à sua saúde.<sup>15</sup>

O INSS analisará o LTCAT, a fim de avaliar se o agente causador de dano à saúde do trabalhador encontra amparo legal (no caso de agente biológico, o microorganismo vivo e a descrição do local onde o paciente com doença infectocontagiosa se encontra dentro do estabelecimento de serviço de saúde), além da periodicidade de exposição do trabalhador a esse agente, conforme exige o artigo 247, da Instrução Normativa INSS/PRES Nº 45, de 6/08/2010.

Conclui-se, portanto, que não havendo prestação de serviços a pacientes portadores de doenças infectocontagiosas, em contato permanente com micro-organismos e parasitas infectocontagiosos vivos e suas toxinas, ou de empregados expostos a agentes químicos e físicos relacionados no anexo IV do Decreto nº 3048/1999, não se verifica a necessidade de ser confeccionado o LTCAT.

### 2.4.2 PERFIL PROFISSIONAL PREVIDENCIÁRIO - PPP

A Instrução Normativa INSS/PRES Nº 45, de 6/08/2010 traz as exigências quanto ao preenchimento do PPP.

<sup>15</sup> “Art. 236 - Para os fins da análise do benefício de aposentadoria especial, consideram-se:

I - nocividade: situação combinada ou não de substâncias, energias e demais fatores de riscos reconhecidos, presentes no ambiente de trabalho, capazes de trazer ou ocasionar danos à saúde ou à integridade física do trabalhador; e

II - permanência: trabalho não ocasional nem intermitente, durante quinze, vinte ou vinte cinco anos, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço, em decorrência da subordinação jurídica a qual se submete”.



O PPP nada mais é que o documento histórico do trabalhador, reunindo informações constantes de dados administrativos, registros ambientais e resultados de monitoração biológica durante o período em que exerceu suas atividades.

Por ser documento do trabalhador, as informações nele constantes são de caráter privado, sendo vedada sua divulgação para terceiros, exceção feita aos órgãos públicos competentes.

O texto de artigo 272 da IN 45 é de absoluta clareza ao dispor sobre o preenchimento do referido formulário, que deve ser individualizado por empregado que labore exposto a agente nocivo, seja químico, físico ou biológico ou a associação de agentes prejudiciais à saúde ou integridade física, visando à aposentadoria especial, mesmo que não presentes os requisitos para a sua concessão, seja pela eficácia dos equipamentos de proteção individuais e coletivos, seja porque a atividade não atende o requisito da permanência.

Ademais, há que se demonstrar as condições ambientais em que o trabalho era realizado, mediante sua descrição no PPP.

### **2.4.3 DOS DEMAIS DOCUMENTOS EXIGÍVEIS PELO ÓRGÃO PREVIDENCIÁRIO**

Além dos documentos já citados, outros podem demonstrar o direito à concessão de aposentadoria especial.

Dois deles se destacam pela importância para a concessão desse benefício previdenciário: Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA e Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO.

O PPRA é

“um conjunto de normas trabalhistas na área da medicina, higiene e segurança do trabalho, com o objetivo de proteger a saúde e a integridade física do trabalhador, através de procedimentos variados, como avaliação, reconhecimento, antecipação e controle da ocorrência de riscos ambientais, principalmente sua prevenção, articulado com o PCMSO.” (MARTINEZ, 2006, p. 151).



O PCMSO é o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional previsto na Norma Regulamentadora NR-7, da Portaria 3.214, de 1978, do Ministério do Trabalho e Emprego, visando assegurar o controle da saúde do trabalhador, por meio de exames clínicos periódicos, e complementares, se assim entender necessário o médico do trabalho, que possam prevenir agravos à saúde em razão da atividade laboral.

Cabe ao empregador adotar programas de gerenciamento de riscos, que possam tornar menos impactante para a saúde do trabalhador, as condições adversas de trabalho.

Verifica-se, assim, pela atual legislação, que o simples fato do trabalhador laborar em condições insalubres, assim consideradas por força de laudo pericial, para fins trabalhistas, não se lhe assegura o direito à aposentadoria especial.

Sem o cumprimento das regras contidas no direito previdenciário atualmente em vigor, a aposentadoria será conferida na forma prevista para os trabalhadores em geral, ou seja, aos trinta anos de contribuição e 48 anos de idade, para as mulheres, e aos trinta e cinco anos de contribuição e 53 anos de idade para os homens.

### **3 CONCLUSÃO**

Face à legislação hoje em vigor, pode-se concluir que a simples caracterização de atividade em condições insalubres não assegura ao trabalhador da saúde o direito a aposentadoria especial.

Necessário se faz que se comprovem todas as exigências contidas nas normas previdenciárias, por meio de documentos legalmente previstos e elaborados ao longo do contrato de trabalho.

Em razão do regramento vigente, o empregador só será onerado no recolhimento das contribuições previdenciárias em relação aos trabalhadores que possam efetivamente obter a aposentadoria especial.

Para tanto, é imprescindível a adoção de medidas protetivas, por meio de Programas de Gerenciamento de Riscos Laborais, visando assegurar melhor equilíbrio entre o trabalho e a saúde do trabalhador.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964. Dispõe sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 10 abr. 1964.

BRASIL. Decreto nº 72.771, de 6 de setembro de 1973. Aprova Regulamento da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, com as alterações introduzidas pela Lei nº 5.890, de 8 de Junho de 1973. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 set. 1973.

BRASIL. Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 7 maio 1999.

BRASIL. Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003. Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. **Diário Oficial da União**. Brasília, 19 nov. 2003.

BRASIL. Decreto nº 8.123, de 16 de outubro de 2013. Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, no que se refere à aposentadoria especial. **Diário Oficial da União**. Brasília, 17 out. 2013.

BRASIL. Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 6 de agosto de 2010. Dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 ago. 2010.

BRASIL. Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 5 set. 1960.

BRASIL. Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973. Altera a Legislação de Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 11 jun. 1973.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 25 jul. 1991.

BRASIL. Portaria do Ministério do Trabalho nº 3.214, de 8 de junho de 1978. Aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Brasília, 6 jul. 1978.

CARRION, E.; CARRION, V. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CATHARINO, José Martins. **Tratado Jurídico do Salário**. Edição fac-similada. São Paulo: LTR, 1994.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria Especial**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2006.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Constituição Federal**: Anotada e Comentada - Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. V. 1.

SAAD, Eduardo Gabriel et al. **Consolidação das Leis do Trabalho Comentada**. 44. ed. São Paulo: LTR, 2011.

SEGURANÇA e Medicina do Trabalho. 60. ed. São Paulo: Atlas, 2007. (Manuais de Legislação Atlas)



***A DISTRIBUIÇÃO DESPROPORCIONAL  
DE LUCRO E A INCIDÊNCIA DE  
CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA  
POR AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO  
CONTÁBIL E PREVISÃO CONTRATUAL***

*José Eduardo Dornelas Souza\**

\*

*Advogado atuante nas áreas do Direito Tributário e Direito Empresarial;  
assessor jurídico da FEBASE – Federação Baiana de Saúde e  
SINDHOSFEIRA – Sindicato das Clínicas e Hospitais de Feira de Santana/  
BA; membro titular do Conselho Jurídico da CNS.*

O tema abordado é bastante polêmico e gera as mais diversas interpretações, inclusive no âmbito da Receita Federal. Antes, porém, de falar sobre a matéria, se faz imprescindível esclarecer alguns pontos sobre o contrato social das empresas.

## DO CONTRATO SOCIAL

É sabido por todos que o contrato social é o instrumento legal pelo qual uma sociedade adquire personalidade jurídica com seu registro na Junta Comercial ou Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas. Nesse último caso, o tipo da empresa, quando registrada em cartório, deverá ser simples, pura ou limitada e conter a expressão Sociedade Simples ou abreviadamente S/S, sendo necessária a assinatura de um advogado, mesmo que seja uma micro ou pequena empresa.

Dessa forma, é certo que o contrato social é o “coração” da empresa, nele tendo que constar todas as informações essenciais para o seu respectivo exercício, sob pena de nulidades, fraudes, autuações fiscais, multas, etc.

## DA DISTRIBUIÇÃO DESPROPORCIONAL DE LUCROS

Nos termos do artigo 997 do Novo Código Civil, a participação de cada sócio nos lucros e perdas deve estar expressamente prevista no contrato social.<sup>1</sup>

A distribuição de lucros pode ser proporcional ou desproporcional ao capital social.

A distribuição de lucros proporcional é bastante clara e não precisa de maiores discussões, sendo entendido, por óbvio, que se trata da distribuição de lucros por igual ao capital social entre os sócios da empresa.

No caso de nosso estudo, em relação à distribuição desproporcional de lucros, se faz necessário distinguir as sociedades limitadas e sociedades simples das sociedades anônimas, uma vez que a Lei

<sup>1</sup> Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

6.404/76, que regula o regime das sociedades anônimas, não permite a distribuição desproporcional. Usualmente, visando essa distribuição por outro aspecto, nas sociedades anônimas se usa a distribuição de ações preferenciais, quando uma ação pode ter privilégio sobre outra.

Por outro lado, as sociedades limitadas, bem como as sociedades simples, a exemplo de sociedades de médico, admitem a distribuição desigual de lucros, que encontra amparo no artigo 1007 do Novo Código Civil.<sup>2</sup>

Assim, temos que, de acordo com o disposto nos artigos 1007 e 1008 do Novo Código Civil: o contrato pode prever a participação desproporcional; se não houver previsão contratual, a participação deverá ser proporcional ao montante aportado na sociedade para a formação do capital social e é vedada cláusula que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas da sociedade.

Resta claro que o contrato social se trata do “coração da empresa”, sendo essencial nele conter todas as informações aos quais os sócios desejem, pois a participação nos resultados desproporcional à participação dos sócios no capital social deve estar expressamente prevista no contrato social da sociedade limitada, sob pena de autuação por parte da Receita Federal do Brasil.

Assim, acaso os sócios desejem instituir essa situação em seu contrato social, e não tenha tal previsão, o contrato social deve ser modificado na parte que trata da distribuição de lucros para que seja estabelecido o regime desproporcional de participação nos resultados, fixando o percentual nos lucros que compete a cada sócio, estatuinto ainda, de maneira expressa, como será a participação dos sócios nos resultados.

Normalmente, nos contratos sociais não se faz referência à fixação do percentual nos lucros e os critérios para apurar a participação nos resultados de cada sócio, trazendo apenas a expressão genérica da participação desproporcional dos sócios, deixando tal determinação para uma reunião de sócios, especialmente convocada para esse fim.

<sup>2</sup> VII - a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;

Art. 1.007. Salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas.

Vale ressaltar que o quorum para deliberar qualquer alteração no contrato social é de  $\frac{3}{4}$  do capital da sociedade. Sendo assim, a alteração contratual que estabeleça a distribuição desproporcional de lucros, fixando o percentual devido a cada sócio, ou aquela que apenas autorize tal distribuição, remetendo à reunião de sócios a competência para determinar em cada ano ou trimestre quanto será devido a cada um deles, deve obter a aprovação dos votos representativos de  $\frac{3}{4}$  do capital social.

Embora não haja quórum especial fixado em lei para aprovar esta matéria em reunião de sócios, entendemos que o número mínimo de votos necessário à aprovação de tal decisão deve ser igual àquele estabelecido para alteração contratual, já que esta questão, em regra, deveria estar prevista no contrato social, nos termos do art. 997 do Novo Código Civil.

A alteração contratual, ou a ata da reunião, ou assembleia de sócios que regulamentar a participação dos sócios nos resultados da empresa deverá ser registrada no Cartório de Registro Civil, no caso de sociedades civis de médicos, para que, então, seja oponível perante terceiros.

Por outro lado, embora o contrato social represente o “coração da empresa”, não basta que a sociedade apenas apresente no corpo de seu contrato social ou reunião de sócios a previsão de haver a possibilidade de distribuição desproporcional de lucros, indicando os percentuais e critérios mas, sim também, que estes percentuais e critérios estejam retratados na contabilidade da empresa, devidamente discriminados.

Assim, a discriminação entre a remuneração proveniente do capital social deve estar, inclusive, demonstrada através de escrituração contábil regular que descreva a existência de lucro apurado em períodos anteriores ao da distribuição.



## DA DISCRIMINAÇÃO CONTÁBIL E NÃO INCIDÊNCIA DO INSS EM FACE DA DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS

Vejamos inicialmente o que dispõe a Lei 9.249 de 26 de dezembro de 1995, que alterou a legislação sobre do Imposto de Renda das pessoas jurídicas, e que trata de distribuição de lucro, com a seguinte redação:

“Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior. Parágrafo único. No caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista.”

Ocorre que a legislação do INSS, artigo 201 do decreto 3.048/99, exige das sociedades de prestação de serviços de profissões legalmente regulamentadas, **discriminação** entre remuneração de trabalho e do capital, para fins de não tributar “adiantamento de lucro” quando apurado por demonstração de resultado.

Exatamente aqui reside a problemática na exigência ou não de INSS.

Isso porque o fisco, conforme se verificará mais adiante, vem lavrando auto de infração, sob o argumento de que a discriminação entre a remuneração proveniente do capital social não deve estar apenas presente no contrato social ou reunião ou assembleia de sócios, devendo haver discriminação através de escrituração contábil regular que demonstre a existência de lucro apurado em períodos anteriores ao da distribuição.

Sendo assim, não basta que a sociedade apenas apresente no corpo de seu contrato social ou reunião de sócios a previsão de haver a possibilidade de distribuição desproporcional de lucros, indicando os percentuais e critérios, mas sim também que estes percentuais e critérios estejam retratados na contabilidade da empresa, devidamente discriminados.

Assim, é a contabilidade – regular, formalizada e segundo as determinações legais – que demonstra se a distribuição de lucro foi correta ou não, pois caso não haja, por exemplo, resultado positivo (lucro), não haverá, conseqüentemente, o que distribuir, e todo valor retirado pelos sócios deve ser considerado PROLABORE, o que ensejará o recolhimento da respectiva contribuição previdenciária.

No caso de sociedade de médicos, que é uma sociedade de profissão regulamentada, há regulamentação específica prevendo a necessidade de discriminação entre a remuneração do trabalho e a proveniente do capital social. Vejamos:

“Decreto 3.048/1999

Art. 201. A contribuição a cargo da empresa, destinada à seguridade social, é de:

§ 5º No caso de sociedade civil de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissões legalmente regulamentadas, a contribuição da empresa referente aos segurados a que se referem as alíneas «g» a «i» do inciso V do art. 9º, observado o disposto no art. 225 e legislação específica, será de vinte por cento sobre: (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

I - a remuneração paga ou creditada aos sócios em decorrência de seu trabalho, de acordo com a escrituração contábil da empresa; ou

II - os valores totais pagos ou creditados aos sócios, ainda que a título de antecipação de lucro da pessoa jurídica, quando não houver discriminação entre a remuneração decorrente do trabalho e a proveniente do capital social ou tratar-se de adiantamento de resultado ainda não apurado por meio de demonstração de resultado do exercício. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)”

Logo, a condição determinada pela legislação para a incidência de contribuição ou não é a **DISCRIMINAÇÃO**, demonstração

entre a remuneração decorrente do trabalho e a proveniente do capital social.

Esse fato, ausência de demonstração, não deve ocorrer em especial nas sociedades de médicos, devendo manter escrituração contábil regular que demonstre a existência de lucro e de sua distribuição, conforme as regras do seu contrato social ou reunião de sócios.

É este, inclusive, o teor da solução de consulta número 46, formulada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, em 24 de maio de 2010, publicada no DOU de 14.06.2010, cujo teor é abaixo transcrito:

“Solução de consulta - nr. 46/2010

Órgão: Superintendência Regional da Receita Federal - SRRF / 6a. Região Fiscal. Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF.

Ementa: DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS AOS SÓCIOS. ISENÇÃO. A distribuição de lucros aos sócios é isenta de imposto de renda (na fonte e na declaração dos beneficiários), contanto que sejam observadas as regras previstas na legislação de regência, atinentes à forma de tributação da pessoa jurídica. Estão abrangidos pela isenção os lucros distribuídos aos sócios de forma desproporcional à sua participação no capital social, desde que tal distribuição esteja devidamente estipulada pelas partes no contrato social, em conformidade com a legislação societária. DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei Nº 9.249/1995, art. 10; Decreto Nº 3.000/1999 - Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99, art. 39, inc. XXIX; Lei Nº 10.406/2002, arts. 997, incs. IV e VII, 1.007, 1.008, 1.053 e 1.054; IN Nº 93/1997, art. 48, caput, e §§ 1º a 8º.

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias.

Ementa: DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS AOS SÓCIOS. NÃO INCIDÊNCIA. O sócio cotista que receba pro labore é segurado obrigatório do RGPS, na qualidade de contribuinte individual, havendo incidência de contribuição previdenciária sobre o pro labore por ele recebido. Não incide a contribuição previdenciária sobre os lucros distribuídos aos sócios quando houver discriminação entre a remuneração decorrente do trabalho (pro labore) e a proveniente do capital social (lucro) e tratar-se de resultado já apurado por meio de demonstração do resultado do exercí-

## A DISTRIBUIÇÃO DESPROPORCIONAL DE LUCRO E A INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA POR AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO CONTÁBIL E PREVISÃO CONTRATUAL - José Eduardo Dornelas Souza

cio.- DRE. Estão abrangidos pela não incidência os lucros distribuídos aos sócios de forma desproporcional à sua participação no capital social, desde que tal distribuição esteja devidamente estipulada pelas partes no contrato social, em conformidade com a legislação societária.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei Nº 8.212/1991, art. 12, inc. V, alínea “f”; Decreto Nº 3.048/1999 - Regulamento da Previdência Social - RPS, art. 201, caput e §§ 1º e 5º, incs. I e II; Lei Nº 10.406/2002, arts. 997, incs. IV e VII, 1.007, 1.008, 1.053 e 1.054.

ROBERTO DOMINGUES DE MORAES - Chefe Substituto (Data da Decisão: 24.05.2010 14.06.2010)”

No entanto, como vimos, essa opção deve vir acompanhada dos requisitos legais, tais como segregação dos valores pagos, previsão contratual quanto ao pró-labore, regramento da distribuição de lucros e contabilidade ajustada, apta a dar suporte aos valores pagos.

Nessa linha de coerência, ausentes tais instrumentos acessórios inafastáveis, não sendo defeso sustentar o direito de optar pela forma de remuneração de seus sócios que melhor lhe atender, sujeitando-se, inclusive, em alguns casos, ao arbitramento da aludida contribuição previdência.

## DA INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS FISCAIS QUANDO DA DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS

Ainda há mais um detalhe bastante relevante. A distribuição de lucros é uma forma de descapitalização, que poderá retirar recursos da sociedade, e isto poderá vir a perturbar eventuais credores.

A Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, recebeu uma recente alteração, no seu artigo 52, pela Lei 11.941/2009. Segue sua redação:

“Art. 52. Às empresas, enquanto estiverem em débito não garantido com a União, aplica-se o disposto no art. 32 da Lei no 4.357, de 16 de julho de 1964. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).”

Vejamos que diz o referido artigo 32, da lei n. 4.357/1964:

“Art. 32. As pessoas jurídicas, enquanto estiverem em débito, não garantido, para com a União e suas autarquias de Previdência e Assistência Social, por falta de recolhimento de impôsto, taxa ou contribuição, no prazo legal, não poderão:

- a) distribuir ... (VETADO) ... quaisquer bonificações a seus acionistas;
- b) dar ou atribuir participação de lucros a seus sócios ou quotistas, bem como a seus diretores e demais membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos;
- c) (VETADO).

§ 1º A inobservância do disposto neste artigo importa em multa que será imposta: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

I - às pessoas jurídicas que distribuírem ou pagarem bonificações ou remunerações, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) das quantias distribuídas ou pagas indevidamente; e (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

II - aos diretores e demais membros da administração superior que receberem as importâncias indevidas, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) dessas importâncias. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 2º A multa referida nos incisos I e II do § 1º deste artigo fica limitada, respectivamente, a 50% (cinquenta por cento) do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)”

A Lei 11.051/2004, que alterou parágrafos deste artigo transcrito, provocou um certo questionamento no meio jurídico tributário quanto à magnitude da multa imposta.

O próprio artigo 32 já era questionado pela sua generalidade excessiva quando disse “enquanto estiverem em débito”, deixando de referenciar-se quanto à exigibilidade de tal crédito tributário.

De mesma ordem há o Decreto-lei 368, de 1968, que veda de forma ampla a retribuição efetuada pelas empresas a seus titulares e gestores, com lei de caráter penal:

“Art. 1º - A empresa em débito salarial com seus empregados não poderá: I - pagar honorário, gratificação, pro labo-

**A DISTRIBUIÇÃO DESPROPORCIONAL DE LUCRO E A INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA POR AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO CONTÁBIL E PREVISÃO CONTRATUAL** - José Eduardo Dornelas Souza

re ou qualquer outro tipo de retribuição ou retirada a seus diretores, sócios, gerentes ou titulares da firma individual; II - distribuir quaisquer lucros, bonificações, dividendos ou interesses a seus sócios, titulares, acionistas, ou membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos; III - ser dissolvida.

Parágrafo único. Considera-se em débito salarial a empresa que não paga, no prazo e nas condições da lei ou do contrato, o salário devido a seus empregados. (...)

Art. 4º - Os diretores, sócios, gerentes, membros de órgãos fiscais ou consultivos, titulares de firma individual ou quaisquer outros dirigentes de empresa responsável por infração do disposto no Art. 1, incisos I e II, estarão sujeitos à pena de detenção de um mês a um ano.

Parágrafo único. Apurada a infração prevista neste artigo, o Delegado Regional do Trabalho representará, sob pena de responsabilidade, ao Ministério Público, para a instauração da competente ação penal.

(...)

Art. 7º - As infrações descritas no Art.1, incisos I e II, e seu parágrafo único, sujeitam a empresa infratora a multa variável de 10 (dez) a 50% (cinquenta por cento) do débito salarial, a ser aplicada pelo Delegado Regional do Trabalho, mediante o processo previsto nos artigos 626 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, sem prejuízo da responsabilidade criminal das pessoas implicadas.”

Antes de seguir é salutar a apresentação de um artigo sobre a legislação acima transcrita, onde o jurista Rubens Edmundo Requião investiga estes óbices legais para a distribuição de lucros:

“(...) Alguns sustentam que o impedimento à participação nos lucros ou distribuição de bonificações só ocorre quando o crédito fiscal está comprovado por certidão da inscrição em dívida ativa objeto de execução judicial, sem realização de penhora, depósito etc. Débitos potenciais, sujeitos ao contencioso administrativo (em fase de consultas, reclamações, defesas, recursos) ou judicial (concessão de liminar, tutela antecipada) ou ainda no caso de parcelamento, não impedem a distribuição da bonificação e da participação no lucro. Por outro lado, sustenta-se também que tanto o Decreto Lei Nº. 368/68 quanto a Lei Nº.4.357/64 foram revogados pela Lei Nº. 6.404/76, lei

especial que regula inteiramente a sociedade anônima, estabelecendo regras específicas sobre o direito (art.109. I), a apuração e distribuição dos lucros, na forma de dividendos, que são inclusive obrigatórios (art.202), cujo inadimplemento implica em sanções (p. ex. art. 111, § 1º). A Lei Nº. 6.404/76 não estabelece qualquer restrição como a prevista na Lei Nº. 4.357/64 ou pelo Decreto Lei Nº. 368/68, pelo que estes, no aspecto, estão revogados. No que concerne às sociedades limitadas, o Código Civil de 2.002, que as regula inteiramente, sustenta o direito do quotista ao lucro (art. 1.054 c/c art. 997,VII), inclusive garantido quando se aplica supletivamente à limitada as regras da sociedade simples (art. 1.053 c/c art.1.007 e 1.008) ou as da sociedade anônima (art.1.053, § único). O Código também não traz qualquer restrição como a da Lei nº. 4.357/64 ou Decreto Lei Nº. 368/68. A regra do art. 17 da Lei Nº. 11.051/04 limita multa que não mais existe. Ainda, bonificação não é sinônimo de dividendo, que tem conceito jurídico muito próprio. No auge do regime inflacionário, era comum a distribuição de bonificações em ações, que refletiam apenas, na maioria dos casos, a correção monetária do capital ou de reservas, alterando nominalmente o valor daquele. Rigorosamente não podiam ser tomadas como dividendos. Por fim, verificando-se o histórico da Lei Nº 4.357/64, nota-se que o texto original, oriundo do Congresso, impedia a distribuição de dividendos, expressamente. A restrição foi objeto de veto, por parte do Presidente Humberto Castelo Branco (Mensagem 157 de 1.964), ponderando que os minoritários “ficariam prejudicados por erros de uma administração que, em geral, não se teriam forças para substituir”. Portanto, a distribuição dos dividendos não está impedida pela Lei Nº. 11.051/04 ou sua congênere, mais antiga. A prevalecer a suposta restrição descrita, presenciaremos conveniente meio para o mau administrador criar situações para evitar a distribuição de lucros ou dividendos, fugindo inclusive às obrigações e sanções dos citados art. 202 e art. 111, § 1º.”

Também André Mendes MOREIRA disponibilizou texto bem fundamentado concluindo que:

“(…) pode-se concluir que: (a) o “débito” que impede a distribuição de lucros, nos termos do art. 32 da Lei nº



## A DISTRIBUIÇÃO DESPROPORCIONAL DE LUCRO E A INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA POR AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO CONTÁBIL E PREVISÃO CONTRATUAL - José Eduardo Dornelas Souza

4.357/64 e do art. 52 da Lei nº 8.212/91 é aquele lançado, cujo contencioso administrativo tenha se encerrado e que não esteja com a exigibilidade suspensa (CTN, art. 151) ou garantido por penhora em execução fiscal (CTN, art. 206); (b) as normas em análise possuem caráter anti-evasivo, ou seja, visam a evitar que o contribuinte, pela via da distribuição de lucros, dilapide seu patrimônio remanescendo sem bens suficientes para quitação de débito em aberto perante a União ou o INSS; (c) mesmo possuindo débito em aberto (não garantido ou sem causa suspensiva da exigibilidade), o contribuinte não poderá ser apenado pela distribuição de lucros, dividendos ou bonificações, desde que, após a aludida distribuição, permaneça com patrimônio suficiente para, caso seja necessário, quitar o débito tributário em questão”.

Assim, para a autoridade tributária, se a sociedade entender por distribuir lucros que não em fechamento de seu exercício social, - antecipação de lucros do próprio exercício – como vimos, deverá sempre proceder a apuração de resultados – balanços intermediários, semestrais ou em períodos menores – devendo ser previstos ou permitidos no contrato social, e ditames legais previstos na Lei, que restringe a participação nos lucros quando existir débito fiscal não exigível ou quando ele não esteja devidamente garantido, em execução judicial.

### CASO CONCRETO QUE CULMINOU NA LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO

Apesar de haver previsão legal e entendimento da Receita Federal no sentido de ser possível a isenção do IR (*na fonte e na declaração dos beneficiários*) e não incidência da contribuição previdenciária sobre os lucros distribuídos aos sócios, a própria Receita Federal vem lavrando Autos de Infração questionando a forma ou critérios dessa desproporcionalidade e, passo seguinte, exigindo da sociedade a obrigação de recolher sobre os valores pagos aos sócios a contribuição previdenciária, nos últimos 5 (cinco) anos, correspondente à rubrica Contribuinte Individual – patronal – 20%.



A título de exemplo, colacionamos o Auto de Infração n. 10140.720487/201080, lavrado pela Receita Federal, onde se apurou valores devidos a título de receita previdenciária, em face de sociedade de médicos, em razão de depósitos bancários de pagamentos feitos pela empresa aos seus sócios, sob a denominação de “distribuição de lucros”. Todavia, a Receita Federal sustentou que tais pagamentos, na verdade, **se referiam à remuneração pelos serviços médicos prestados pelos sócios e não à mencionada distribuição de lucro.**

Ora, no entender da fiscalização, as receitas dos sócios da sociedade foram obtidas a partir da força de trabalho médico dos próprios sócios, os quais foram remunerados através de dois valores: um correspondente a um salário mínimo a título de pró-labore, e o outro decorrente de pagamentos à título de distribuição de lucro, os quais foram partilhados entre os sócios de acordo com a produção de cada um, conforme estabelecido em cláusulas específicas do contrato social.

Segundo ainda a fiscalização, não houve discriminação entre a remuneração decorrente do trabalho e a proveniente do capital social e, como a base de cálculo da contribuição é toda a remuneração paga pela empresa aos seus sócios a título de “distribuição de lucros”, exigiu-se a citada contribuição previdenciária correspondente à rubrica *contribuinte individual- parte patronal*, nos últimos 5 (cinco) anos.

Ora, tal fiscalização nos deixou extremamente preocupados, pois em decorrência de nossa experiência no ramo da saúde, que se alastra por quase 15 anos, onde acompanhamos o dia a dia das sociedades de médicos, verificamos que quase noventa por cento dessas sociedades distribuem seus lucros, da mesma forma como os foram os da sociedade de médicos autuada e, por isso, pelo menos em tese, todas essas sociedades estariam sujeitas a esta mesma fiscalização, que poderá concluir pela exigência de referida contribuição previdenciária, nos últimos cinco anos.

A recomendação que nos chega à mente é a prevenção, necessitando que a sociedade de médicos contrate um advogado de sua confiança para que realize uma pequena auditoria, para fins de apurar a presença ou não dos requisitos legais que acima foram declinados, de forma que possa a sociedade se antecipar a uma eventual fiscaliza-

ção e não seja “apenada” com uma outra exigência tributária que em tese é indevida.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 7 maio 1999.

BRASIL. Decreto-lei nº 368, de 19 de dezembro de 1968. Dispõe sobre Efeitos de Débitos Salariais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 20 dez. 1968.

BRASIL. Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964. Autoriza a emissão de Obrigações do Tesouro Nacional, altera a legislação do impôsto sobre a renda, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 17 jul. 1964.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**. Brasília, 17 dez. 1976.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 25 jul. 1991.

BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 27 dez. 1995.

BRASIL. Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004. Dispõe sobre o desconto de crédito na apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e da Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins não cumulativas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 30 dez. 2004.

BRASIL. Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição.... **Diário Oficial da União**. Brasília, 28 maio 2009.

MOREIRA, André Mendes. **A Proibição de Distribuir Lucros, Dividendos e Bonificações**. Disponível em: <[http://www.recall-ledger.com.br/arq\\_download/Proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20Distribui%C3%A7%C3%A3o%20de%20Lucros.pdf](http://www.recall-ledger.com.br/arq_download/Proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20Distribui%C3%A7%C3%A3o%20de%20Lucros.pdf)>

REQUIÃO, Rubens Edmundo. **A impossibilidade de distribuir lucros e dividendos pelas pessoas jurídicas em débito com a fazenda pública, com a previdência social ou quando suportar débito salarial**. Disponível em: <<http://www.requiao.adv.br/artigo14.htm>>.





**REGIME DE TRABALHO “12 X 36”  
E O ART. 60 DA CLT:  
INCOMPATIBILIDADE DA EXIGÊNCIA  
DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO**

*José Pedro Pedrassani\**

\*

*Assessor Jurídico da FEHOSUL. Advogado. Mestre em Direito Processual (UFRGS). Doutor em Direito do Trabalho (USP). Membro Pesquisador do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior.*

## INTRODUÇÃO

Historicamente presente nos mais diversos convênios coletivos de trabalho firmados no segmento das relações de trabalho no ambiente da saúde, o regime de trabalho perfectibilizado na prestação de labor em turnos de 12 (doze) horas intercalados com 36 (trinta e seis) horas contínuas de descanso passou a encontrar validade jurídica por ocasião da consolidação de entendimentos jurisprudenciais perfectibilizado no Enunciado da Súmula 444 do Tribunal Superior do Trabalho.

De qualquer sorte, imediata e concomitantemente, essa consagração parece ter sido aquinhoadada pela dualidade maniqueísta, aparentemente intransponível, decorrente do cancelamento da Súmula 349 do Tribunal Superior do Trabalho e determinativo, ao final da impositação de requisito formal de validade daquele regime de trabalho, condicionado ao atendimento do art. 60 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Diz-se “aparentemente intransponível” porque, como toda regra legal de conteúdo abstrato e genérico, a exegese da destinação finalística e da extensão da obrigação jurídica deve atender, quando menos, os critérios da razoabilidade e da harmonia da ordem jurídica.

### **1 DURAÇÃO DA JORNADA: EVOLUÇÃO JURÍDICO-SOCIAL E CARACTERIZAÇÃO CONSTITUCIONAL**

O tratamento dispensado na ordem jurídica a respeito da duração da jornada é matéria própria de soberania, guardando correspondência com aspectos histórico-sociais e econômicos de determinado país.

É certo que recomendações internacionais também acabam por influir ou vincular a construção da ordem jurídica de determinado país, como é o caso daquelas oriundas da Organização Internacional do Trabalho.

Muito mais que documentos construídos num ambiente de amplo diálogo tripartite, as Convenções gestadas nas assembleias da Or-

ganização Internacional do Trabalho possuem, inegavelmente, e como não poderia deixar de ser, um conteúdo programático e orientador não só aos países signatários como motivador de uma consciência global a respeito dos temas tratados, tendente a estabelecer, ainda que com nuances locais, uma identidade de oportunidades entre distintas nações.

A duração da jornada, porque tema recorrente de intervenção estatal, recebeu atenção destacada desde a origem da Organização Internacional do Trabalho, pois já na sua Convenção 01, de 1921, orientou à limitação de jornadas no segmento industrial a 8 (oito) horas diárias e 48 (quarenta e oito) por semana.

Posteriormente, em 1933, a Convenção 30 estendeu esse tratamento limitativo da duração da jornada para os trabalhadores do comércio e de escritórios.

O Brasil, mesmo não signatário de ambas as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, em decorrência da constituição do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e do qualificado quadro de assessores, já em 1932 e, portanto, antes mesmo da Convenção 30 da Organização Internacional do Trabalho, estava comprometido com a extensão da jornada.

Naquela concepção original de intervenção estatal, o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio propusera uma regulamentação trabalhista fundada em quatro grandes pilares: regulamentação de constituição, funcionamento e prerrogativas de sindicatos; retribuição mínima do trabalho prestado; incentivo de negociação coletiva orientada ao estabelecimento de condições de trabalho nas convenções coletivas de trabalho; e limitação da duração da jornada.

Assim é que o Decreto nº 21.186, de 21 de março 1932, estabeleceu a seguinte regulamentação da jornada de trabalho no comércio e para trabalhadores de “escritórios”:

Art. 1º. A duração normal do trabalho efetivo dos empregados em estabelecimentos comerciais, ou secções de estabelecimentos comerciais, e em escritórios que explorem serviços de qualquer natureza, será de oito horas diárias, ou quarenta e oito horas semanais, de maneira que a cada período de seis dias de ocupação efetiva corresponda um dia de descanso obrigatório.

Nem três meses depois, e por intermédio do Decreto nº 21.364, de 04 de maio de 1932, esse mesmo tratamento alcançou o segmento industrial:

Art. 1º. A duração normal de trabalho diurno do empregado em estabelecimentos industriais de qualquer natureza será de oito horas diárias, ou quarenta e oito horas semanais, de maneira que a cada período de seis dias de ocupação corresponda um dia de descanso obrigatório.

Essa intervenção torna-se mais visível na ordem jurídica pátria quando a Constituição de 1937, em seu art. 137, definiu em oito horas a duração do “dia de trabalho”, condicionando a mitigação dessa restrição exclusivamente nos casos excepcionados na legislação infraconstitucional (alínea “i” do art. 137).

Se até então os Decretos de 1932 estabeleciam duplo conceito de jornada e duração semanal, a Constituição de 1937 suprime a noção de carga semanal e acolhe, como aparente critério único, a extensão da jornada como elemento tipificador do tempo de prestação do trabalho, o que encontrou amparo regulamentador no Decreto-Lei 2.308, de 13 de junho de 1940, que dispôs:

Art. 1º. A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, com as exclusões deste decreto-lei, não excederá de oito horas diárias, desde que a lei não fixe expressamente outro limite.

Art. 2º. A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado ou mediante contrato coletivo de trabalho.

Com a publicação da Consolidação das Leis do Trabalho, em maio de 1943, à regra constitucional não foram estabelecidas expressas exceções, praticamente promovendo a integralização sistêmica do Decreto-Lei de 1940, mas conceituado, no art. 58, que a duração ordinária da jornada “para os empregados em qualquer atividade privada” não poderia exceder 8 (oito) horas diárias.

A novidade, se considerado o texto da Constituição de 1937, esteve, como ainda permanece íntegra, na exceção posta no art. 59 da



CLT, quando autorizado o acréscimo de horas suplementares, “não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho”, com o que flexibiliza a duração da jornada.

As Constituições promulgadas em época posterior à publicação da Consolidação das Leis do Trabalho – 1946 (art. 157, V), 1967 (art. 158, VI) e 1969 (art. 165, VI) - em nada alteraram o regime conceitual adotado pela Constituição de 1937 quanto à definição, apenas, da jornada ordinária positivada, vindo sucessivamente a recepcionar o texto consolidado a respeito da duração da jornada.

Entretanto, foi com a Constituição Federal de 1988 retomada a anterior concepção de dualidade conceitual, quando expresso no inciso XIII do art. 7º tanto a duração ordinária legal da jornada – em 8 (oito) horas diárias – quanto a extensão ordinária da carga semanal de trabalho em 44 (quarenta e quatro) horas, com possibilidade do estabelecimento de regimes de prorrogação compensatória de jornada, certamente com contornos especiais que não o semanal, mediante formalização de duas específicas fontes jurídicas coletivo-normativas (acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho).

A renovação do critério “duração semanal” aponta, num raciocínio especulativo, para a elevação de um novo patamar de compreensão da duração da prestação do trabalho, de diário para semanal, o que encontra pertinência com estudos capitaneados junto à Organização Internacional do Trabalho:

“A limitação da jornada semanal é a principal maneira pela qual as leis relativas à duração do trabalho procuram evitar longas jornadas regulares ou constantes. Onde são eficazes, esses limites desempenham papel importantíssimo na determinação do volume de horas trabalhadas a cada semana e durante o ano. Como tal, contribuem substancialmente para preservar a saúde e a segurança, bem como permitem aos trabalhadores alcançar um equilíbrio aceitável entre o trabalho remunerado, as atividades domésticas e de cuidado familiar e outros aspectos de sua vida. No entanto, esses padrões legais são importantes não somente porque representam os limites dentro dos quais os arranjos de duração do trabalho devem ser pla-

nejados. Representam também os padrões de jornada de trabalho que os governos consideram aceitáveis para seus cidadãos. Mesmo onde não são amplamente adotados na prática, são considerados como a materialização de um anseio nacional para a jornada de trabalho.” (LEE; McCANN; MESSENGER, 2009, p.7-8).

## **2 PROTEÇÃO DA SAÚDE DO CIDADÃO TRABALHADOR E INSALUBRIDADE QUALITATIVA**

Inquestionável que a ordem jurídico-constitucional erigida no iluminado ambiente de um Estado Democrático de Direito revela-se endereçada, também, à definição de patamares e garantias ditas sociais, econômicas e culturais, usualmente conceituadas como direitos fundamentais de segunda dimensão.

Se no estado concebido como liberal os direitos fundamentais de primeira geração impunham o dever de abstenção, nesse segundo regime a sociedade espera uma atuação estatal propositiva e concretizadora dessas prerrogativas, em sua generalidade carentes de carga eficaz direta e imediata, porque condicionadas à atuação legislativa.

Assim é que, observados os critérios da proporcionalidade e da reserva do possível, o Estado Democrático de Direito estabelece a construção de uma ordem jurídica infraconstitucional adequada e compatível à efetivação jurídico-social de oportunidades e de inclusões formalizadoras dos direitos sociais.

A proteção da saúde do cidadão enquanto trabalhador, porque revelador do exercício do direito ao trabalho em condições de dignidade protetiva de sua higidez, encontra pleno respaldo no art. 7º da Constituição Federal, especificamente quanto à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (inciso XXII).

Bem atentada, essa regra está harmoniosamente ladeada com aquela constante do art. 196 da Constituição Federal, quando estabelece o direito à saúde “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”.

Desse conjunto normativo é possível extrair-se a presença do princípio do risco mínimo regressivo, como dito por Sebastião Geraldo

de Oliveira (2010, p. 124), e do princípio da indisponibilidade da saúde do cidadão-trabalhador, nas palavras de Irany Ferrari e Melchiades Rodrigues Martins (2007, p. 15).

Como parâmetro legislativo instrumentalizador do inciso XXII do art. 7º da Constituição Federal, revela-se pertinente a adoção, porque recepcionada, da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, sendo aplicável no segmento da saúde o respectivo Anexo 14 da NR-15, de novembro de 1979.

Diversamente do que originariamente estabelecido pelo Decreto-Lei 2.308, de junho de 1940, quando ausente qualquer catalogação de insalubridade em matéria de ambiente hospitalar, a vigente ordem jurídica funda a catalogação empreendida na forma do art. 190<sup>1</sup> da Consolidação das Leis do Trabalho em dois distintos e específicos critérios: o quantitativo e o qualitativo.

Conforme conceituação estabelecida na NR-15, a caracterização insalubridade considerada ou a superação de limites de tolerância – “previstos nos Anexos n.º 1, 2, 3, 5, 11 e 12” – ou a caracterização específica por laudo técnico, considerados os elementos tipificadores. Nesse critério, a consideração de limites de tolerância encontra justificativa conceitual na “concentração ou intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará dano à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral”.

Entretanto, o critério qualitativo não decorre de análise ou ponderação entre a realidade da execução laboral frente aos limites de tolerância, mas, de modo analógico, é objetiva, independentemente do tempo de exposição. A mera existência do agente é suficiente, qualquer que seja a duração da jornada ou carga semanal, para a caracterização da insalubridade.

<sup>1</sup> “Art. 190 - O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.”

### **3 VALIDADE E EFICÁCIA DO REGIME “12 X 36”. INADEQUAÇÃO DO ART. 60 DA CLT.**

Representando o exercício do direito fundamental de autorregulamentação, diversas convenções coletivas de trabalho e acordos coletivos de trabalho contemplam, em seu texto normativo, cláusula negocial formalizadora da prestação de trabalho em turnos consecutivos de 12 (doze) horas, das quais 11 (onze) horas são laboradas e 1 (uma) hora usufruída como intervalo intrajornada, cumulado com descanso contínuo de 36 (trinta e seis) horas.

Embora aparentemente esse regime de trabalho assuma uma natureza especial, por estabelecer uma prática diferenciada em razão de particularidades e da essencialidade da manutenção dos serviços hospitalares e de atendimento à saúde pública, inegável que alternadamente numa semana ocorrerá a prestação de labor em três turnos – totalizando 33 (trinta e três) horas de efetivo trabalho – e, na seguinte, de quatro turnos – totalizando 44 (quarenta e quatro) horas de efetivo trabalho.

Diante dessa realidade, o cidadão-trabalhador nunca desconsiderará o respeito e adequação à carga semanal, de modo que essa circunstância autoriza o entendimento da inconsistência na catalogação desse regime como uma das modalidades de prorrogação compensatória de jornadas, se adotado, como critério balizador, a carga semanal de 44 (quarenta e quatro) horas.

Entretanto, jurisprudência e doutrina têm apontado esse regime como uma das espécies do gênero compensatório, face prestação de trabalho por mais de 8 (oito) horas diárias, o que, de qualquer sorte, não retira a licitude e validade, desde que resultante de negociação coletiva, como lecionado por Sergio Pinto Martins (2012, p. 545):

“É válido acordo coletivo ou convenção coletiva para estabelecer na empresa o regime de compensação de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, que é muito utilizado na área hospitalar, sendo até de preferência dos próprios funcionários. Não serão extras, no caso, as horas trabalhadas além da oitava diária. Será vedado, contudo, estabelecer o regime por acordo individual. Agora, segundo a determinação do §2º do art. 59 da CLT, a compensação deverá ficar restrita ao período de um ano. É lícito o regime de 12 X 36,

por ser superior a 10 horas diárias, pois a constituição não fixa qualquer limite para a compensação. O limite deve ser fixado na convenção ou no acordo coletivo.”

De qualquer sorte, considerando a estreiteza e especialidade deste específico regime de prorrogação compensatória, parece adequado o entendimento restritivo e puro de sua utilização, sem conjugação com outras espécies de compensação.

Outrossim, se dúvidas existiam, ainda que tolhedoras do reconhecimento das convenções coletivas de trabalho ou dos acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI, da CF), da adequação jurídica desse especial regime, inegavelmente que o Enunciado da Súmula 444 do Tribunal Superior do Trabalho supera o questionamento ao definir a compatibilidade com a ordem jurídica positivada:

“É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.”

Contudo, a dúvida existencial antes sugerida encontra, nos dias atuais, outra faceta: a da invalidade ou da ineficácia do regime compensatório quando desatendido requisito impositivo da prévia autorização, de que trata o art. 60 da Consolidação das Leis do Trabalho:

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, Indústria e Comercio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene 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.

Argumentam os precursores dessa visão exegética construtiva, que a proteção entabulada no respectivo artigo representaria, na sua essência, a efetivação daqueles princípios constitucionais da indisponibilidade e do risco mínimo, dada a exposição exacerbada a agente ou ambiente insalubre.

A premissa adotada é acertada, porque apressada e em desarmonia com a ordem jurídica.

Isso porque a insalubridade presente no ambiente “da saúde” não decorre do critério quantitativo, fundado no tempo de exposição do trabalhador (duração da jornada) e dos limites de tolerância fixados.

O critério incidente é de natureza qualitativa – e, portanto, objetivo, de modo que a mera exposição do trabalhador ao ambiente ou ao agente é o bastante para a caracterização. A duração do tempo trabalhado, contínuo ou intermitente, nada acrescenta na majoração dos riscos à saúde do cidadão-trabalhador, de modo que o acréscimo de horas à jornada ordinária legal não é motivo de prejuízo, repita-se, à vida.

Sob outro enfoque, ainda que a extensão da jornada seja um fato, inexistente desconsideração da carga semanal definida no texto constitucional, pois mesmo quando prestado labor em quatro dias da semana, as horas efetivamente laboradas na “escala” respeitam esse limite, indicando ausência de sobre-exposição ao agente capaz de agravamento do risco.

## 4 CONCLUSÃO

No quadro jurídico atual, onde reconhecido como válido e regular o exercício da autonomia coletiva construtivo do regime compensatório “12 x 36”, afigura-se irrelevante e desnecessária a prévia licença genérica e abstratamente estabelecida no art. 60 da Consolidação das Leis do Trabalho no âmbito das relações de trabalho em estabelecimentos de saúde, porque o Agente Fiscal não terá de realizar, absolutamente, nenhuma avaliação ou confecção de laudo técnico mediante regra de proporcionalidade “tempo de trabalho x limites de tolerância do agente insalubre”, considerando a vinculação objetiva ao critério qualitativo neste segmento específico.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição Federal (1937), de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 10 nov. 1937.
- BRASIL. Constituição Federal (1967). **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 24 jan. 1967.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil nº 1988, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 out. 1988.
- BRASIL. Decreto nº 21.186, de 22 de março de 1932. Regula o horário para o trabalho no comércio. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 31 mar. 1932.
- BRASIL. Decreto nº 21.364, de 4 de maio de 1932. Regula o horário para o trabalho industrial. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 6 maio 1932.
- BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 9 ago. 1943.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.308, de 19 de dezembro de 1986. Altera a legislação do imposto de renda. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 22 dez. 1986.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 out. 1969.
- BRASIL. Portaria nº 3.214, de 8 de junho de 1978. Aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Brasília, 9 jun. 1978.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 444, Jornada de Trabalho. Norma Coletiva. Lei. Escala de 12 Por 36. Validade. Brasília, DF, 26 de novembro de 2012. **Diário Oficial da União**. Brasília, 26 nov. 2012.
- FERRARI, Irany; MARTINS, Melchides Rodrigues. **CLT: doutrina – jurisprudência predominante e procedimentos administrativos: segurança e medicina do trabalho** (artigos 154 a 201). São Paulo: LTr, 2007.
- LEE, Sangheon; McCANN, Deirde; MESSENGER, Jon C. **Duração do Trabalho em Todo o Mundo: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada**. Brasília: OIT, 2009.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2010.





## **POSSIBILIDADE LEGAL DE REMUNERAÇÃO DA DIRETORIA ESTATUTÁRIA DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS POSSUIDORAS DE CEBAS**

*Josenir Teixeira\**

\*

*Advogado, Mestre em Direito pela FADISP, Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela UNIFMU/SP, em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP), em Direito do Trabalho pelo Centro de Extensão Universitária (CEU/SP-IICS) e em Direito do Terceiro Setor pela FGV/SP. É vice-presidente do Instituto Brasileiro de Advogados do Terceiro Setor - IBATS. É fundador, editor e articulista da Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS. É articulista da Revista Brasileira de Direito da Saúde ([www.rbds.com.br](http://www.rbds.com.br)), editada pela CMB – Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas. É membro da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP. Foi professor do curso de Direito do Terceiro Setor da Escola Superior de Advocacia (ESA) da OAB/SP. Foi professor do curso de Pós-Graduação em Administração Hospitalar e Negócios da Saúde da UNISA/SP. Foi Conselheiro Fiscal do Instituto de Administração para o Terceiro Setor Luiz Carlos Merege - IATS. É autor dos livros *Prontuário do Paciente: Aspectos Jurídicos e Assuntos Hospitalares na Visão Jurídica* ([www.abeditora.com.br](http://www.abeditora.com.br)), *Opiniões, Opiniões 2* (edições próprias) e *O Terceiro Setor em Perspectiva: da estrutura à função social* ([www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)). OAB/SP 125.253*

**RESUMO:** A remuneração da diretoria estatutária de entidades sem fins lucrativos que possuem títulos sempre foi uma reivindicação do Terceiro Setor. A Lei n. 12.868/13 foi editada para resolver esta pendenga histórica e permitir que a pessoa alçada à diretoria estatutária de uma instituição pudesse ser remunerada pelo exercício de tal função. Todavia, há que se analisar esta possibilidade com parcimônia, pois, como a lei trata apenas de um dos títulos possíveis de serem obtidos pelas entidades - o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS -, conseqüentemente ela não abrangeu, não alcançou e nem alterou a legislação que rege outras qualificações, como as utilidades públicas federal, estadual e municipal, as Organizações Sociais - OS - e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIPs -, sendo que as duas últimas já possuíam legislação autorizativa neste sentido<sup>1</sup>. A entidade deve conter seu ímpeto e analisar com critério as leis dos títulos que possui, pois o que uma permite pode ser que seja proibido por outra, o que eventualmente poderá colocá-la em xeque e/ou lhe trazer prejuízos. A legislação brasileira está a um abismo de ser lógica e de boa qualidade. Ao contrário, ela é antagônica, contraditória e exímia em atrapalhar a vida das entidades do Terceiro Setor. É sobre a possibilidade de remuneração da diretoria estatutária das entidades portadoras de CEBAS (somente deste título), seus riscos e os reflexos de tal atitude nos demais títulos que trataremos brevemente neste artigo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei. Remuneração. Possibilidade. Diretoria Estatutária. Alcance. Consequências. Limites financeiros. Riscos. Terceiro Setor. Entidades sem fins lucrativos.

<sup>1</sup> Lei n. 10.637 - Art. 34. A condição e a vedação estabelecidas, respectivamente, no art. 13, § 2o, III, b, da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e no art. 12, § 2o, a, da Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997, não alcançam a hipótese de remuneração de dirigente, em decorrência de vínculo empregatício, pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), qualificadas segundo as normas estabelecidas na Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, e pelas Organizações Sociais (OS), qualificadas consoante os dispositivos da Lei no 9.637, de 15 de maio de 1998.

## INTRODUÇÃO

Vem de décadas a restrição de remuneração<sup>2</sup> de membros da diretoria estatutária de entidades que possuem o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS.<sup>3</sup>

Esta hipocrisia dissonante da realidade e impeditiva do progresso das entidades, que se viam limitadas e até mesmo tolhidas de contar com profissionais mais bem preparados e que necessitam ser remunerados, teve seu fim com a edição da Lei n. 12.868, em outubro de 2013.

Um mês antes, em setembro de 2013, a possibilidade de remuneração dos dirigentes das entidades sem fins lucrativos havia sido contemplada pela Lei n. 12.863/13, cuja redação, neste particular, foi vetada pela Presidência da República sob o argumento de que

os dispositivos ampliam inadequadamente a possibilidade, excepcional, de remuneração de dirigentes de associações assistenciais ou fundações sem fins lucrativos, ampliando, inclusive, as hipóteses de imunidade e isenção tributárias. Ainda que se entenda o mérito da proposta, há que se fixar um limite a tais remunerações, mais seguro juridicamente que o ‘valor de mercado’, como previsto na proposta. Além disso, há outra proposição, já aprovada pelo Congresso Nacional e a ser enviada também para sanção, que trata justamente desta matéria, impondo, no entanto, limites mais adequados e juridicamente mais seguros a tais remunerações.<sup>4</sup>

Apesar da edição da lei, as entidades estão receosas de aplicar livremente o dispositivo legal mencionado, haja vista a sua incompletude normativa e alcance restrito unicamente ao CEBAS, que tinha sua conquista sempre ligada umbilicalmente à obtenção de outras qualificações paralelas e prévias que não tiveram suas regras alteradas pela Lei n. 12.868/13 e, portanto, continuam válidas e devem ser respeitadas.

2 A remuneração deve ser considerada como custo ou despesa operacional. Pareceres Normativos ns. 18/85 e 11/92, do Coordenador do Sistema Tributário (CST).

3 O fato de uma entidade possuir o CEBAS lhe dá direito a usufruir das “isenções” das contribuições sociais previstas nos artigos 22 e 23 da Lei n. 8.212/91, 150 e 195, da Constituição Federal, pelo menos até que o Supremo Tribunal Federal decida a questão de forma definitiva.

4 Mensagem da Presidência da República n. 413, de 24.09.2013, publicada no DOE de 25.09.2013.

Paira no âmbito do Terceiro Setor aguçada desconfiança e enorme insegurança jurídica sobre o tema, o que fez com que entidades fizessem consultas a órgãos públicos, inclusive à Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), para que ela delineasse exatamente o *que pode e o que não pode* no que diz respeito ao assunto, como se ela dispusesse de tal prerrogativa.

Enquanto as respostas às perguntas não vêm oficialmente, muitas entidades optaram por retardar a utilização da normativa legal e postergar a remuneração dos seus dirigentes estatutários.

É sobre o enleio do assunto que pretendemos tecer considerações que possam subsidiar tecnicamente a conclusão apontada no final.

## **1 INEXISTÊNCIA DE PROIBIÇÃO LEGAL DE REMUNERAÇÃO DE DIRIGENTE ESTATUTÁRIO**

Nunca houve a proibição de remunerar os dirigentes estatutários de pessoas jurídicas constituídas sob a forma de associação civil sem fins lucrativos. Não se vê restrição neste sentido no Código Civil (CC) na sua redação de 1916 e nem na de 2002. E é este o diploma legal que rege a criação de tais pessoas jurídicas, conforme prevê a Lei n. 10.406/02, nos seus artigos 53<sup>5</sup> e seguintes. Se não era proibido era permitido. Uma associação civil sem fins lucrativos pode, e sempre *pôde*, remunerar a sua diretoria estatutária.

A confusão talvez tenha se originado porque leis que criaram títulos, qualificações ou certificações (expressões sinônimas) proibiram a remuneração da diretoria<sup>6 7</sup> estatutária por parte das associações civis que manifestassem interesse em pleiteá-los ou obtê-los.

Entretanto, a associação civil que não tenha a intenção de conquistar títulos não é alcançada pelas leis que instituíram estas qualificações, que regem apenas aquelas instituições que foram agraciadas com a concessão delas.

5 Código Civil, Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

6 Diretoria é o órgão responsável pela gestão da organização e pela execução da vontade social, além de representar a entidade ativa e passivamente nos atos jurídicos e extrajudiciais. Tem a função de colocar em prática as diretrizes e metas estabelecidas pelo Conselho, executando a administração cotidiana da entidade. Dicionário do Terceiro Setor, p. 92.

7 Não é [a Diretoria], via de regra, órgão colegiado, na medida em que seus membros (diretores) têm funções estatutárias que devem individualmente cumprir com total responsabilidade pessoal pelos atos

Permanecendo a entidade com a intenção de manter a titularidade de títulos eventualmente conquistados, ela deverá analisar as leis específicas que os regem e, se estas contiverem normas que impossibilitem a remuneração da diretoria estatutária, assim ela deverá se portar, sob pena de perda da qualificação.

A definição legal do que seja “entidade sem fins lucrativos” consta de diversos e antigos dispositivos.<sup>8</sup> Para efeito deste breve apontamento tomamos emprestada a conceituação constante da Lei n. 12.873, editada em 24 de outubro de 2013, que institui o *Programa de Fortalecimento das Entidades Privadas Filantrópicas e das Entidades sem Fins Lucrativos que Atuam na Área da Saúde e que Participam de Forma Complementar do Sistema Único de Saúde – PROSUS*, e que assim dispõe:

Art. 25. Para efeitos desta Lei, considera-se entidade de saúde sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribua ou transfira entre os seus sócios, associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que aplica os excedentes integralmente na consecução de seu objeto social.

Transcrevemos da Lei n. 13.019/14 a definição de “organizações da sociedade civil”, expressão sinônima de “entidade sem fins lucrativos”, que podem ser criadas sob a forma jurídica de *associação*<sup>9</sup> ou *fundação*<sup>10</sup>:

---

praticados no exercício dessas mesmas funções, independentemente do ônus da solidariedade, nos casos e circunstâncias previstos expressamente no estatuto. Embora não seja um órgão colegiado, também a lei vigente não impede que o estatuto possa determinar que algumas decisões sejam tomadas em reunião. Essas deliberações não desnaturam a responsabilidade individual dos diretores. Os diretores acumulam, no exercício de seus cargos, as funções de gestão e representação da associação, conforme o que dispuser para cada um deles o estatuto social. As reuniões da diretoria deverão ser consignadas em atas e lançadas em livro próprio, sendo que por se tratar de órgão da administração, cujas deliberações importam em responsabilidade individual dos diretores, não se admite ata sumária. Observe-se que se as deliberações da diretoria produzirem efeitos perante terceiros (v.g., nomeação de gerentes, mudança do local da sede da associação, celebração de financiamento etc.) deverão ser as respectivas atas arquivadas no Cartório de Registro de Títulos e Documentos. (sic) (PAES, 2013, p.139 e 140).

8 Lei 9.532/97 – Art. 12. [...] § 3º Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais. [...]

9 Código Civil, art. 53 e seguintes.

10 Código Civil, art. 62 e seguintes.

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - organização da sociedade civil: pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

## 2 HISTÓRICO DA LEI DE REGÊNCIA DO CEBAS

Desde 1991, a Lei n. 8.212, que foi alterada ao longo do tempo e teve artigos revogados pela Lei n. 12.101/09, proibia textualmente a remuneração da diretoria estatutária e exigia que a entidade que pretendesse obter o CEBAS - *Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social* - hoje concedido pelos Ministérios da Saúde, Educação ou Desenvolvimento Social e Combate à Fome, dependendo da área de atuação da entidade - também possuísse a qualificação de utilidade pública federal. Eis a redação do art. 55 da Lei n. 8.212/91, que foi revogado e aqui é transcrita meramente para facilitar a concatenação das ideias:

Art. 55. Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente:

I - seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal;

II - seja portadora do Registro e do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, fornecidos pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos;

[...]

IV - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título; (grifo nosso)

O Decreto federal n. 2.536, que regulamentava a concessão e renovação do CEBAS e vigorou de 1998 até 2009, repetia as proibições da Lei n. 8.212/91.

A Lei n. 12.101/09 revogou o artigo 55 da Lei n. 8.212/91 e o Decreto n. 2.536/98 e estipulou novas regras para a concessão e renovação do CEBAS. Porém, manteve a proibição de remuneração da diretoria estatutária, em dispositivo assim transcrito:

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; (grifo nosso) [...]

### 3 A ALTERAÇÃO DA POSTURA GOVERNAMENTAL

Em outubro de 2013, a sequência legislativa proibitiva de remuneração da diretoria estatutária da entidade que possui CEBAS foi quebrada com a edição da Lei n. 12.868, que deu nova redação ao artigo 29 da Lei n. 12.101/09, acima parcialmente transcrito, passando a assim disciplinar o assunto:

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 dirigentes estatutários, 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; [...]

**POSSIBILIDADE LEGAL DE REMUNERAÇÃO DA DIRETORIA ESTATUTÁRIA DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS POSSUIDORAS DE CEBAS - Josenir Teixeira**

§ 1º A exigência a que se refere o inciso I do caput não impede:

I - a remuneração aos diretores não estatutários que tenham vínculo empregatício;

II - a remuneração aos dirigentes estatutários, desde que recebam remuneração inferior, em seu valor bruto, a 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo federal.

§ 2º A remuneração dos dirigentes estatutários referidos no inciso II do § 1º deverá obedecer às seguintes condições:

I - nenhum dirigente remunerado poderá ser cônjuge ou parente até 3º (terceiro) grau, inclusive afim, de instituídos, sócios, diretores, conselheiros, benfeitores ou equivalentes da instituição de que trata o caput deste artigo; e

II - o total pago a título de remuneração para dirigentes, pelo exercício das atribuições estatutárias, deve ser inferior a 5 (cinco) vezes o valor correspondente ao limite individual estabelecido neste parágrafo.

§ 3º O disposto nos §§ 1º e 2º não impede a remuneração da pessoa do dirigente estatutário ou diretor que, cumulativamente, tenha vínculo estatutário e empregatício, exceto se houver incompatibilidade de jornadas de trabalho.<sup>11</sup> (grifo nosso)

A redação primitiva do inciso I do art. 29 da Lei n. 12.101/09 foi mantida, mas a Lei n. 12.868/13 incluiu neste artigo os parágrafos 1º, 2º e 3º, que flexibilizaram tal restrição e estabeleceram os requisitos e as condições a serem cumpridos para utilização do direito de remuneração dos dirigentes estatutários, agora positivado.

<sup>11</sup> Orientação neste sentido existia desde 1996, conforme consta do Parecer n. 639/96 da Consultoria Jurídica do (então) Ministério da Previdência e Assistência Social, assim ementado: "Resposta à Consulta do Exmo. Presidente do Conselho de Recursos da Previdência Social. Exegese do artigo 55, inciso IV da Lei de Custeio (Lei 8.212/91) no que se refere a não percepção por seus dirigentes ou instituídos de remuneração em harmonia como art. 5º, inciso XIII da Lei Magna que se refere à liberdade de profissão. Necessidade de harmonização de dois bens jurídicos relevantes. A interpretação a ser dada ao art. 55, inciso IV indica a impossibilidade de cassação e não concessão de isenção pelo fato do dirigente ser remunerado por atividade não estatutária." (TEIXEIRA, 2013, p. 59).



## 4 ANÁLISE DAS CONDIÇÕES VIABILIZADORAS DA REMUNERAÇÃO DE DIRIGENTES ESTATUTÁRIOS DE ENTIDADES PORTADORAS DE CEBAS

O art. 29 da Lei n. 12.101/09 sofreu a inclusão de três parágrafos pela Lei n. 12.868/13, sendo a redação deles acima transcrita.

O inciso I<sup>12</sup> do parágrafo primeiro<sup>13</sup> trata dos dirigentes não estatutários, que não é objeto deste estudo. A lei positivou a possibilidade de cumulação da função executiva com a estatutária, que é tratada mais adiante no parágrafo terceiro<sup>14</sup> do mesmo artigo, que a autoriza, desde que haja compatibilidade de horários das jornadas de trabalho.

O inciso II<sup>15</sup> do parágrafo primeiro limita o ganho do dirigente estatutário a 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo federal. Levando em consideração o salário da Presidente da República<sup>16</sup>, servidora chefe do Poder Executivo Federal, que é de R\$ 26.723,13 (vinte e seis mil, setecentos e vinte e três reais e treze centavos) e sobre ele obtivermos o percentual indicado, chegaremos ao valor máximo de remuneração de R\$18.706,19 (dezoito mil, setecentos e seis reais e dezenove centavos).<sup>17</sup>

O inciso I<sup>18</sup> do parágrafo segundo<sup>19</sup> impede que o dirigente estatutário que pretenda ser remunerado tenha parentesco até terceiro grau com as pessoas que ele identifica.

12 I - a remuneração aos diretores não estatutários que tenham vínculo empregatício;

13 § 1º A exigência a que se refere o inciso I do caput não impede: [...]

14 § 3º O disposto nos §§ 1º e 2º não impede a remuneração da pessoa do dirigente estatutário ou diretor que, cumulativamente, tenha vínculo estatutário e empregatício, exceto se houver incompatibilidade de jornadas de trabalho.

15 II - a remuneração aos dirigentes estatutários, desde que recebam remuneração inferior, em seu valor bruto, a 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo federal.

16 Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/servidores/Servidor-DetalhaRemuneracao.asp?Op=1&IdServidor=1959166&InformacaoFinanceira=True>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

17 Estes valores atualizados para outubro de 2014 são de R\$28.059,29 e R\$20.623,57, respectivamente.

18 I - nenhum dirigente remunerado poderá ser cônjuge ou parente até 3º (terceiro) grau, inclusive afim, de instituidores, sócios, diretores, conselheiros, benfeitores ou equivalentes da instituição de que trata o caput deste artigo;

19 § 2º A remuneração dos dirigentes estatutários referidos no inciso II do § 1º deverá obedecer às seguintes condições: [...]

O inciso II<sup>20</sup> do parágrafo segundo prevê que o valor total a ser pago aos diretores estatutários que formam a diretoria não pode ultrapassar R\$ 93.530,95 (noventa e três mil, quinhentos e trinta reais e noventa e cinco centavos), se levarmos em consideração a base de cálculo acima apontada (R\$ 18.706,19 x 5).

Finalmente, o parágrafo terceiro<sup>21</sup> permite a remuneração do dirigente estatutário que também ocupar cargo na diretoria executiva, desde que não haja incompatibilidade de jornadas de trabalho, ou seja, não se podem utilizar as mesmas horas do dia para realizar ambas as funções.

Por dedução lógica, se a função exercida na diretoria executiva for realizada no horário comercial e a da diretoria estatutária for cumprida à noite, viabilizada está a possibilidade de cumulação das funções e recebimentos distintos, mas somados.<sup>22</sup> De outro jeito, mas se chegando à mesma conclusão, se a função exercida na diretoria executiva for realizada de manhã e a da diretoria estatutária à tarde, da mesma forma é viável a remuneração de ambas, concomitantemente.

Não vamos aqui nos ater aos eventuais reflexos trabalhistas que a hipótese autorizada pela Lei n. 12.868/13 podem acarretar, pois não é este aspecto que interessa a este artigo, apesar da sua enorme importância para o dia a dia das entidades.

## 5 A PREVISÃO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

O artigo 29 da Lei n. 12.101/09 reproduz nos seus incisos<sup>23</sup> as mesmas disposições constantes do artigo 14 do Código Tributário Nacional (CTN, Lei n. 5.172/66), lei que possui status de complementar,

20 II - o total pago a título de remuneração para dirigentes, pelo exercício das atribuições estatutárias, deve ser inferior a 5 (cinco) vezes o valor correspondente ao limite individual estabelecido neste parágrafo.

21 § 3º O disposto nos §§ 1º e 2º não impede a remuneração da pessoa do dirigente estatutário ou diretor que, cumulativamente, tenha vínculo estatutário e empregatício, exceto se houver incompatibilidade de jornadas de trabalho.

22 Deixamos de abordar os aspectos trabalhistas desta afirmação, pois não é este o foco deste artigo.

23 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: [...] II - aplique suas rendas, seus recursos e eventual superávit integralmente no território nacional, na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais; [...] IV - mantenha escrituração contábil regular que registre as receitas e despesas, bem como a aplicação em gratuidade de forma segregada, em consonância com as normas emanadas do Conselho Federal de Contabilidade; V - não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto; [...]

em que pese ser ordinária na sua origem. Devemos tecer comentários a respeito do art. 14, CTN, que assim dispõe:

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 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 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.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

O previsto no inciso I, acima transcrito, consistente na proibição de “distribuição de parcela do patrimônio”, não pode ser confundido com a “remuneração” dos membros da diretoria estatutária prevista no art. 29, § 1º, II, da Lei n. 12.101/09, alterada pela Lei n. 12.868/13, haja vista que são situações jurídicas e contábeis absolutamente distintas entre si e que dispensam maiores comentários neste momento.

Enquanto a hipótese prevista no inciso I do artigo acima transcrito encerra a ideia de “distribuir” (o patrimônio), que significa “entregar uma parcela (de algo); repartir, dividir; doar (bens, donativos, presentes etc.); espalhar”<sup>24</sup> etc., a “remuneração” implica na “retribuição por serviço ou favor prestado; gratificação, ger. em dinheiro, por trabalho realizado;”<sup>25 26</sup>

24 Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 2.0

25 Idem.

26 Remuneração e distribuição de lucros ou de participação nos resultados não se confundem. Ministério da Fazenda – Secretaria da Receita Federal. Solução de Consulta nº 140, de 25 de outubro de 2007.

As situações são distintas e não se confundem, o que nos leva a afirmar que o ato de remunerar os membros da diretoria estatutária de uma entidade certificada com o CEBAS, agora permitido, não implica no descumprimento do inciso I do artigo 14 do CNT, diante da distância conceitual existente entre tais institutos.

O Código Tributário Nacional, portanto, não é impeditivo legal que possa ser invocado para não se remunerar os componentes da diretoria estatutária de uma entidade portadora do CEBAS.

## **6 A ALTERAÇÃO DA PREVISÃO DA LEI N. 9.532/97 E DO RIR**

A Lei n. 9.532/97 trata de diversos aspectos relacionados à legislação tributária federal. A sanha arrecadatória desmesurada do governo federal incluiu nela uma série de inconstitucionalidades, o que fez com que o Supremo Tribunal Federal assim declarasse a respeito do seu artigo 12, nos seus parágrafos primeiro e segundo, e outros, em ementa assim redigida:

[...] II. Imunidade tributária (CF, art. 150, VI, c, e 146, II): “instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”: delimitação dos âmbitos da matéria reservada, no ponto, à intermediação da lei complementar e da lei ordinária: análise, a partir daí, dos preceitos impugnados (L. 9.532/97, arts. 12 a 14): cautelar parcialmente deferida.

1. Conforme precedente no STF (RE 93.770, Muñoz, RTJ 102/304) e na linha da melhor doutrina, o que a Constituição remete à lei ordinária, no tocante à imunidade tributária considerada, é a fixação de normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune; não, o que diga respeito aos lindes da imunidade, que, quando susceptíveis de disciplina infraconstitucional, ficou reservado à lei complementar.

2. À luz desse critério distintivo, parece ficarem incólumes à eiva da inconstitucionalidade formal arguida os arts. 12 e §§ 2º (salvo a alínea f) e 3º, assim como o parágraf. único do art. 13; ao contrário, é densa a plausibilidade da alegação de invalidez dos arts. 12, § 2º, f; 13, caput, e 14 e,

finalmente, se afigura chapada a inconstitucionalidade não só formal, mas também material do § 1º do art. 12, da lei questionada.

3. Reserva à decisão definitiva de controvérsias acerca do conceito da entidade de assistência social, para o fim da declaração da imunidade discutida - como as relativas à exigência ou não da gratuidade dos serviços prestados ou à compreensão ou não das instituições beneficentes de clientela restritas e das organizações de previdência privada: matérias que, embora não suscitadas pela requerente, dizem com a validade do art. 12, caput, da L. 9.532/97 e, por isso, devem ser consideradas na decisão definitiva, mas cuja deliberação não é necessária à decisão cautelar da ação direta.<sup>27</sup>

A Lei n. 9.532/97 proíbe a remuneração dos dirigentes estatutários das entidades sem fins lucrativos que pretendam ter seu direito à imunidade reconhecido, em dispositivo assim redigido:

§ 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos:

a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados; [...]

Entretanto, a Lei n. 12.868/13 também provocou alterações na Lei n. 9.532/97 e incluiu dispositivos com redação idêntica àqueles inseridos no art. 29 da Lei 12.101/09:

[...] § 4º A exigência a que se refere a alínea “a” do § 2º não impede:

I - a remuneração aos diretores não estatutários que tenham vínculo empregatício; e

II - a remuneração aos dirigentes estatutários, desde que recebam remuneração inferior, em seu valor bruto, a 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo federal.

<sup>27</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 1802 MC / DF - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 27.08.1998, p. DJ 13.02.2004.

**POSSIBILIDADE LEGAL DE REMUNERAÇÃO DA DIRETORIA ESTATUTÁRIA DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS POSSUIDORAS DE CEBAS - Josenir Teixeira**

§ 5º A remuneração dos dirigentes estatutários referidos no inciso II do § 4º deverá obedecer às seguintes condições:

I - nenhum dirigente remunerado poderá ser cônjuge ou parente até 3º (terceiro) grau, inclusive afim, de instituídos, sócios, diretores, conselheiros, benfeitores ou equivalentes da instituição de que trata o caput deste artigo;

II - o total pago a título de remuneração para dirigentes, pelo exercício das atribuições estatutárias, deve ser inferior a 5 (cinco) vezes o valor correspondente ao limite individual estabelecido neste parágrafo.

§ 6º O disposto nos §§ 4º e 5º não impede a remuneração da pessoa do dirigente estatutário ou diretor que, cumulativamente, tenha vínculo estatutário e empregatício, exceto se houver incompatibilidade de jornadas de trabalho.

Portanto, a limitação ou mesmo proibição constante uma das normas legais mais *temidas* pelas entidades sem fins lucrativos foi flexibilizada pela Lei n. 12.868/13, não havendo mais óbice à remuneração de dirigentes estatutários para o gozo da imunidade do Imposto sobre a Renda.

O Regulamento do Imposto de Renda (RIR), editado pelo Poder Executivo e positivado pelo Decreto n. 3.000/99, regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Ele traz previsão (e redação) idêntica à constante da Lei 9.532/97, no que diz respeito a até então impossibilidade de remuneração de dirigentes estatutários de entidades sem fins lucrativos que pretendessem gozar de imunidade tributária<sup>28</sup>. Eis o seu dispositivo:

28 TRF 3. Apelação Cível 40871 SP 2006.03.99.040871-1, p. 21/11/2007. "Processual civil e tributário. Embargos à execução fiscal. Apelação que se reporta aos argumentos trazidos na inicial. Não conhecimento. Revogação de isenção à entidade de assistência social sem fins lucrativos, constatada em regular procedimento fiscal a remuneração a seu dirigente no exercício da administração (art. 130, I, do RIR/80). 1. [...] 2. A presente cobrança decorre de revogação de isenção à entidade de assistência social sem fins lucrativos, por remunerar o seu dirigente no exercício da administração, em infração ao requisito previsto no art. 130, I, do RIR/80. 3. [...] 4. Cabia à embargante o ônus da prova da desconstituição da dívida ativa por ocasião da interposição dos embargos, demonstrando de forma inequívoca que não houve a remuneração a seu dirigente. 5. A prova pericial produzida no processo 1.032/86, fls. 18/20, não revela se os honorários pagos ao Dr. José Mário Pereira Lima, em razão da "assistência a sócios", o foram exclusivamente como consultas médicas, na condição de autônomo, até porque, como bem salientado na r. sentença, "as atribuições do 1º Provedor, segundo o estatuto, alcançam inúmeras atividades que envolvem, necessariamente, atendimento a doentes (sócios) do hospital". 6. Ademais, não se prestou a apelante a refutar a r. sentença no tocante à previsão contida no art. 16, III, a, de seu estatuto, no que respeita à impossibilidade do 1º Provedor exercer a função de médico, mesmo que em caráter autônomo. 7. O requisito legal de ausência de remuneração de sua diretoria, para a isenção do IRPJ, foi transgredido pela ora apelante, devendo ser mantida a r. sentença de improcedência dos embargos. 8. Conhecimento parcial da apelação e, no que conhecida, improvida."

Art. 170. Não estão sujeitas ao imposto as instituições de educação e as de assistência social, sem fins lucrativos.

[...]

§ 3º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos):

I - não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados;

Ora, se a Lei n. 9.532/97, que regulamenta a legislação tributária federal, foi alterada pela Lei n. 12.868/13, no particular aqui tratado há de se convir que o Decreto que trata do mesmo assunto também e obrigatoriamente deve seguir a mesma linha de raciocínio e de postura, e se render à nova regra estabelecida pela lei superveniente, mesmo que ainda não tenha tido sua redação alterada e formalizada por outro dispositivo legal.

Não seria lógico, nem de bom senso, nem legal, aceitar que um decreto contrarie ou modifique a previsão de uma lei, já que aquele obrigatoriamente deve ser compatível com esta e serve, tão somente, para regulamentá-la<sup>29</sup>, desenvolvê-la, tratar dos pormenores para a sua aplicação e garantir a sua fiel execução.

A Lei n. 9.532/97 e o Decreto n. 3.000/99 (RIR) não são impositivos legais que possam ser invocados para não se remunerar os componentes da diretoria estatutária de uma entidade portadora do CEBAS.

## **7 PERMISSIVOS DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL**

A Secretaria da Receita Federal do Brasil, de há muito, possui posicionamentos dos quais se extrai conclusão permissiva para que sejam feitos pagamentos aos diretores de entidades sem fins lucrativos, inclusive estatutários, sem colocar em risco o reconhecimento da imunidade que é “*conferida pelo CEBAS*”, na visão do Fisco.

<sup>29</sup> Constituição Federal, Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Eis algumas decisões neste sentido que, por analogia, podem ser aproveitadas para o contexto do tema aqui abordado:

Superintendência Regional da Receita Federal – SRRF –  
4ª Região Fiscal

Processo de Consulta nº 039/97

Assunto: Entidades sindicais - imunidade - Obrigações Acessórias. Normas Gerais de Direito Tributário. Ementa: As entidades sindicais dos trabalhadores são beneficiárias de imunidade de imposto sobre a renda relacionada com suas finalidades essenciais, atendidos os requisitos legais, sendo-lhes permitido remunerar seus dirigentes. (grifo nosso)

Dispositivos Legais: Arts. 150, inciso VI, alínea “c”, e § 4º, da Constituição Federal; 9º, § 1º, e 14 incisos I a III, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), e 159 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR), aprovado pelo Decreto nº 1.041/94. - DISIT - 17.10.1997<sup>30</sup>

Ministério da Fazenda – Secretaria da Receita Federal  
DECISÃO Nº 137 de 27 de Outubro de 2000

ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ. EMENTA: REMUNERAÇÃO DE DIRETORES Por não ser vedada por lei, a remuneração atribuída aos diretores da entidade sindical não desfigura a imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, da Constituição Federal, desde que atendidas as exigências estabelecidas no artigo 14 do CTN (Código Tributário Nacional), não estando a entidade sujeita ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica. (grifo nosso)

Ministério da Fazenda – Secretaria da Receita Federal  
SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 105 de 09 de Dezembro de 2009

ASSUNTO: Normas Gerais de Direito Tributário. EMENTA: A eventual remuneração paga a dirigente de entidade religiosa - o qual, na espécie, é ministro do Evangelho - a título de serviços administrativos a ela efetivamente prestados, não elide o gozo da imunidade tributária pela Igreja, sem prejuízo da incidência do Imposto de Renda, na fonte

<sup>30</sup> Neste sentido, cita-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.199.114, p. 08.09.2010.



e na Declaração de Ajuste Anual, sobre os mencionados rendimentos auferidos pelo pastor, de vez que estes não são abrigados pela norma imunizante. (grifo nosso)

Ministério da Fazenda – Secretaria da Receita Federal  
SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 140 de 25 de Outubro de 2007  
ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ. EMENTA: Dirigente. Partido político. Atendidos os requisitos estabelecidos no art. 14 do CTN e, em não havendo qualquer vedação expressa na legislação quanto à questão remuneratória, o partido político que remunera seus diretores continuará amparado pela imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, “c”, da Constituição Federal de 1988, relativa a impostos. Entretanto, a contraprestação do serviço tem que corresponder a valores que não vislumbrem a prática de distribuição disfarçada de lucro, sob pena de ser suspenso o benefício nos termos do § 1º do referido artigo. Não há isenção total da COFINS para os partidos políticos, mas tão-somente das receitas das atividades próprias dessas instituições. Consideram-se receitas derivadas das atividades próprias somente aquelas decorrentes de contribuições, doações, anuidades ou mensalidades fixadas por lei, assembleia ou estatuto, recebidas de associados ou mantenedores, sem caráter contraprestacional direto, destinadas ao seu custeio e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais. No caso dos partidos políticos, a contribuição para o PIS/PASEP será determinada com base na folha de salários, à alíquota de um por cento, e não pelo faturamento, ainda que remunere seus dirigentes. Remuneração e distribuição de lucros ou de participação nos resultados não se confundem. (grifo nosso)

Ministério da Fazenda – Secretaria da Receita Federal  
SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 28 de 08 de Abril de 2004  
ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ. EMENTA: Não perdem a condição de imunes a impostos os templos de qualquer culto que remunerem seus dirigentes. No entanto, devem ser informados na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ, os valores dos rendimentos pagos, a qualquer título, às referidas pessoas físicas, sujeitando-se estes à incidência do Imposto sobre a Renda na Fonte e na Declaração de Rendimentos dos beneficiários, visto que não gozam de imunidade ou isenção.

Vê-se que esses posicionamentos, aliados aos acima delineados, indicam que há base jurídica sólida para sustentar a possibilidade de remuneração dos membros da diretoria estatutária de entidades portadoras de CEBAS, sem que se macule o instituto jurídico da imunidade tributária constitucional.

Caso o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADIs) ns. 2028/99, 2228/00 e 2621/02, ajuizadas pela *Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços – CNS*, e a de n. 2036/99, de autoria da *CONFENEN – Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino*, seja procedente e reconheça a impossibilidade e inconstitucionalidade de leis ordinárias<sup>31</sup> regulamentarem poder de tributar, ao invés de leis complementares (CF, art. 146, II), a exigência do CEBAS como requisito para usufruir da imunidade deixará de existir e prevalecerá, apenas, a observância aos artigos 9º e 14 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66).

É bem verdade que as entidades não podem confiar no modo de proceder da Secretaria da Receita Federal do Brasil em razão do seu ideal de arrecadação a qualquer custo, inclusive pelo menosprezo, desrespeito<sup>32</sup> e interpretação restritiva e parcial da legislação com a qual atua, se necessário for, para atingir seu objetivo.

## **8 A NECESSIDADE DE AS ENTIDADES OBSERVAREM AS LEIS ESPECÍFICAS QUE CONCEDEM TÍTULOS DIFERENTES DO CEBAS PARA MANTÊ-LOS**

A autorização de remuneração dos membros da diretoria estatutária de entidades sem fins lucrativos, dada pela Lei n. 12.868/13, se restringe ao Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS, pois esta norma alterou especificamente a Lei n. 12.101/09, que trata especialmente de referida qualificação, e que foi regulamentada pelo Decreto n. 7.237/10, que foi revogado pelo Decreto n. 8.242/14.

<sup>31</sup> Estas ADIs questionam a constitucionalidades das previsões dos Decretos n. 752/93 (revogado), 2.536/98 (revogado), de alguns artigos das Leis ns. 9.732/98, 8.212/91, 8.742/93 e 9.429/96 e da Medida Provisória n. 2.187-13, que promoveu a inclusão de alguns artigos em tais leis.

<sup>32</sup> Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 389.808, Relator min. Marco Aurélio, j. 15.12.2010.

Portanto, se a entidade possuir outros títulos, qualificações e/ou certificados ela deverá analisar detidamente as leis próprias que tratam deles e que norteiam a concessão e renovação para ver se a adoção da faculdade de remunerar os dirigentes estatutários não contraria as suas previsões, já que, repita-se, a Lei n. 12.868/13 tratou especificamente da certificação do CEBAS.

Caso a entidade identifique que determinada titulação ou certificação (diferente do CEBAS) da qual é titular é essencial para a sua manutenção e/ou cumprimento de sua finalidade estatutária e as suas normas jurídicas próprias não permitam a remuneração de dirigentes estatutários, ela não poderá se valer do permissivo constante da Lei n. 12.868/13, mas, ao contrário, deverá obedecer àquelas regras legais específicas e próprias, sob pena de, se assim não proceder, perder as certificações e os eventuais benefícios que elas lhes trazem.

## 8.1 O TÍTULO DE UTILIDADE PÚBLICA FEDERAL

A lei federal mais antiga que concede títulos é a de n. 91, editada em 1935, que trata da utilidade pública federal, e que está em vigor. Eis a sua redação, no original:

Art. 1º As sociedades civis, as associações e as fundações constituídas no país com o fim exclusivo de servir desinteressadamente á collectividade podem ser declaradas de utilidade publica, provados os seguintes requisitos:

- a) que adquiriram personalidade jurídica;
- b) que estão em effectivo funcionamento e servem desinteressadamente á collectividade;
- c) que os cargos de sua diretoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos não são remunerados.

No caso de uma entidade preferir manter a posse/detenção do título de utilidade pública federal ela não poderá remunerar a diretoria estatutária, pois a Lei n. 91/35, que o regulamenta, não foi revogada neste particular e coexiste com a Lei n. 12.868/13.

A eventual perda do título de utilidade pública federal, em tese e dependendo de cada situação concreta vivenciada pela entidade, pode

ter impacto zero, principalmente para aquelas instituições que obtiveram a qualificação de Organização Social nos estados ou municípios que editaram leis específicas para tratarem do tema.

Isso porque, se essas legislações estaduais e municipais seguiram (ou copiaram) o texto da Lei federal n. 9.637/98, que trata da qualificação de Organização Social, é muito provável (e isso deverá ser verificado em cada uma delas) que haja artigo que preveja exatamente ou algo muito próximo do seguinte:

Art. 11. As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.<sup>33</sup>

A título de curiosidade e para comprovar a afirmação acima, a Lei de Organização Social do estado de São Paulo, n. 846/98, possui previsão cuja redação é praticamente idêntica à acima transcrita:

Artigo 13. As entidades qualificadas como organizações sociais ficam declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais.

A Lei que trata de Organização Social do município de São Paulo/SP, n. 14.132/06, traz previsão que se situa na mesma linha acima delineada:

Art. 13. As entidades qualificadas como organizações sociais ficam declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.

A Lei do estado do Mato Grosso que trata das Organizações Sociais, LC n. 150/04, possui dispositivo semelhante:

Art. 14. As entidades qualificadas como organizações sociais ficam declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais.

---

<sup>33</sup> Lei n. 9.637/98.

A Lei do estado do Pará que dispõe da qualificação de entidades como Organizações Sociais, n. 5.980/06, também possui dispositivo praticamente idêntico e vai mais além:

Art. 7º. As entidades qualificadas como Organizações Sociais ficam, desde logo, declaradas de interesse social e de utilidade pública para todos os efeitos legais, inclusive tributários.

Numa análise avançada, mas ainda superficial, seria possível defender formas legais para substituir a utilidade pública federal por algo equivalente, como se pode aferir da leitura do dispositivo abaixo transcrito, contido na Lei n. 9.249/95, sendo que a concretização de tal afirmação necessitaria da edição de norma jurídica específica:

Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

[...]

§ 2º Poderão ser **deduzidas as seguintes doações**:

[...]

III - **as doações**, até o limite de dois por cento do lucro operacional da pessoa jurídica, antes de computada a sua dedução, efetuadas a **entidades** civis, legalmente constituídas no Brasil, **sem fins lucrativos**, que prestem serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora, e respectivos dependentes, ou em benefício da comunidade onde atuem, observadas as seguintes regras:

[...]

c) a entidade civil beneficiária deverá ser reconhecida de **utilidade pública** por ato formal de órgão competente da União. (**grifo nosso**)

Conclui-se que a utilidade pública federal deixou de ter a importância de outrora, especificamente no que diz respeito à necessidade de sua existência como requisito prévio à conquista do CEBAS e sua manutenção.

## 8.2 OS TÍTULOS DE UTILIDADE PÚBLICA ESTADUAIS E MUNICIPAIS

No que diz respeito aos títulos de utilidade pública estaduais e municipais, as leis próprias de cada ente político deverão ser analisadas pelos assessores jurídicos das entidades para verificar se é condição *sine qua non* a não remuneração dos dirigentes estatutários para a sua manutenção.

Se for, e a entidade quiser mantê-los, ela não poderá remunerar os membros da diretoria estatutária e, conseqüentemente, não se beneficiará dos efeitos produzidos pela Lei n. 12.868/13.

## 8.3 AS QUALIFICAÇÕES DE OS E OSCIP

A qualificação de instituições sem fins lucrativos como Organizações Sociais - OS - é regulamentada por leis estaduais e municipais, cuja quase totalidade buscou inspiração na Lei federal n. 9.637/98, que dispõe justamente sobre a qualificação de entidades como organizações sociais.

Já nos debruçamos sobre a análise do previsto na lei federal acima mencionada e nas leis estaduais e municipais e apontamos o equívoco da transposição cega de previsões daquela para estas, sem levar em consideração o contexto e a finalidade de outorga da qualificação e, principalmente, a origem das entidades sem fins lucrativos, assunto que tangencia o aqui abordado, mas que não será explorado (TEIXEIRA, 2012).

No que toca especificamente ao assunto da remuneração dos membros da diretoria estatutária, a Lei n. 9.637/98 é permissiva e prevê textualmente a sua possibilidade:

Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

[...]

V - fixar a remuneração dos membros da diretoria;

Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade,

moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

[...]

II - 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.

A Lei n. 9.637/98 proíbe a distribuição de patrimônio, assunto totalmente diverso da remuneração da diretoria estatutária, como visto acima, no seguinte dispositivo:

Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

[...]

h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

Quanto às associações civis que receberam a outorga da qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP – pelo Poder Executivo, em quaisquer de suas esferas, elas possuem a faculdade de remunerar seus dirigentes estatutários pelo menos desde 2002, quando foi editada a Lei n. 10.637, que tratou do assunto em dispositivo assim redigido:

Art. 34. A condição e a vedação estabelecidas, respectivamente, no art. 13, § 2º, III, *b*, da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e no art. 12, § 2º, *a*, da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, não alcançam a hipótese de remuneração de dirigente, em decorrência de vínculo empregatício, pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), qualificadas segundo as normas estabelecidas na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, e pelas Organizações Sociais (OS), qualificadas consoante os dispositivos da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

Antes, em 1999, a Lei n. 9.790<sup>34</sup>, que instituiu a qualificação de OSCIP, previa textualmente a possibilidade de remuneração dos dirigentes executivos da entidade.<sup>35</sup>

## 9 VÍNCULO JURÍDICO DO DIRIGENTE ESTATUTÁRIO REMUNERADO COM A ENTIDADE

Apesar de os aspectos trabalhistas não serem objeto desta análise, devemos explorar, mesmo que superficialmente, qual seria o vínculo jurídico do dirigente estatutário para com a entidade.

Noutras palavras, indaga-se se o diretor estatutário deve ser contratado como empregado, com contrato sob a regência da Consolidação das leis do Trabalho - CLT, ou se pode sê-lo de outra forma.

A Lei n. 12.868/13 nada especifica sobre o assunto. Ao alterar o art. 29 da Lei n. 12.101/09, ela prevê a existência de vínculo empregatício entre a entidade e os diretores não estatutários, o que não é foco:

§ 1º - A exigência a que se refere o inciso I do caput não impede:

I - a remuneração aos diretores não estatutários que tenham vínculo empregatício;

A norma jurídica que rege as relações de trabalho é a Consolidação das Leis do Trabalho, editada em 1943, que traz a regra geral a ser observada.<sup>36</sup>

Porém, há alternativas à imposição da regra geral, dependendo do cotidiano que será estabelecido entre a instituição e os seus dirigentes estatutários e do seu relacionamento, a partir da aplicação do princípio da primazia da realidade.

<sup>34</sup> Prevê a Lei n. 13.019/14: Art. 4º. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às relações da administração pública com entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público, de que trata a Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, regidas por termos de parceria. Os artigos 85 e 86 da Lei n. 13.019/14 alteram artigos da Lei n. 9.790/99.

<sup>35</sup> Lei n. 9.790/99, Art. 4º. Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre: [...] VI - a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação;

<sup>36</sup> CLT, Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.



Neste viés, nada impede que, ao invés da relação de emprego clássica, regida pela CLT, as partes firmem contrato de prestação de serviços, à luz do Código Civil<sup>37</sup>, caso, por exemplo, os serviços sejam prestados em periodicidade menor do que 3 (três) dias por semana e ausente esteja a subordinação, de acordo com várias facetas e vertentes desta.

O caso concreto é que irá sugerir a forma jurídica ideal pela qual a relação jurídica deverá ser instrumentalizada.

## 10 CONCLUSÃO

Diante do cenário jurídico rapidamente traçado e a partir da análise do objetivo e da intenção do legislador trazidos ao mundo jurídico pela Lei n. 12.868/13 entendemos que a adoção da prática de remuneração de diretores estatutários, pelo exercício de tais atividades, por parte das entidades que possuem o CEBAS, não impede e nem coloca em risco a manutenção de referido certificado e nem a suspensão do gozo da imunidade tributária em relação a outros impostos, como o sobre a renda, por exemplo.

Para efeito de concessão ou manutenção do CEBAS conclui-se que:

**a)** não há mais a necessidade de obtenção prévia do título de utilidade pública federal, nem estadual e nem municipal para a sua conquista;

**b)** é possível a remuneração da diretoria estatutária a partir do cumprimento dos requisitos estampados na Lei n. 12.101/09 e suas alterações, inclusive pela Lei n. 12.868/13, inclusive sem prejuízo do gozo da imunidade tributária;

**c)** a redação do estatuto da entidade deve ser adaptada ao previsto na nova lei, se assim os associados decidirem. Invariável e historicamente, o estatuto das entidades sem fins lucrativos possuidoras de títulos traz artigo que proíbe qualquer remuneração dos dirigentes estatutários. Portanto, a entidade que desejar se utilizar do novo permissivo legal deverá reformar o estatuto para inverter a previsão até

<sup>37</sup> Código Civil - Lei n. 10.406/02, Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se-á pelas disposições deste Capítulo.

então estampada, sob pena de não poder assim agir ou agir de forma ilegal, frente à previsão contrária ao pretendido;

**d)** as normas jurídicas até então existentes que proibiam a remuneração da diretoria estatutária de entidades sem fins lucrativos e impediam o gozo livre da imunidade tributária caso a instituição procedesse de modo contrário foram alteradas por leis supervenientes que previram justamente tal hipótese, ou seja, a remuneração da diretoria estatutária sem que isso implique a perda do gozo da imunidade tributária;

**e)** O Código Tributário Nacional, a Lei n. 9.532/97, o Decreto n. 3.100/99 e o atual entendimento da Secretaria da Receita Federal do Brasil não se constituem em impeditivos legais que possam ser invocados para não se remunerar os componentes da diretoria estatutária de uma entidade portadora do CEBAS.

**f)** nenhum órgão, aí incluídos os Conselhos de Assistência Social municipais, estaduais e nacional, ou de qualquer outra representatividade, nem autoridades de quaisquer esferas, poderão editar normas jurídicas que contraponham a permissão contida na Lei n. 12.868/13, sob pena de ilegalidade, que poderá facilmente ser questionada no Poder Judiciário.

É claro, natural e histórico que a fiscalização, representada basicamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, pode questionar, criar obstáculos ou inventar teses jurídicas para tentar descaracterizar este beneplácito legal.

Entendemos, todavia, que o raciocínio aqui explanado encontra amparo na legislação abordada, o que não impede a alteração da conclusão, a partir de contextos eventualmente não contemplados.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. **Diário Oficial da União**. Brasília, 29 mar. 1999.

BRASIL. Decreto nº 8.242, de 23 de maio de 2014. Regulamenta a Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, para dispor sobre o processo de certificação das entidades beneficentes de assistência social e sobre procedimentos de isenção das contribuições para a seguridade social. **Diário Oficial da União**. Brasília, 26 maio 2014.

BRASIL. Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935. Determina regras pelas quaes são as sociedades declaradas de utilidade publica. **Diário Oficial**. Rio de Janeiro, 4 set. 1935.

BRASIL. Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sôbre o impôsto que recai sôbre as rendas e proventos de qualquer natureza. **Diário Oficial da União**. Brasília, 30 nov. 1964.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**. Brasília, 27 out. 1966.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 25 jul. 1991.

BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 27 dez. 1995.

BRASIL. Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 dez. 1997.

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 18 maio 1998.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep)... **Diário Oficial da União**. Brasília, 31 dez. 2002. Edição Extra.

BRASIL. Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009. Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; altera a Lei no 8.742... **Diário Oficial da União**. Brasília, 30 nov. 2009.

BRASIL. Lei nº 12.863, de 24 de setembro de 2013. Altera a Lei no 12.772, de 28 de dezembro de 2012, que dispõe sobre a estruturação do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal; altera as Leis ... **Diário Oficial da União**. Brasília, 25 set. 2013.

BRASIL. Lei nº 12.868, de 15 de outubro de 2013. Altera a Lei no 12.793, de 2 de abril de 2013, para dispor sobre o financiamento de bens de consumo duráveis a beneficiários do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV); constitui fonte ... **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013. Autoriza a Companhia Nacional de Abastecimento a utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, instituído pela Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011, para a contratação... **Diário Oficial da União**. Brasília, 25 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil... **Diário Oficial da União**. Brasília, 1 ago. 2014.

BRASIL. CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Portal da Transparência**: servidores civis e militares do poder executivo federal: cadastro: remuneração. 2014. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/servidores/Servidor-DetalhaRemuneracao.asp?Op=1&IdServidor=1959166&InformacaoFinanceira=True>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

BRASIL. Mensagem da Presidência nº 413, de 24 de setembro de 2013. **Diário Oficial da União**. Brasília, 25 set. 2013.

MEREGE, Luiz Carlos; MOUSSALLEM, Márcia (Orgs.). **Dicionário do Terceiro Setor**. São Paulo: Plêiade, 2011.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TEIXEIRA, Josenir. A indevida utilização da formação do Conselho de Administração das Organizações Sociais federais pelos Estados e Municípios. **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTs**, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 125-153, jul./dez. 2012.

TEIXEIRA, Josenir. Anotações sobre as alterações produzidas pela Lei nº 12.868/13 na concessão ou renovação do CEBAS. **Revista de Direito do Terceiro Setor**, Belo Horizonte, v. 7, n. 14, p.51-70, jul./dez. 2013.



**A VERDADE MATERIAL E O  
ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO  
ADMINISTRATIVO**

*Luiz Rogério Sawaya\**

\*

*Sócio de Nunes e Sawaya Advogados. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especializado em Direito Tributário pela PUC/SP. Especializado em Direito Societário com ênfase em M&A pelo IBMEC. Especializado em Direito Comercial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Ex-Conselheiro do Conselho Municipal de Tributos. Conselheiro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Autor do livro “Créditos de ICMS na Guerra Fiscal”, publicado pela Editora Quartier Latin.*

## 1 O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO E SUAS PARTICULARIDADES AOS CONTRIBUINTE. O ÔNUS DA PROVA

A discussão administrativa consiste, faz algum tempo, num importante cenário em que são decididas questões da mais alta relevância de Direito Tributário, marcadas por uma investigação profunda no mundo dos fatos e por importantes indagações acerca do alcance e da aplicação da legislação tributária.

Ela, a discussão administrativa, não se inicia, tão-somente, por um auto de infração lavrado por autoridade fazendária, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, hipótese em que a Fazenda se coloca como atuante no polo ativo e o contribuinte, no passivo, se defendendo:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

Não raro, o contencioso administrativo inicia sua marcha por iniciativa do próprio contribuinte, mediante pedido de compensação, restituição ou ressarcimento formulado pelo contribuinte.

No primeiro caso, a autoridade fazendária, seja por investigação interna nos cadastros do contribuinte, com base em suas informações fiscais, seja por meio de processo fiscalizatório propriamente dito, se obriga a identificar a matéria tributável, evidenciando eventual contrariedade à legislação praticada pelo contribuinte, e a calcular o montante supostamente devido.

A tarefa da autoridade fazendária, no entanto, não se resume ao lançamento do tributo nem à aplicação de multa, devendo também descrever pormenorizadamente o conteúdo da autuação, identificando por meio de clara contrariedade à Lei o motivo do auto de infração, de



modo que o contribuinte, se desejar, possa exercer o seu constitucional direito ao contraditório e à ampla defesa.

E, na apresentação da defesa, denominada impugnação ao lançamento, conforme a esfera de atuação administrativa, o contribuinte se obriga a carrear as provas necessárias a demonstrar sua versão dos fatos, nos termos do artigo 333 do Código de Processo Civil, abaixo reproduzido, de maneira a evidenciar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do lançamento:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

E, assim, se inicia o contencioso administrativo decorrente de auto de infração lavrado contra o contribuinte, que irá caminhar até decisão final, conforme o caso, em primeira ou segunda instância administrativa, com um julgamento, por parte da Administração, sobre a subsistência ou não do lançamento realizado.

Quando o processo administrativo se inicia por iniciativa do contribuinte, nas hipóteses de pedido de compensação, restituição ou ressarcimento, é ele quem deve preencher os formulários colocados à sua disposição, e ele se apresenta como requerente no exercício do direito de repetição de indébito, no sentido amplo.

A Administração, por sua vez, analisando o pedido formulado pelo contribuinte, poderá solicitar novos documentos relacionados ao crédito, o que é mais frequente, ou do débito do contribuinte, de modo a avaliar detalhadamente a origem do crédito e os documentos que o fundamentam, proferindo, ao final, decisão detalhada acerca do pleito realizado.

De qualquer forma, o contencioso administrativo, nesse caso, não se inicia, em meu pensar, com o pedido de compensação, restituição ou ressarcimento protocolado pelo contribuinte, posto que a Administração apenas recebe e analisa o pedido formulado, que decorre do simples exercício de um direito, como observado anteriormente. Não há contenda!

Na realidade, o contencioso administrativo, como toda discussão judicial, emana de uma pretensão resistida, que se verifica quando a Administração ou não conhece o pedido formulado pelo contribuinte ou, pelo contrário, o conhece, mas não o atende ou o defere apenas parcialmente e, por vezes, o defere integralmente, mas leva um tempo exagerado para tanto.

E da pretensão do contribuinte, resistida pelas autoridades fazendárias, que gera espaço para discussão, pelo próprio contribuinte, acerca do teor da decisão administrativa, facultando-lhe, portanto, discutir a decisão dada no caso concreto por não concordar total ou parcialmente com ela.

A irresignação do contribuinte faz nascer, portanto, o contencioso administrativo decorrente de pedido de homologação, restituição e ressarcimento, discussão essa que caminha para uma decisão definitiva, no âmbito da administração, acerca do pleito do próprio contribuinte.

Embora as discussões sejam muito parecidas, há entre elas importantes distinções, vez que no lançamento a pretensão a que se resiste por meio de impugnação é da Fazenda, ao passo que, no pedido de compensação, restituição e ressarcimento, a pretensão é de titularidade do contribuinte.

Tal circunstância assume capital importância na medida em que tanto a Fazenda, na hipótese de lançamento, como o contribuinte, caso assumam o polo ativo em pedido de compensação, restituição e ressarcimento, devem se cercar de todas as provas constitutivas de seu direito e, no caso da Fazenda, descrevê-las em estrita conformidade com o artigo 142 do Código Tributário Nacional e com outros dispositivos aplicáveis à hipótese.

Ademais, em se tratando de pretensão resistida pelo contribuinte, tem ele o direito não apenas de acostar documentos e se valer de todos os meios de prova em direito admitidos, em sua defesa (impugnação), mas especialmente se valer de prova pericial se a discussão administrativa assim o exigir, sendo relevante para o deslinde do processo administrativo.

Ainda que haja a possibilidade de perícia em um processo administrativo decorrente de compensação, restituição ou ressarcimento,

ela não é nenhum pouco comum, vez que a prova do direito de crédito se faz, na imensa maioria dos casos, documentalmente.

Há, pois, uma clara inversão de papéis entre essas discussões, vez que, havendo lavratura de auto de infração, o ônus inicial da prova do lançamento é de titularidade da Fazenda, ao passo que, nas hipóteses de compensação, restituição e ressarcimento, o ônus cabe ao contribuinte, sendo fundado preponderantemente em prova documental pré-constituída.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS Período de apuração: 01/08/2005 a 31/08/2005 NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO DE CRÉDITO. PAGAMENTO INDEVIDO OU MAIOR QUE O DEVIDO. COMPROVAÇÃO. Não caracteriza pagamento de tributo indevido ou a maior, se o pagamento consta nos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil como utilizado integralmente para quitar débito informado em DCTF e a contribuinte não prova com documentos e livros fiscais e contábeis erro na DCTF. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ÔNUS DA PROVA. A recorrente deve apresentar as provas que alega possuir e que sustentariam seu direito nos momentos previstos na lei que rege o processo administrativo fiscal. Recurso Voluntário Negado. Nº Acórdão 3801-002.764

Assunto: Processo Administrativo Fiscal Data do fato gerador: 20/10/2008 PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA MATERIALIDADE DO CRÉDITO PLEITEADO PELO CONTRIBUINTE. Por mais relevantes que sejam as razões de direito aduzidas pelo contribuinte, no rito da repetição do indébito é fundamental a comprovação da materialidade do crédito alegado. Diferentemente do lançamento tributário em que o ônus da prova compete ao Fisco, é dever do contribuinte comprovar que possui a materialidade do crédito. Nº Acórdão 3802-002.676

Assunto: Processo Administrativo Fiscal Ano-calendário: 1999 ÔNUS DA PROVA. RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO. É ônus do sujeito passivo, na condição de autor do feito, provar o direito creditório que alega possuir nos processos que envolvem restituição ou compensação de

tributos. CONTRADITÓRIO. AMPLA DEFESA. RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO. Em processos que envolvem constituição ou compensação de tributos as garantias do contraditório e da ampla defesa são exercidas no âmbito do processo tributário administrativo e as diversas normas neste sentido estão regulamentadas no Decreto nº 70.235/72. Recurso Voluntário Provido. No caso, pagou-se, em 27/10/2006, Imposto de Renda Retido da Fonte - IRRF incidente sobre rendimentos auferidos no ano-calendário de 1999, caracterizando-se o indébito. COMPENSAÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO. SALDO NEGATIVO. NATUREZA DO DIREITO CREDITÓRIO. O pedido de compensação de saldo negativo deve ser analisado como um pedido de compensação de pagamento indevido se for esta a verdadeira natureza do direito creditório tratado. E, de forma inversa, o pedido de compensação apresentado como pagamento indevido também deve ser analisado como um pedido de compensação de saldo negativo se esta for a verdadeira natureza do crédito envolvido. E se, nesta última hipótese, chegar-se a conclusão de que a obrigação tributária não foi plenamente honrada, não há saldo negativo a repetir. Nº Acórdão1102-001.186

E essa distinção não constitui mero detalhe, tendo importantes efeitos práticos, pois pode determinar um arquivamento de um auto de infração por ausência de motivação ou por falha no detalhamento da conduta reputada antijurídica, ou o não reconhecimento de um direito de crédito em razão da inércia do contribuinte em apresentar documentação que faça a prova de suas alegações iniciais.

Não posso deixar de ressaltar que no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF desembocam inúmeros processos que têm como objeto pedido compensação, ressarcimento ou restituição formulado por contribuinte, em que, no curso do processo, o contribuinte, não tendo feito prova documental de seu crédito, mesmo quando intimado diversas vezes, insiste no suposto dever do Fisco em realizar diligência para demonstrar o seu direito.

Ora, considerando que o ônus da prova cabe ao contribuinte e que o aludido Tribunal Administrativo possui copiosa jurisprudência sobre o tema, não é necessário muito esforço de raciocínio para se concluir que o pleito do contribuinte será inevitavelmente negado.

Por outro lado, não se pode perder de vista que, atualmente, os processos de compensação, restituição e ressarcimento são todos realizados eletronicamente, não tendo o contribuinte a oportunidade de acostar documentos em seu pedido, apenas tendo o dever de preencher os formulários que lhe são disponibilizados pelo sistema da Receita Federal e enviar o seu pedido eletronicamente.

A Receita Federal, da análise do pleito formulado pelo contribuinte eletronicamente, faz uma verificação cruzada de seus documentos e, encontrando inconsistências, nega o pedido, expedindo, muitas vezes, decisões eletrônicas padronizadas aos contribuintes.

Sendo a resposta negativa ou parcialmente positiva, o contribuinte tem o prazo de 30 (trinta) dias para apresentar Manifestação de Inconformidade, em que deverá juntar toda a documentação relativa ao seu crédito, devendo, nesse prazo, fazer prova documental de seu pedido, retificando, inclusive, conforme o caso, anterior Declaração de Contribuinte de Tributos Federais – DCTF.

Trata-se, sem sombra de dúvida, de um processo repleto de particularidades, que decorre, em nosso pensar, de um ajuste do processo administrativo fiscal, em que o contribuinte assumia a posição de defesa (impugnação), para os casos de crédito fiscal, em que o pleito é formulado eletronicamente.

Há distância abissal entre os dois casos, pois num auto de infração decorrente de lançamento de ofício, o Fisco realiza auditoria prévia em toda a documentação do contribuinte, não raro efetuando intimações com questionamentos sobre o período e o tributo fiscalizado, e até circularizações.

Na hipótese de crédito fiscal, o contribuinte realiza o seu pedido eletronicamente, não tendo sequer a oportunidade de corrigi-lo após expedido o seu pleito pela internet, recebendo, em contrapartida, todo o rigor da Administração, seja no cruzamento eletrônico de informações, seja na própria análise do crédito, realizada com grande peso de conservadorismo, não havendo espaço para o contribuinte se manifestar anteriormente à decisão sobre o deferimento ou não do crédito.

Ou seja, o contribuinte inicia o contencioso, de antemão, com uma resposta negativa ou parcialmente positiva do Fisco, tendo que juntar toda a sorte de documentos para demonstrar o seu crédito no

prazo de 30 dias — diversamente da Fazenda que possui um prazo bem largo para realizar a fiscalização — tomando ciência, por vezes na própria Decisão, que cometeu apenas um equívoco formal, e. g., deixou de retificar a sua DCTF para documentar o crédito pleiteado.

Nesses casos, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento, analisando a Manifestação de Inconformidade, muitas vezes, não reconhece a DCTF retificadora e mantém a negativa do Despacho Decisório, sob o fundamento de que quando do pleito do direito creditório formulado pelo contribuinte, o crédito em questão não estava devidamente documentado.

Veja-se, pois, que o recebimento de um crédito legítimo perante o Fisco não constitui matéria singela ao contribuinte que, por sua vez, acaba tendo que ingressar com Recurso da Decisão de 1ª Instância a ser levado para a apreciação do CARF.

Felizmente o CARF tem majoritariamente se posicionado no sentido de que o crédito do contribuinte não está condicionado à apresentação da DCTF, mas sim de prova de sua verdadeira existência, conforme ilustram as ementas abaixo transcritas:

#### Ementa

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS Período de apuração: 01/03/2006 a 30/03/2006 REPETIÇÃO DE INDÉBITO. RETIFICAÇÃO DE DCTF. PROVA DO INDÉBITO. O direito à repetição de indébito não está condicionado à prévia retificação de DCTF que contenha erro material. A DCTF (retificadora ou original) não faz prova de liquidez e certeza do crédito a restituir. Na apuração da liquidez e certeza do crédito pleiteado, deve-se apreciar as provas trazidas pelo contribuinte. Recurso Voluntário Parcialmente Provido. Nº Acórdão 3302-002.357

#### Ementa

Assunto: Contribuição para o PIS/PASEP Data do fato gerador: 14/11/2006 PER/DCOMP. RETIFICAÇÃO DA DCTF. DESPACHO DECISÓRIO. APRESENTAÇÃO DA PROVA DO CRÉDITO APÓS A DECISÃO DA DRJ. HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 16, § 4º, C, DO DECRETO Nº 70.235/1972. POSSIBILIDADE. A prova do crédito tributário indébito, quando destinada a contrapor razões

posteriormente trazidas aos autos, pode ser apresentada após a decisão da DRJ, por força do princípio da verdade material e do disposto no art. 16, § 4º, c, do Decreto nº 70.235/1972. Se a prova é insuficiente, inviável a homologação da compensação. Recurso Voluntário Negado Direito Creditório Não Reconhecido. Nº Acórdão 3802-003.650

No entanto, o mesmo CARF tem reafirmado a necessidade, em determinados casos, da presença de DCTF retificadora, se posicionando no sentido de que a Autoridade Fazendária não pode deixar de apreciá-la:

**Ementa**

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS Data do fato gerador: 31/03/2003 PEDIDO DE RESSARCIMENTO. PIS. ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO A MAIOR EM RAZÃO DE PREENCHIMENTO INCORRETO DA DCTF. FALTA DE RETIFICAÇÃO DA DCTF. CRÉDITO NEGADO. Deve ser indeferido o pedido de ressarcimento fundado em pagamento a maior em razão de erro no preenchimento da DCTF quando não é apresentada a DCTF retificadora que corrige o erro alegado. Nº Acórdão 3401-002.532

**Ementa**

Assunto: Processo Administrativo Fiscal Período de apuração: 01/02/2004 a 28/02/2004 ERRO FORMAL - PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL - PREVALÊNCIA. Embora a DCTF seja o documento válido para constituir o crédito tributário, o ordenamento jurídico permite sua retificação, razão pela qual as DCTFs retificadas não podem ser simplesmente ignoradas pelas autoridades fazendárias por prevalência do princípio da verdade material. Acatados os indícios, caberá ao contribuinte demonstrar que as informações constantes na DCTF retificada estão erradas, com a apresentação da documentação suporte necessária. Recurso Voluntário Parcialmente Deferido. Nº Acórdão 3302-002.378

Tais julgamentos, que demonstram uma certa flexibilidade do Órgão Julgador de 2ª Instância a corrigir injustiças demonstram, de um lado, a sensibilidade do CARF para os casos de pleito creditório em



que o ônus da prova cabe ao contribuinte e, de outro, a complexidade do processo administrativo fiscal quando se está tratando de valor a ser compensado, ressarcido ou restituído ao contribuinte.

E essa complexidade, indubitavelmente, resulta em aumento da litigiosidade, fazendo crescer o trabalho burocrático da Fazenda Nacional na análise dos pleitos creditórios e na demora prolongada para que o contribuinte, detentor de um crédito legítimo, obtenha a satisfação de seu direito.

Por essas razões que venho defendendo a alteração do processo administrativo fiscal para os casos de direito creditório, de modo que o contribuinte, antes da decisão de primeira instância, seja intimado para corrigir o seu pedido, e. g., retificar a DCTF ou apresentar justificativa documental de seu direito, reduzindo-se, assim, o contencioso administrativo e o tempo para a resposta do crédito.

É interessante notar que o próprio Judiciário tem se sensibilizado com a oposição injustificada ao crédito pelo Fisco decidindo, a título exemplificativo, pela incidência da taxa SELIC sobre crédito presumido de IPI, historicamente tido como um crédito escritural, se verificar demora injustificada no ressarcimento ao contribuinte, conforme verificado na ementa do Recurso Especial 993164/MG, abaixo reproduzida:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO PARA RESSARCIMENTO DO VALOR DO PIS/PASEP E DA COFINS. EMPRESAS PRODUTORAS E EXPORTADORAS DE MERCADORIAS NACIONAIS. LEI 9.363/96. INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF 23/97. CONDICIONAMENTO DO INCENTIVO FISCAL AOS INSUMOS ADQUIRIDOS DE FORNECEDORES SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO PELO PIS E PELA COFINS. EXORBITÂNCIA DOS LIMITES IMPOSTOS PELA LEI ORDINÁRIA. SÚMULA VINCULANTE 10/STF. OBSERVÂNCIA. INSTRUÇÃO NORMATIVA (ATO NORMATIVO SECUNDÁRIO). CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÉDITO POSTERGADO PELO FISCO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRÉDITO ESCRITURAL. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA.



1. O crédito presumido de IPI, instituído pela Lei 9.363/96, não poderia ter sua aplicação restringida por força da Instrução Normativa SRF 23/97, ato normativo secundário, que não pode inovar no ordenamento jurídico, subordinando-se aos limites do texto legal.

2. A Lei 9.363/96 instituiu crédito presumido de IPI para ressarcimento do valor do PIS/PASEP e COFINS, ao dispor que:

“Art. 1º A empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais fará jus a crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados, como ressarcimento das contribuições de que tratam as Leis Complementares nos 7, de 7 de setembro de 1970, 8, de 3 de dezembro de 1970, e de dezembro de 1991, incidentes sobre as respectivas aquisições, no mercado interno, de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, para utilização no processo produtivo.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, nos casos de venda a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação para o exterior.”

3. O artigo 6º, do aludido diploma legal, determina, ainda, que “o Ministro de Estado da Fazenda expedirá as instruções necessárias ao cumprimento do disposto nesta Lei, inclusive quanto aos requisitos e periodicidade para apuração e para fruição do crédito presumido e respectivo ressarcimento, à definição de receita de exportação e aos documentos fiscais comprobatórios dos lançamentos, a esse título, efetuados pelo produtor exportador”.

4. O Ministro de Estado da Fazenda, no uso de suas atribuições, expediu a Portaria 38/97, dispondo sobre o cálculo e a utilização do crédito presumido instituído pela Lei 9.363/96 e autorizando o Secretário da Receita Federal a expedir normas complementares necessárias à implementação da aludida portaria (artigo 12).

5. Nesse segmento, o Secretário da Receita Federal expediu a Instrução Normativa 23/97 (revogada, sem interrupção de sua força normativa, pela Instrução Normativa 313/2003, também revogada, nos mesmos termos, pela Instrução Normativa 419/2004), assim preceituando:

“Art. 2º Fará jus ao crédito presumido a que se refere o artigo anterior a empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais.

§ 1º O direito ao crédito presumido aplica-se inclusive:

I - Quando o produto fabricado goze do benefício da alíquota zero;

II - nas vendas a empresa comercial exportadora, com o fim específico de exportação.

§ 2º O crédito presumido relativo a produtos oriundos da atividade rural, conforme definida no art. 2º da Lei nº 8.023, de 12 de abril de 1990, utilizados como matéria-prima, produto intermediário ou embalagem, na produção bens exportados, será calculado, exclusivamente, em relação às aquisições, efetuadas de pessoas jurídicas, sujeitas às contribuições PIS/PASEP e COFINS.”

6. Com efeito, o § 2º, do artigo 2º, da Instrução Normativa SRF 23/97, restringiu a dedução do crédito presumido do IPI (instituído pela Lei 9.363/96), no que concerne às empresas produtoras e exportadoras de produtos oriundos de atividade rural, às aquisições, no mercado interno, efetuadas de pessoas jurídicas sujeitas às contribuições destinadas ao PIS/PASEP e à COFINS.

7. Como de sabença, a validade das instruções normativas (atos normativos secundários) pressupõe a estrita observância dos limites impostos pelos atos normativos primários a que se subordinam (leis, tratados, convenções internacionais, etc.), sendo certo que, se vierem a positivizar em seu texto uma exegese que possa irromper a hierarquia normativa sobrejacente, viciar-se-ão de ilegalidade e não de inconstitucionalidade (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 531 AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 11.12.1991, DJ 03.04.1992; e ADI 365 AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07.11.1990, DJ 15.03.1991).

8. Consequentemente, sobressai a “ilegalidade” da instrução normativa que extrapolou os limites impostos pela Lei 9.363/96, ao excluir, da base de cálculo do benefício do crédito presumido do IPI, as aquisições (relativamente aos produtos oriundos de atividade rural) de matéria-prima e de insumos de fornecedores não sujeito à tributação pelo PIS/PASEP e pela COFINS (Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 849287/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19.08.2010, DJe 28.09.2010; AgRg no REsp 913433/ES, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04.06.2009, DJe 25.06.2009; REsp 1109034/PR, Rel. Ministro Benedi-

to Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16.04.2009, DJe 06.05.2009; REsp 1008021/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01.04.2008, DJe 11.04.2008; REsp 767.617/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 15.02.2007; REsp 617733/CE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.08.2006, DJ 24.08.2006; e REsp 586392/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.10.2004, DJ 06.12.2004).

9. É que: (i) “a COFINS e o PIS oneram em cascata o produto rural e, por isso, estão embutidos no valor do produto final adquirido pelo produtor-exportador, mesmo não havendo incidência na sua última aquisição”; (ii) “o Decreto 2.367/98 - Regulamento do IPI -, posterior à Lei 9.363/96, não fez restrição às aquisições de produtos rurais”; e (iii) “a base de cálculo do ressarcimento é o valor total das aquisições dos insumos utilizados no processo produtivo (art. 2º), sem condicionantes” (REsp 586392/RN).

10. A Súmula Vinculante 10/STF cristalizou o entendimento de que:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

11. Entrementes, é certo que a exigência de observância à cláusula de reserva de plenário não abrange os atos normativos secundários do Poder Público, uma vez não estabelecido confronto direto com a Constituição, razão pela qual inaplicável a Súmula Vinculante 10/STF à espécie.

12. A oposição constante de ato estatal, administrativo ou normativo, impedindo a utilização do direito de crédito de IPI (decorrente da aplicação do princípio constitucional da não-cumulatividade), descaracteriza referido crédito como escritural (assim considerado aquele oportunamente lançado pelo contribuinte em sua escrita contábil), exurgindo legítima a incidência de correção monetária, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco (Aplicação analógica do precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1035847/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 24.06.2009, DJe 03.08.2009).

13. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a juris-

prudência do STJ) autoriza a aplicação da Taxa SELIC (a partir de janeiro de 1996) na correção monetária dos créditos extemporaneamente aproveitados por óbice do Fisco (REsp 1150188/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.04.2010, DJe 03.05.2010).

14. Outrossim, a apontada ofensa ao artigo 535, do CPC, não restou configurada, uma vez que o acórdão recorrido pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.

15. Recurso especial da empresa provido para reconhecer a incidência de correção monetária e a aplicação da Taxa Selic.

16. Recurso especial da Fazenda Nacional desprovido.

17. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (negritos nossos)

Dessa forma, o contribuinte e a Fazenda Nacional assumem posições totalmente distintas quanto ao ônus da prova em processos administrativos decorrentes de autuações lavradas e processos que versam sobre direito creditório do próprio contribuinte, em que ele deve estar atento não apenas ao reflexo de seu crédito em seus documentos fiscais, como também sobre a possibilidade de demonstração de seu direito no prazo de 30 (trinta) dias após a ciência da decisão a respeito de seu pedido eletrônico.

Há que se ter em mente que, quando se tratar de auto de infração, a Autoridade Fazendária tem o poder-dever de descrever pormenorizadamente os motivos que levaram a autuação, cabendo a ela o ônus de demonstrar o cometimento do ilícito tributário pelo contribuinte, a ser devidamente enquadrado em tipo legal, oferecendo, em seguida, a oportunidade de defesa, pelo contribuinte.

Sob outro prisma, tratando-se de pedido de crédito formulado pelo contribuinte, em que o pleito é realizado eletronicamente, ao contribuinte cabe o ônus de fazer prova de seu direito creditório, cabendo-lhe não apenas documentar o seu crédito em sua escrita contábil e fiscal, preferencialmente, como fazer prova da realidade de seu crédito mediante documentação competente.

## **2 A DISCUSSÃO FÁTICA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. A VERDADE MATERIAL. LIMITES.**

Se no processo judicial a discussão<sup>1</sup> pode ser de direito e de fato ou de direito e fato concomitantemente, o processo administrativo se caracteriza por uma discussão eminentemente fática, fundada em provas concretas, determinadas ou determináveis, enquadradas no mundo dos Direitos.

A própria forma como a discussão se desenrola é determinante para a caracterização fática da discussão administrativa, pois a autoridade fazendária, como dito anteriormente, deve se cercar de todas as provas necessárias ao lançamento, em estrita observância à legislação, ao passo que o contribuinte, ao formular pedido de compensação, restituição e ressarcimento, deve ter em mãos prova pré-constituída de seu crédito ou, conforme o caso, início de prova que demonstre o seu direito.

É exatamente por essa razão, da maneira como surge, se desenvolve e termina o contencioso administrativo, que assume lugar o denominado princípio da verdade material, que norteia o processo administrativo e assume condição finalística, revelando um objetivo a ser seguido pelas partes e pelos julgadores, traduzido no conjunto probatório existente nos autos.

A aclamada verdade material, que acaba por assumir até um ar romântico, idealístico, revela-se, em verdade, com extrema singeleza, pois tem suas raízes fincadas na fria realidade dos fatos constantes no processo.

A respeito do princípio da verdade material, Sérgio André Rocha (2010, p. 174-175) assim se manifestou:

“Dessa forma, o princípio da verdade material, corolário da própria imposição da legalidade dos atos administrativos, determina uma tripla exigência: a) que se demonstre, com

<sup>1</sup> Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia (art. 319).

maior grau de verossimilhança possível, a veracidade dos fatos alegados no âmbito do processo; b) limitando-se as situações que se presumem a ocorrência dos fatos relevantes; c) sendo deferido às partes o direito de produzir as provas necessárias para bem demonstrar a procedência de suas alegações.

É exatamente no contexto dessa tripla vertente que a verdade material se vincula ao princípio da legalidade, na medida em que tem por finalidade garantir que a Administração Pública envidará esforços para demonstrar a ocorrência dos fatos tributáveis, somente podendo promover a incidência da regra jurídica caso formada a convicção quanto à ocorrência de sua hipótese.”

O citado autor vai, portanto, mais além, abarcando dentre o princípio da verdade material o direito da parte produzir as provas para demonstrar a procedência de suas alegações, direito este que decorre, na realidade, do contraditório e da ampla defesa, garantias constitucionais.

Penso que a verdade material, sujeita naturalmente ao devido processo legal, traduz-se no conjunto fático-probatório a ser buscado nos autos do processo e constante no processo administrativo, de maneira a evidenciar, com maior precisão possível, a realidade de uma dada situação constante nesse mesmo processo, de maneira que a decisão final seja a mais justa.

A verdade material, portanto, não tem o condão de modificar o ônus da prova do Fisco e sequer do contribuinte, pois esse ônus decorre do próprio direito creditório pleiteado, mas ela constitui uma bússola a ser seguida pelas partes e pelo próprio julgador quanto à certeza dos fatos discutidos no processo.

Isso significa dizer que a verdade material se assenta justamente sobre o ônus da prova das partes, atuando sobre as provas produzidas no processo, a serem devidamente sopesadas pelo julgador, de maneira que sua decisão seja possivelmente a mais próxima da realidade.

Mas que realidade?

A realidade das provas produzidas no processo. E nesse sentido tem o julgador o dever de analisar as provas de ambas as partes e, não estando devidamente satisfeito, ordenar a realização de diligências ou intimar o contribuinte ou Fisco para acostar aos autos eventual justi-

ficativa sobre determinada situação controversa que seja importante para o deslinde da questão.

É justamente a verdade material que autoriza o julgador a reconhecer, por exemplo, a retificação de DCTF após ciência de despacho decisório ou a própria existência de um direito creditório, não o condicionando ao rigor do formalismo previsto pelo Fisco, ou ainda a admissão de documento relevante não apresentado originalmente, conforme o caso:

**Ementa**

Assunto: Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR Exercício: 2005 ITR. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. EXERCÍCIO POSTERIOR A 2001. COMPROVAÇÃO VIA ADA INTEMPESTIVO. VALIDADE. PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL. HIPÓTESE DE ISENÇÃO. Tratando-se de área de preservação permanente, devidamente comprovada mediante documentação hábil e idônea, notadamente Ato Declaratório Ambiental - ADA, ainda que apresentado/protocolizado intempestivamente, impõe-se o reconhecimento de aludida área, glosada pela fiscalização, para efeito de cálculo do imposto a pagar, em observância ao princípio da verdade material. ATO DECLARATÓRIO AMBIENTAL. TEMPESTIVIDADE. INEXIGÊNCIA NA LEGISLAÇÃO HODIERNA. APLICAÇÃO RETROATIVA. Inexistindo na Lei nº 10.165/2000, que alterou o artigo 17-O da Lei nº 6.938/81, exigência à observância de qualquer prazo para requerimento do ADA, não se pode cogitar em impor como condição à isenção sob análise a data de sua requisição/apresentação, sobretudo quando se constata que fora requerido anteriormente ao início da ação fiscal. Recurso especial negado. Nº Acórdão 9202-003.351

**Ementa**

Assunto: Processo Administrativo Fiscal Período de apuração: 01/02/2003 a 28/02/2003 RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO. GLOSA NAS RETENÇÕES POR ÓRGÃOS PÚBLICOS. PRECLUSÃO DA PROVA. VERDADE MATERIAL. O processo administrativo é informado pelo princípio da verdade material. Deve este prevalecer e admitida a prova documental, já demonstrada contabilmente, quando sopesado com a regra da preclusão da prova, ainda



que apresentada na segunda instância. Nº Acórdão 3803-000.268.

Ementa

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL  
Ano-calendário: 1998 DIVERGÊNCIA ENTRE DADOS CONSTANTES DA DCTF E DIPJ. FATOS OCORRIDOS ANTERIORMENTE A 31/10/2003 (Lei nº 10.833/2003).  
Constatado através da documentação carreada aos autos a ocorrência de erro na confecção da DCTF, estando os valores que expressariam a verdade material declarados na DIPJ e não na DCTF, enseja o improvimento do recurso de ofício. Nº Acórdão 1101-001.107

Isso porque, em nosso pensar, a verdade material atua sobre a conduta das partes e do julgador na produção e na análise da prova no processo e, por essa razão, naturalmente que ela, verdade material, não modifica os prazos processuais constantes na legislação a serem respeitados pelas partes, mas admite em certo abrandamento finalístico quanto à relevância da prova.

Na realidade, a palavra mais adequada não seria verdadeiramente “abrandamento”, sujeita ao livre arbítrio do julgador e, portanto, capaz de produzir distorções, mas sim a necessidade que as partes e o julgador assumam a mesma postura em todos os processos, privilegiando o conteúdo à forma, a realidade ante a aparência da prova.

Não se trata, pois, de ato discricionário da parte ou do próprio julgador, mas antes uma responsabilidade, um dever perante a relevância do direito discutido no processo, que requer uma análise objetiva quanto ao pleito, mais próxima do próprio direito, que deve ser naturalmente legítimo, fundamentado legalmente.

Contudo, tendo-se em conta que a verdade material atual sobre as provas produzidas no processo e que ela não altera o ônus da prova de nenhuma das partes, seja em processo administrativo decorrente de auto de infração ou de direito creditório do contribuinte, entendo, logicamente, que ela não pode ser utilizada como fundamento para a complementação da prova pelo julgador.

Não! A verdade material não pode, em nenhuma hipótese, ser utilizada como fundamento para uma retificação do auto de infração ou a um equivocado reconhecimento de erro formal cometido pela



autoridade fazendária, a ser refeito por meio de um novo auto de infração.

E muito menos a verdade material pode ser clamada para determinar a complementação de prova essencial não realizada pelo contribuinte, sobretudo no campo de direito creditório por ele pleiteado, em que, como observado anteriormente, é dele o dever de produzir a prova a partir de sua documentação contábil e fiscal.

Por essa razão que propomos esse breve estudo, analisando tanto o ônus da prova do Fisco como o do contribuinte, no âmbito do processo administrativo fiscal, contrapondo o dever de produzir prova ao denominado princípio da verdade material que, em nosso pensar, possui limites claros e deve ser tratado objetivamente, de maneira a não produzir tratamento desigual entre as partes e muito menos injustiça.

E tal se deve porque o processo administrativo é marcado pelo monopólio dos fatos, pois esses fatos, a serem descritos pela autoridade fazendária e que orienta o direito do contribuinte, e que se subsumem à legislação em vigor no País, são essenciais para a solução da controvérsia travada entre a Fazenda e o contribuinte.

### 3 CONCLUSÃO

Ante o exposto, podemos concluir o seguinte:

- a) Em processo administrativo iniciado mediante a lavratura de auto de infração, o ônus da prova quanto aos fatos descritos no auto cabe ao Fisco que, ademais, deve enquadrar a conduta entendida como antijurídica em tipo legal e tipificá-la legalmente, ofertando ao contribuinte o direito ao devido processo legal;
- b) Em processo administrativo que tem por objeto crédito pleiteado pelo contribuinte é dele o ônus da prova quanto à existência e materialidade do direito pleiteado, cabendo-lhe não apenas refletir em sua escrita contábil e fiscal o seu direito creditório, como juntar documentos que demonstram o seu direito como forma de provar a sua pretensão;
- c) O processo administrativo que versa sobre direito creditório do contribuinte tem suas particularidades, visto que o pleito

é realizado eletronicamente, sendo que da negativa de seu direito ou reconhecimento parcial inicia-se potencialmente o contencioso administrativo, tomando o contribuinte ciência de eventuais equívocos, ainda que meramente formais, por ele cometidos;

- d) O CARF tem se sensibilizado quanto ao direito creditório do contribuinte, não o condicionando à anterior apresentação de documento fiscal, mas exigindo, por vezes, a retificação de tal documento para a concessão do crédito, conforme o caso concreto;
- e) A verdade material atua sobre as provas produzidas no processo, determinando a postura das partes e do julgador, constituindo um dever na análise das provas, de maneira a se privilegiar o conteúdo à forma, a realidade ante a aparência por detrás do formalismo processual;
- f) A verdade material, contudo, não tem o condão de modificar regras processuais ou de alterar o ônus da prova das partes, não podendo ser utilizada como fundamento a complementação de auto de infração ou de prova não realizada pelo contribuinte.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**. Brasília, 27 out. 1966.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 17 jan. 1973.

ROCHA, Sérgio André. **Processo Administrativo Fiscal**: controle administrativo do lançamento tributário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.







**Direito e Saúde  
2014**

## **CONHECENDO O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

*Maria Helena Mendonça\**



\*

*Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialização em Direito do Trabalho, Previdenciário e Sindical. Assessora Jurídica da Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde - Fenaess.*

## **A ASSISTÊNCIA À SAÚDE É LIVRE À INICIATIVA PRIVADA. ARTIGO 199 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

### **INTRODUÇÃO**

Vários anos se passaram da nossa primeira edição e as empresas privadas, lucrativas ou não, que compõem os prestadores de serviços de saúde da rede complementar, conforme previsão constitucional, continuam sendo o sustentáculo do Sistema Único de Saúde. Nunca complementar, e sim essencial.

Nada mudou. Sequer a forma com são tratados pela administração pública, em quaisquer de suas esferas.

Esta segunda edição nada mais é do que a afirmação daquilo que foi dito na primeira, acrescido do próprio reconhecimento dos órgãos da gestão nacional daquilo que era mais que previsível quando da edição da NOB-SUS/01/96: a pretendida municipalização/ prefeiturização é uma falácia daqueles ideólogos que não aceitam a presença, a necessidade e a importância da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde. A falência do estado como provedor e executor da assistência à saúde é inegável. É mais caro, mais lento, mais ineficiente e, principalmente sujeito à corrupção. A imprensa livre está aí a demonstrar.

Mas é, antes de tudo, o próprio reconhecimento dos órgãos gestores nacionais que nos recompensam pelos anos de trabalho realizado na defesa dos nossos direitos de uma participação (está bem...! complementar...), mas que deve ser respeitada e tratada de acordo com os princípios constitucionais e legais.

A revisão e atualização da 1ª edição foi iniciada na Cidade do Recife, outubro de 2001 e complementada na Capital da República em 2014.

## CONHECENDO O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

### A SAÚDE NO CONTEXTO NA SEGURIDADE SOCIAL

A iniciativa privada, seja de fins lucrativos ou filantrópicos, tem sido, ao longo dos anos, parceira importante e imprescindível dos governos para que estes cumpram o seu papel de garantir a todos o acesso às ações e serviços de saúde.

Mesmo antes da Constituição de 1988 a construção de uma pretendida revolucionária política de saúde, vinha se fazendo na direção do hoje dispositivo constitucional: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196) .

A ideia de garantir ao cidadão o direito de atenção à sua saúde, independente de qualquer retribuição direta ou específica, vinha sendo perseguida desde a VII Conferência Nacional de Saúde, sob o argumento de que

“A saúde é um direito fundamental do ser humano e não uma contraprestação de serviços devida pelo Poder Público ao contribuinte do sistema de seguridade social. Daí o acesso à assistência ser universal e igualitário, pois enquanto direito humano fundamental não pode haver condicionantes para o seu exercício.” (CARVALHO; SANTOS, 1992, p. 61).

Contudo, foi a Constituição de 1988 que mudou completamente a conceituação jurídica da saúde que, da anterior enumeração de direito do cidadão, apenas como assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva (Constituição de 1967, art. 165, XV), passou a constituir-se em direito humano fundamental e abrangente, como expresso no supracitado art. 196. E não somente a saúde teve este tratamento diretamente oposto aos textos anteriores. O próprio conceito de seguridade social foi, também, alterado.

Segundo o artigo 194 da Constituição “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Pú-

blicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Esta expressão, segundo Celso Barroso Leite (1992, art. 193/194, p. 3), foi usada pela primeira vez em texto constitucional brasileiro e traduz o acrescido conteúdo da moderna política de proteção social.

A busca da proteção social, todavia, sempre acompanhou o homem em seu trajeto pela história. A condição de abandono desperta uma preocupação nos seus semelhantes. Os seres animados, por força do próprio nascimento ou das circunstâncias que cercam seu desenvolvimento, vivem agrupados, organizando-se, dividindo funções e tarefas, num vínculo de solidariedade que visa proteger o próprio grupamento.

“O grupo não se omite em face de seus membros. Em quase todos eles existem formas veladas de proteção, como cooperativas de consumo e seguro em grupo, ou explícitas, por meios de órgãos assistenciais e caixas beneficentes, que procuram socorrer os seus associados nos momentos difíceis que atravessam, ou se abatidos por alguma moléstia que os incapacite” (CASTELLO BRANCO, 1975, p. 11.)

Sem dúvida a ideia da proteção mútua, que anima o conceito de seguridade social, não representa somente o espírito de solidariedade humana, mas também e principalmente o “animus” de segurança própria pois, na medida em que o homem se sente desprotegido pela sociedade, ele se volta contra ela.

As questões da seguridade social certamente envolvem um amplo e profundo estudo, que também certamente não cabe neste despretensioso trabalho.

Para podermos entender, entretanto, a ideia fundamental do Sistema Único de Saúde como proposta de ampla solidariedade é preciso ter em mente que a saúde, antes no capítulo da assistência social, passou a ser um dos tripés da SEGURIDADE SOCIAL como direito autônomo, mas sem deixar de fundamentar-se nos conceitos históricos que embasam a assistência social, como resposta do Estado ao desafio de eliminar as desigualdades, a pobreza e a marginalização



de determinados grupos de pessoas. Por isso passou a independer de contribuição.

É equivocado associar o direito à saúde, mesmo associado ao conceito de assistência social, com a necessidade de caridade. Peter Drucker (1999, p. 127-128), nos dá bem a medida dessa visão do setor social:

“As necessidades irão crescer em duas áreas. Em primeiro lugar, elas irão crescer naquilo que tradicionalmente tem sido considerado caridade: ajudar os pobres, os incapacitados, os desamparados, as vítimas. E elas irão crescer, ainda mais rápido, com respeito a serviços que visam mudar a comunidade e mudar as pessoas.

Em período de transição, sempre cresce o número de refugiados em todo o mundo, vítimas de guerras e sublevações sociais, de perseguições raciais, étnicas, políticas e religiosas, de governos incompetentes ou cruéis. Mesmo nas sociedades mais acomodadas e estáveis, as pessoas serão deixadas para trás na passagem para o trabalho do conhecimento. São necessárias uma ou duas gerações para que uma sociedade e sua população se habituem às mudanças radicais na composição da força de trabalho e nas demandas por aptidões e conhecimento. Levará algum tempo - a maior parte de uma geração, a se julgar pela experiência histórica- até que a produtividade dos trabalhadores sem serviços seja elevada o suficiente para que eles tenham um padrão de vida de “classe média”.

As necessidades crescerão igualmente talvez até mais depressa na segunda área de serviços sociais, dos serviços que não ministram caridade, mas procuram atuar sobre a comunidade e mudar as pessoas. Esses serviços eram praticamente desconhecidos antigamente, enquanto a caridade está conosco há milênios. Mas eles cresceram muito nos últimos cem anos, especialmente nos Estados Unidos.

Estes serviços serão muito mais necessários nas próximas décadas.

Uma razão para isso é o rápido aumento do número de idosos em todos os países desenvolvidos, a maioria dos quais vive e quer viver só.

Uma segunda razão é a crescente sofisticação dos serviços médicos e de saúde, exigindo pesquisa e educa-

ção especializadas e mais e mais instalações médicas e hospitalares. Além disso há a necessidade crescente de educação permanente de adultos e crianças pelo número cada vez maior de famílias com um só genitor. O setor de serviços comunitários será, provavelmente, um dos verdadeiros, “setores de crescimento” das economias desenvolvidas, ao passo que a necessidade por caridade irá declinar”.

Mais além, refere-se com propriedade sobre o fracasso do “Estado ama-seca”, isto é, da tentativa de fazer o governo dirigir e gerenciar os serviços sociais, enfatizando que a primeira conclusão lógica a ser tirada desse fracasso do “Estado ama-seca” é a de que ele deve deixar de ser um executor e gerente na esfera social e limitar-se a definir a política.

A atenção à saúde, considerando e abrangendo todos os aspectos de qualidade de vida e não somente a cura de doenças ou o socorro imediato a determinado agravo, constitui-se, então num conjunto de serviços que visam atender as atuais necessidades da população, distanciada que foi das ações de “caridade”.

Portanto, podemos concluir que, ao contrário do que pregam alguns dos ideólogos do SUS, a iniciativa privada tem e continuará a ter presença relevante no caminho desta nova visão social do Estado e da sociedade.

## **PAPEL DA INICIATIVA PRIVADA**

Cumprir essa nova função, no âmbito da saúde, como direito de todos e dever do Estado, evidenciou a necessidade de uma nova visão do papel dos governantes e da própria presença dos governos, ante as características, até então marcantes, de ineficiência e desperdício nos serviços de saúde públicos.

Para que o SUS pudesse realmente constituir-se em sistema universal e equitativo, sob a gestão do Estado (conforme quer a Constituição Federal, art. 198), essas características do atual serviço público precisavam ter sido equacionadas, ao lado da valorização da parceria com o setor privado que vem, ao longo dos anos, sustentando o “dever “do Estado.

Interessante ressaltar que, mesmo sendo inegável a necessidade da presença da iniciativa privada na área da saúde (por ser mais eficiente, estar mais capacitada e estar presente em todo o território nacional), não tem sido esta a postura dos governos (anteriores e atual), principalmente na área da própria administração do setor, isto é, o Ministério da Saúde.

Vale lembrar, como referência importante, a realização, em agosto de 1993, da Oficina de Trabalho sobre Questões Jurídicas (questões estas ainda não inteiramente equacionadas) envolvendo o Sistema Único de Saúde e sua realização plena, dentro da legislação vigente. Até àquele evento predominava o entendimento, dentro do Ministério da Saúde, interessado em descentralizar a qualquer preço as ações e serviços de saúde dentro de um enfoque totalmente estatizante, de que o Sistema Único de Saúde abrangia, indistintamente, o setor público e o privado, podendo os seus gestores ditar normas, impor condições, limitar a ação e a atuação dos estabelecimentos privados, enfim, que o SUS (sua filosofia, sua conceituação e sua organização) estavam acima dos demais preceitos constitucionais, por se tratar de um direito de cidadania.

A participação, então, de eminentes juristas, principalmente constitucionalistas e especialistas em direito administrativo, motivaram as mais diversas questões, notadamente no tocante ao papel da iniciativa privada não integrante do sistema. A visão dos que se manifestaram, no sentido da total interferência e controle do Estado nos serviços privados lucrativos e não lucrativos, que não desejarem participar do SUS, foi claramente contestada pelos expositores, referindo-se sempre à necessidade de outra legislação (e não a Lei 8.080/90) para disciplinar as relações do Estado com a iniciativa privada não participante do SUS. Penso que muitos, ao lerem ou rerearem estas afirmações, possam contestá-las no que tange a sua aplicabilidade nos dias de hoje; contudo, para uma operadora do Direito relacionado à SAÚDE os avanços, se houveram, foram pouco ou nada significativos, quanto ao tratamento dado à participação complementar da iniciativa privada.

Assim manifestou-se o Dr. Carlos Ari Sundfeld - Professor de Direito Administrativo e Fundamentos de Direito Público, da PUC/São Paulo, sobre a iniciativa privada e sua liberdade de ação, sendo que

qualquer forma de controle somente poderia vir da lei (a *transcrição das fitas foi feita pela Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Saúde, promotor do evento*):

“Aquele que venha a disciplinar as atividades dos serviços privados de saúde não conveniados e não contratados com o Estado. Se o Estado pretende intervir em entidades do gênero, se pretende impor sanções, desde a multa até o fechamento, se pretende impor padrões de conduta, enfim, se pretende fiscalizá-lo e controlá-lo, depende da edição de uma lei, onde se estabeleçam os deveres, as obrigações das entidades. Para se regular as relações entre o Estado e os prestadores de serviços, aqueles que são contratados por ele, não se depende de lei para esse fim porque já existe previsão nesse sentido, quer na Constituição, quer na lei, sua possibilidade de fazer. E os particulares contratam com a administração pública, nos termos das normas que a administração pública, observando a Constituição e observando as leis, no que ela estabelecer. Se não quiser participar do Sistema com a observância dessas normas fixadas por ato administrativo, não o fará. É livre para não fazê-lo”.

Foi este um momento particularmente significativo para escoimar, totalmente, as principais dúvidas quanto ao papel da iniciativa privada não contratada e não conveniada com o SUS. Ficou bem claro que a normatividade do Poder Público somente alcança as condições para o funcionamento dos serviços privados, restrito aos quesitos para a edificação, instalação e abertura de um serviço de saúde. Isto está, também, muito claro no artigo 22 da Lei Orgânica de Saúde - Lei 8.080/90:

“Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde - SUS - quanto às condições para o seu funcionamento.”

Assim que a LOS separou e tratou de forma diferente os serviços participantes e os não participantes do SUS. E não poderia ser de outra maneira, uma vez que a saúde é livre à iniciativa privada (art.

199 CF), sendo a iniciativa privada um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV CF) e podendo, se assim o desejar, participar do Sistema, mediante as regras objetivas do contrato de direito administrativo (art. 199, I.º).

## O CONTRATO DE DIREITO PÚBLICO

Esta impossibilidade de qualquer tipo de intervenção do Estado (gestor do SUS), nas empresas de serviços de saúde não participantes do Sistema garante, também a liberdade da empresa de querer ou não ser contratada ou conveniada com o mesmo Sistema, não estando pois, obrigada a quaisquer dos seus objetivos ou responsabilidades perante o cidadão usuário.

Por outro lado, quando a empresa privada desejar participar do Sistema, como contratada ou conveniada, poderá fazê-lo mediante o contrato de direito público, o chamado contrato administrativo.

Também a este respeito, muitos equívocos tem-se verificado. Vamos a algumas explicações necessárias.

O art. 37, da Constituição, assim disciplina:

“A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade 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”.

A meridiana objetividade deste texto, conjugado com o que dispõe o parágrafo único do art. 199 da mesma Constituição evidencia que as regras da participação complementar da iniciativa privada no

SUS também não podem ficar ao arbítrio do contratante, no caso o gestor, poder público, seja a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município. As regras da contratação estão previstas na Lei nº 8.666/93.

A ideia geral sobre contrato, segundo Hely Lopes Meirelles (1990, p. 194) é:

“Todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos”, enquanto que “Contrato Administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.

Contudo, tanto um como o outro sujeitam-se à lei. O primeiro tem suas regras básicas no Código Civil, o segundo na Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

O contrato administrativo é sempre **consensual** - acordo de vontades -, **formal** - necessariamente por instrumento -, **oneroso** - implica em retribuição -, **comutativo** - estabelece compensações recíprocas e equivalentes para as partes - e, finalmente, é realizado “**intuitu personae**”, isto é, deve ser executado pelo próprio contratado (ou por sua conta e risco, nos casos em que o próprio contrato permite).

Portanto, a principal e maior característica é “obediência à forma prescrita em lei”. Não somente em benefício do interessado, como da própria administração pública.

## CLÁUSULAS EXORBITANTES

Disciplina Hely Lopes Meirelles (1990, p. 197): o contrato administrativo tem peculiaridades que lhe são próprias e que constituem a sua característica essencial, consubstanciada na participação da Administração com supremacia de poder. São as chamadas cláusulas exorbitantes, isto é:

“As vantagens que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou

ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares”.

Está certo, pois, que ao pretender contratar com a administração, o particular tem que ter em mente a possibilidade de lhe vir a ser exigido determinadas condições de execução, as quais talvez não estivessem presentes num contrato comum de prestação de serviços. Cabe-lhe, conhecendo a pretensão da Administração, aceitar ou não, celebrando ou não o contrato.

Nem se questiona que qualquer cláusula exorbitante somente terá validade uma vez constante do contrato firmado pelas partes. Qualquer exigência posterior somente terá validade com a concordância da outra parte.

A literatura a respeito da matéria costuma enumerar as principais cláusulas exorbitantes, aquelas que se exteriorizam na possibilidade de **alteração e rescisão unilateral do contrato, no equilíbrio econômico e financeiro, na revisão de preços e tarifas, na inoponibilidade da execução do contrato não cumprido e na aplicação de penalidades contratuais.**

A possibilidade de alteração e rescisão unilateral resulta do fato de que nenhum particular, ao contratar com a Administração, adquire direito à imutabilidade do contrato ou à sua execução integral, porque isso significaria submeter o interesse público ao privado.

Tanto um como outro, constituem-se preceitos de ordem pública.

“Resumindo: é a variação do interesse público que autoriza a alteração do contrato e até mesmo a sua extinção, nos casos extremos, em que sua execução se torna inútil ou prejudicial à comunidade, ainda que sem culpa do contratante; o direito deste é restrito à composição dos prejuízos que a alteração ou rescisão unilateral do ajuste lhe acarretar”. (MEIRELLES, 1990, p. 198)

A relação estabelecida inicialmente entre as partes, entre os encargos do contrato e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do contrato, é o que chamamos equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico. Esse equilíbrio deve ser mantido durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha sofrer redução nos lucros normais, inicialmente previstos no empreendimento. Portanto, ao usar unilateralmente o seu direito de alterar as cláusulas do contrato administrativo, a Administração não pode alterar esse equilíbrio, sob pena de ser compelida a restabelecê-lo.

Outra previsão contratual, obrigatória, é o reajustamento de preços, justamente para manter a relação encargo-remuneração, necessária ao equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Caberá às partes, no contrato, elegerem a forma de recomposição ou de reajuste dos preços, sua periodicidade e parâmetros de correção.

Enquanto que nos contratos entre particulares é lícito a qualquer das partes cessar a execução do mesmo (exceção de contrato não cumprido), ao contrato com a Administração tal princípio não se aplica. O particular não pode usar dessa faculdade contra a Administração. Vigora o princípio maior da continuidade do serviço público, que veda a paralisação da execução do contrato mesmo diante da omissão ou atraso do Poder Público no cumprimento das prestações a seu encargo. Diz, ainda o nosso tratadista do Direito Administrativo Meirelles (1990, p. 200):

“Nos contratos administrativos a execução é substituída pela subsequente indenização dos prejuízos suportados pelo particular ou, ainda, pela rescisão por culpa da Administração. O que não admite é a paralisação sumária da execução, pena de inadimplência do particular, contratado, ensejadora da rescisão unilateral”.

Contudo, ressalta, ainda:

“O rigor da inoponibilidade de “*excepcio non adimpleti contractus*” contra a Administração vem sendo atenuado pela doutrina nos casos em que a inadimplência do Poder Público cria para o contratado um encargo “extraordinário e



insuportável”, como por exemplo, o atraso prolongado dos pagamentos, obrigando-o a um verdadeiro financiamento, não previsto, do objeto do contrato”.

Nesse tópico vale a pena ressaltar que tal encargo extraordinário e insuportável pode ser aplicado, no caso do SUS, quando os preços pactuados (tabela unilateralmente fixada) tornam-se defasados, não suportando o custo dos serviços prestados.

Daí a aplicação da “teoria da recomposição extraordinária dos preços e da manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato”.

## **CLÁUSULAS ESSENCIAIS**

Na formalização do contrato administrativo (obrigatoriamente por escrito, não se admitindo ajuste verbal), a lei impõe um elenco de cláusulas chamadas essenciais, sem a presença das quais sua validade poderá ser questionada. São elas:

- as que definam o objeto do contrato e seus elementos característicos;
- as que estabeleçam o regime de execução da obra ou do serviço ou a modalidade do fornecimento, conforme o caso;
- as que fixem o preço, as condições de pagamento e os critérios de reajustamento;
- as que fixem os prazos de início, execução e conclusão ou entrega do objeto, conforme o caso;
- as que indiquem o valor e os recursos para remunerar o contrato;
- as que estabeleçam os casos de rescisão (além daqueles já previstos na lei);
- as que prescrevam as condições de importação, data, taxa de câmbio, quando for o caso.

## **CONVÊNIOS COM AS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS**

A nossa doutrina distingue com precisão o contrato do convênio:

“Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato a parte tem interesses diversos e opostos; no convênio os

partícipes têm interesses comuns, coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por esta razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos". (MEIRELLES, 1990, p. 354-355).

A esse respeito, muito esclarecedor o entendimento de Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos (1992, p. 175-176):

“Como em face do princípio da licitação - não é possível dar preferência a nenhum interessado em celebrar contrato com a Administração Pública, sob pena de se violar a igualdade de participação no processo licitatório, a preferência das entidades filantrópicas e das sem fins lucrativos só pode ser entendida e justificada na hipótese de essas entidades virem a se tornar parceiras do Poder Público, quando, então, com elas celebraria convênio e não contrato. Isto porque, no regime de parceria, os interesses do Poder Público e da entidade filantrópica e da sem fins lucrativos seriam comuns em função de resultados transcendentais.

Não ocorrendo a parceria, devida e previamente regulamentada, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos não gozariam da preferência, concorrendo em igualdade de condições com os demais interessados em celebrar contrato de prestação de serviços com o Poder Público.”

Atualmente o relacionamento com as entidades sem fins lucrativos rege-se pela Portaria nº 3.410 de 30.12.2013 (MS), que estabelece as diretrizes para a contratualização de hospitais no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) em consonância com a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP).

Dela destacamos:

A portaria, como não poderia deixar de ser como instrumento da administração pública, destina-se aos “entes federativos que possuam sob sua gestão hospitais integrantes do SUS:

- públicos com, no mínimo, 50 (cinquenta) leitos operacionais;
- privados com fins lucrativos com, no mínimo 50 (cinquenta) leitos operacionais; e
- privados sem fins lucrativos com, no mínimo, 30(trinta) leitos operacionais, sendo pelo menos 25(vinte e cinco) destinados ao SUS.

Os entes federativos (gestores) formalizarão o instrumento de contratualização.

É destinado aos gestores (em qualquer esfera de governo).

As suas regras estendem-se à contratualização com a rede privada, obedecidas as regras do contrato administrativo.

Em relação à entidade privada sem fins lucrativos, dá ênfase às características legais do “convênio”, quando trata do financiamento dos hospitais.

## O PODER DE ALTERAR O CONTRATO

Todas as situações hoje existentes de alteração unilateral que foram procedidas pelo Ministério da Saúde e, igualmente pelos Estados e Municípios, na gestão do SUS, fosse em decorrência de adequação dos tetos financeiros, fosse em decorrência da preferência pelo serviço público ou das entidades sem fins lucrativos, jamais poderiam ter sido feitas da forma que o foram. A administração, ao acionar essa faculdade discricionária, teria que justificar sua necessidade (razões de interesse público decorrente de fato superveniente...) e, mesmo assim, se **ofendida a equação econômico-financeira da contratação, indenizar o particular.**

“A prerrogativa de alteração unilateral não elimina o dever de indenizar quando seu exercício acarretar prejuízos ao outro contratante. Se o outro contratante já iniciara a execução da prestação, não pode ser reembolsado pelo preço de aquisição de matéria-prima e outras despesas, pura e simplesmente.

Deverá ser indenizado pelas perdas e danos sofridos. Isso significa ressarcimento por todos os custos (inclusive mão de obra) incorridos e pelas perspectivas de lucro que auferiria se a Administração não tivesse promovido a modificação. Idêntico entendimento se aplica quando ocorrer atraso ou recusa de pagamento”. (JUSTEN FILHO, 1993, p. 375).

### MOTIVOS DE RESCISÃO UNILATERAL POR PARTE DO CONTRATADO

- supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras acarretando modificação do valor inicial do contrato, além do limite permitido de 25%, ou outro previsto no próprio contrato;
- suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;
- o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.

Chamamos a atenção para as hipóteses acima referidas, todas elas comumente presentes na relação estabelecida com o SUS, principalmente as que dizem respeito à **supressão** de parte dos serviços contratados (em percentuais superiores ao previsto na lei ou no contrato) e **atraso** no pagamento dos serviços já prestados.

Qualquer alteração do contrato nesse sentido, não justificada pelas razões elencadas também acima, permite ao particular rescindir o contrato ou suspender a execução do mesmo (a opção é do contratado), ressalvada, contudo a obrigação de a Administração indenizar os prejuízos.

Portanto, a suspensão da execução do contrato com o SUS, nas situações em que o gestor incorrer em quaisquer das ilegalidades expressamente referidas na lei ou no contrato é um ato de legítima defesa do contratado, amparado pela Lei 8.666/93.

É bem verdade que alguns autores, como Marçal Justen Filho (1993, p.412), reputa nula a redução dos quantitativos, desde que feita em desconformidade com o limite legal (25%). Justifica dizendo que, uma vez previsto na lei (art. 65, parágrafo segundo) esta possibilidade, em sendo ignorada ou desrespeitada pela Administração, acarreta a nulidade do ato, isto é, é impossível de ser praticado. Caso a Administração venha, futuramente, a considerar excessivos os quantitativos do contrato, somente poderá contentar-se com a redução prevista na lei, ou utilizar-se da regra que autoriza a rescisão unilateral por razões de interesse público, de alta relevância e amplamente justificada. A não ser que o particular, previamente consultado, venha a consentir na redução, renunciando a qualquer indenização. Essa concordância dar-se-á, obrigatoriamente, por escrito.

Quanto ao significativo atraso de pagamento (total ou parcial) dos serviços poderá, aí sim, no entendimento do autor citado, optar o contratado por suspender a execução do contrato ou pleitear a rescisão judicial do mesmo.

“Tendo em vista o princípio da legalidade, não seria cogitável a Administração deixar de saldar os encargos derivados de contrato administrativo. Sob um certo ângulo, essa conduta é mais agressiva ao Estado de Direito do que a prática de ilícito absoluto. A administração apenas pode realizar um contrato após cumprir minuciosas formalidades prévias. A administração avalia, previamente, a necessidade da contratação, apura a existência de recursos orçamentários e programa os desembolsos. Logo, a ausência de recursos efetivos para o pagamento é um contra senso injustificável. Pressupõe, necessariamente, a ofensa à Lei

orçamentária. O “inadimplemento” somente pode chegar a ocorrer se, em algum momento, um agente administrativo tiver descumprido a lei. Mais ainda, o descumprimento à lei ocorreu de modo consciente e planejado, pois os agentes administrativos encontram-se em situação de prever, com antecedência, o desenlace dos fatos.

É destituído de razoabilidade afirmar que o inadimplemento da Administração não acarretaria qualquer consequência. Isso representa negar a eficácia do princípio da legalidade e liberar a Administração para adotar condutas arbitrárias. É incompatível com o Estado de Direito. Além das severas punições aos agentes administrativos responsáveis pela infringência à lei, a Administração está obrigada a reparar estritamente todas as consequências de sua inadimplência” (JUSTEN FILHO, 1993, p.413).

Ocorre, principalmente, pagamento parcial dos serviços prestados, quando a administração, no caso o gestor do SUS, bloqueia ou corta percentual das faturas apresentadas, sob o argumento de que seu teto financeiro foi extrapolado, etc. São questões de absoluta falta de planejamento por parte do administrador, as quais não podem ser debitadas ao prestador de serviços contratado. O gestor tem obrigação legal de efetuar o pagamento dos serviços regularmente prestados, dentro das condições contratuais, sob pena de descumprimento do mesmo, ficando sujeito às sanções da lei e do próprio contrato. É muito importante ressaltar que tais infringências ocorrem com bastante frequência na gestão municipal, principalmente no mês de dezembro, por motivos óbvios.

## EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

No dizer de Marçal Justen Filho (1993, p. 368), “o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo significa a relação (de fato) existente entre o conjunto de encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente”.

A partir do ato convocatório, já se delineia a equação econômico-financeira, que se firma no instante em que o particular tem sua proposta aceita pela Administração. A partir desse momento essa

equação está protegida e assegurada pelo direito. Qualquer ato ou circunstância que venha a alterar esse equilíbrio (sejam vós imputáveis à Administração ou até mesmo a ela estranhos), dará ensejo à recomposição. É importante ressaltar que o ato ou a circunstância que venha a alterar esse equilíbrio, com prejuízo ao particular, tem que ser posterior ao contrato. Se o particular contratou mal e o contrato está dando prejuízo, não há que se falar em recomposição dos preços, por exemplo.

O direito ao restabelecimento do equilíbrio nasce do rompimento do mesmo. Se os encargos forem aumentados ou se tornarem mais onerosos, a situação que existia ao início do contrato estará modificada. Se os preços se tornarem defasados, por não cumprir a Administração a obrigação contratual ou legal de reajustá-los, se o contrato não prevê o índice e a periodicidade de reajuste, deve o particular provocar a Administração para a adoção de providências adequadas.

Interessante notar que a doutrina não admite a alegação de que a margem de lucro prevista inicialmente será capaz de suportar a alteração. Esclarece Marçal Justen Filho (1993, p.371):

“Não é suficiente alegar que o contratado possuiria margens de lucro suficientemente elevadas para arcar com o prejuízo. Nem caberia argumentar que o contratado, em ocasiões anteriores, obteve grandes vantagens em contratações administrativas ou que, diante de eventos semelhantes, não pleiteou recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da contratação. Todos esses argumentos são impertinentes. Se a proposta consignava margem de lucro muito elevada, a Administração poderia tê-la desclassificado por excessiva. Se não o fez e homologou o resultado, reconheceu formalmente a vantajosidade dela. Os eventos passados e atinentes a outras contratações não interferem sobre o contrato afetado pelo desequilíbrio”.

## RECOMPOSIÇÃO EXTRAORDINÁRIA DOS PREÇOS

A teoria da recomposição extraordinária dos preços, também chamada teoria da imprevisão, (DI PIETRO, 2012, p. 291) vem justamente de uma das características do contrato administrativo, que é a sua mutabilidade. Esta característica decorre de determinadas cláusulas

las exorbitantes (não somente daquelas que conferem à Administração o poder de, unilateralmente, alterar as cláusulas regulamentares ou até rescindir o contrato antes do prazo estabelecido por motivos de interesse público.

E nasceu justamente da necessidade de se manter o equilíbrio econômico financeiro do contrato. Não se trata de autorizar a denúncia unilateral do contrato, mas sim de chamar o contratante para um reajuste do pacto. Somente se não atendido, poderá ele ser rompido, por justa causa.

O meio mais eficaz de fazer valer a aplicação da teoria da recomposição extraordinária dos preços originariamente contratados, é o Poder Judiciário.

Vale lembrar as próprias disposições legais que vieram regulamentar o SUS e suas relações com a iniciativa privada, Lei n. 8.080/90.

## **A OPÇÃO POR APOSENTOS DIFERENCIADOS**

No âmbito das condições do contrato a ser celebrado com a Administração, importante discussão tem servido para elucidar algumas das questões mais polêmicas, a da possibilidade ou não de complementação de preço em razão da opção, pelo usuário do sistema, por aposentos diferentes daqueles reservados pelo contratante.

A matéria não é nova. Já em 1974, através da Portaria n.º 39, de 05 de setembro, o então Ministério da Previdência e Assistência Social, que aprovou o Plano de Pronta Ação, permitia ao também então segurado, a opção por aposentos diferenciados daqueles contratados pelo INAMPS, junto aos prestadores de serviços. Dizia o item 16:

### **Opção por instalações especiais**

16 - Na prestação da assistência hospitalar, quando o beneficiário escolher instalações diferentes daquelas que lhe são oferecidas pela Previdência Social, ficarão sob sua responsabilidade o pagamento do sobrepreço das instalações utilizadas e a complementação dos honorários do médico que o assistir diretamente, não podendo a última exceder a 100% (cem por cento) do valor pago pela Previdência Social.



16.1 - Essa prestação de serviços dependerá de ajuste prévio, por escrito, mediante instrumento de que uma das vias será fornecida à Previdência Social, onde fique expressamente consignada a limitação de sua responsabilidade ao nível das tabelas aprovadas, correndo por conta do beneficiário o custeio dos excedentes de que trata este item.

Posteriormente, em todas as Portarias que buscaram regular a prestação dos serviços de saúde pelos estabelecimentos privados, lucrativos ou não, inclusive os filantrópicos, esta possibilidade foi preservada em atendimento ao direito inalienável do usuário a lhe garantir a escolha de acomodações diferenciadas em relação àquelas que lhe são oferecidas pela Seguridade Social Pública.

Com o advento do Sistema Único de Saúde, dentro dos princípios do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, o conceito da gratuidade inserido na Lei 8.080/90 passou a ser objeto de questionamento quando se garantia ao usuário do Sistema a opção por aposentos diferenciados, culminando com a edição da Resolução 283/91, à qual se deu, pelos órgãos gestores, a interpretação de que se tornara proibida toda e qualquer complementação.

Mas, certamente, não é esse o melhor e o mais correto entendimento, senão vejamos:

Resolução 283/91

2.1. A AIH garante a gratuidade total da assistência prestada, sendo vedada a Unidade Assistencial a cobrança, às pacientes ou seus familiares, da complementaridade a qualquer título.

O sub item transcrito, porém, deve a e há de ser interpretado e entendido em conformidade, em harmonia, em conjunto com o seu “caput”, o item 2 que dispõe:

2 . A emissão de Autorização de Internação Hospitalar - AIH, garantirá o internamento em enfermarias, com sanitários e banheiros proporcionais ao número de leitos e assegurará o pagamento das despesas médico-hospitala-

res em conformidade com os valores estabelecidos pelo INAMPS e publicados no Diário Oficial da União.

Ambos os trechos citados tratam do internamento de pacientes em Unidade Assistencial para tratamento médico-hospitalar (assistência a ser prestada), em acomodações previamente definidas, as quais serão, obrigatoriamente, as únicas disponíveis para o direito em questão. Limitou-se, pois, a Resolução 283/91 a afirmar que a garantia do atendimento, de forma universal e gratuita, refere-se ao internamento em enfermaria, **onde se veda qualquer tipo de complementação**. Assim é que, baseado no princípio constitucional citado, o SUS (sucessor do INAMPS), está garantindo um mínimo que é a internação em enfermaria, totalmente gratuito, relativamente a despesas médico-hospitalares. Não se refere, por óbvio, a qualquer outra despesa como, por exemplo, as decorrentes da escolha de aposento de melhor conforto, as quais não são cobertas pela AIH.

Tanto é correta esta interpretação que a própria Lei Orgânica de Saúde (Lei 8.080/90), em seu artigo 43, ressalva: “A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos e privados contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas”.

Fica, portanto, no âmbito do contrato celebrado entre o gestor e o prestador de serviços privado, e somente em relação a este, a possibilidade de o estabelecimento manter, para escolha do usuário, aposentos diferenciados daquele objeto do ajuste com a Administração, para a livre e consciente opção por parte do beneficiário ou seus familiares. O ajuste, então, deve compreender o preço, as condições e as demais circunstâncias que se envolverem naquela opção.

É bem verdade que tal opção, um verdadeiro contrato particular entre o usuário e o prestador dos serviços, deve se restringir às condições de melhor conforto ou fornecimento de bens ou objetos não constantes da enfermaria padrão, como descrita na Portaria n.º 1.884, de 11.11.94. Dadas as características do direito criado pela Constituição, relativamente ao acesso às ações e serviços de saúde, não há que se falar em complementação do preço dos serviços profissionais fornecidos pois, em tese, devem ter eles a mesma qualida-

de e extensão, sejam prestados em uma enfermaria, sejam em uma suíte de luxo.

Algumas decisões judiciais reforçam tal entendimento:

“(...) tenho que a melhor interpretação não é aquela conferida pela digna autoridade coatora retratada, sem ressalvas, IN FINE, na pré falada ordem de serviço, mas sim a de não estar o segurado impedido pela apontada Resolução de postular e pagar qualquer diferença por melhores acomodações e serviços, desde que assim o requeira.

(...) ao impedir a cobrança complementar de diárias e serviços por parte dos profissionais e Unidades Assistenciais, em verdade de forma reflexa, está a Autarquia obstando o acesso ao sistema de todos os segurados que pretendem a podem pagar por acomodações e atendimento superiores aos oferecidos pela Previdência Social, querendo isso significar enriquecimento sem causa do sistema porquanto exatamente os que mais contribuem serão, compulsoriamente afastados dos benefícios, não só em razão da baixa qualidade dos serviços, mas também pelas precárias instalações da rede hospitalar previdenciária.

Frente ao princípio constitucional de igualdade, o que não se mostra razoável é a Seguridade Social exigir contribuição de todos mediante lei e depois, via Resolução, se alforriar da obrigação assumida oportunizando tão somente os menos favorecidos.” (Mandado de Segurança concedido a favor de Serefina Nunes Gonzales, contra o diretor do Hospital de Clínicas de Porto Alegre - RS - Juiz Élcio Pinheiro de Castro, 4a. Vara Federal de Porto Alegre, 1992)

Outro exemplo:

“Defiro a liminar rogada, “inaudita altera partes”, para que a Autora seja internada em apartamento, correndo por sua conta a diferença entre o custeado pelo SUS e o cobrado pela Instituição Hospitalar”. (Ação Cautelar Inominada - liminar concedida a Anésia Amorin Mendonça, contra o Ministério da Saúde e outros. Juíza Ângela Maria Catão Alves, 12ª Vara Federal de Belo Horizonte, 1994).

E ainda:

“(...) determinando aos Hospitais de Santa Catarina que aceitem pacientes em acomodações diferenciadas, suspendendo, assim, a vigência da Resolução 283/91, do INAMPS”. (Ação Civil Pública - liminar concedida a favor da Associação Catarinense de Medicina, contra o Estado de Santa Catarina- Secretaria Estadual de Saúde, Juíza Vera Regina Bodin, 2ª Vara da Fazenda Pública de Florianópolis, 1995).

Não bastassem esses argumentos, muito bem embasados, ainda resta invocar a hierarquia das normas legais. Uma resolução não pode revogar uma Portaria. E a Portaria 1.286, que estabelece as condições especiais para a celebração do contrato administrativo, refere-se à gratuidade e à proibição de cobrança complementar, nas situações do contrato. O que é perfeitamente adequado, tendo em vista a referência expressa do art. 43, da LOS, acima transcrito.

Para tentar superar essa dificuldade legal (da hierarquia dos atos administrativos) o Ministério da Saúde, ignorando as decisões judiciais e o efetivo interesse do usuário do sistema, baixou a Portaria n.º 113/97, que REEDITA integralmente a Resolução 283/91.

Esta circunstância, contudo, não afasta a própria ilegalidade da pretensa proibição. Basta o gestor local possibilitar o exercício da “opção por aposentos diferenciados”, através de cláusula contratual, que a mesma poderá ser exercida pelo usuário, na forma dos já citados entendimentos no âmbito do Poder Judiciário.

Fica, então, no âmbito do contrato celebrado com o prestador de serviços de saúde, a possibilidade de ajuste para a cobrança de complementação, relativa à escolha de aposentos diferentes daqueles oferecidos pelo SUS.

Parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, instado que foi a cumprir compromissos financeiros com a rede contratada/conveniada, também assim resumiu a questão:

“Em regra essas instituições não trabalham só com o SUS, a que apenas oferecem certo número de leitos, re-

servando-se os demais para clientes particulares e para aqueles cobertos com planos ou seguros de saúde. Tem crescido muito a demanda dos últimos, na proporção mesma das dificuldades sentidas pelo SUS, determinantes da qualidade dos serviços. Cerca de 20% da população já estão cobertos dessa maneira. A melhor rentabilidade que essa alternativa propicia implica em pedidos de descredenciamento ou de redução de leitos, mas, por outro lado, reduz também a procura ao SUS. De todos os modos, há um certo equilíbrio nessa equação, com a baixa remuneração do SUS sendo suprida por certa parte do alto lucro auferido da clientela particular. Indiretamente, logra-se o que a Constituição quer : a equidade na forma de participação do custeio, pelo envolvimento direto da sociedade no financiamento da Saúde ( art. 194,V, e 195) de modo que quem pode mais paga por quem pode menos.

Essas disposições constitucionais desmistificam a gratuidade da assistência médica, sem qualquer referência na Lei Maior . O dever do Estado, assim como o acesso universal e igualitário, não que ser entendidos com temperamentos.

O dever do Estado é o de gerir, controlar, organizar os serviços de saúde e o de arrecadar e aplicar os recursos destinados a financiá-los. No nosso sistema constitucional, ao Estado não foi cometida a responsabilidade de arcar com o financiamento do SUS, tanto que para isso, comparece apenas com parcela do seu orçamento, entre as demais fontes. A Saúde seria dever do Estado, no aspecto do seu financiamento, se a Constituição tivesse destinado para isso a receita de impostos. Ao contrário, estabeleceu, para isso, orçamento próprio, o da Seguridade Social, com outras fontes de receita bem distintas, com ênfase para a participação direta da sociedade e para as contribuições do empregado e do empregador. O dever do Estado está, pois , na boa administração dos recursos dessa procedência, nos limites de suas possibilidades. Se insuficientes, cabe-lhe, como veio fazer com a proposta da CPMF, convocar a sociedade para incrementar sua participação, de forma a mais equitativa possível, segundo a índole dessa contribuição. A sociedade, com sua maior ou menos disposição de financiar o SUS, ditará em que extensão e com que qualidade deseja os seus

serviços”. (Informações prestadas no Mandado de Segurança n.º 96.17742-2, 3ª Vara da Justiça Federal- DF).

Voltamos, pois, ao conceito de “amparo mútuo” de que falamos no início deste trabalho, para justificar a necessidade da proteção social e não somente a proteção do Estado.

## TABELA DO SUS

Dispõe a LOS (Lei Orgânica da Saúde):

“Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde - SUS, aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

parágrafo 1º - Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde - SUS deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados.

parágrafo 2º - Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde - SUS , mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.”

Aqui ressaltamos:

- tabela de preços nacional, o que inviabiliza a competição (licitação);
- o descumprimento continuado do parágrafo primeiro;
- o descumprimento continuado da parte final do parágrafo segundo,
- a total ausência do Conselho Nacional de Saúde.

## A PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE

Para atender o dispositivo constitucional que exige a participação da comunidade como uma das diretrizes do Sistema Único de Saúde, a Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990, criou a instância colegiada do Conselho de Saúde, assim definido no parágrafo 2º, do artigo 1º:

“O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviços, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera de governo”.

Vemos, pois, os Conselhos, em cada esfera de governo, como importantes instrumentos de avaliação das diretrizes de política de saúde traçadas pelo dirigente do SUS, atuando na formulação de estratégias, aperfeiçoando-as, propondo meios para a sua execução e, principalmente, controlando os aspectos operacionais e financeiros. Certamente, em razão mesmo da autonomia do Poder Executivo, as decisões do Conselho de Saúde deverão ser homologadas pelo respectivo chefe deste Poder, em cada esfera de governo.

As competências específicas do Conselho de Saúde, são aquelas listadas na Resolução n.º 33, de 23.12.92, do Conselho Nacional de Saúde:

- atuar na formulação e controle da execução da política de saúde, incluídos seus aspectos econômicos, financeiros e de gerência técnico- administrativa;
- estabelecer estratégias e mecanismos de controle e gestão do SUS, articulando-se com os demais colegiados de nível nacional, estadual e municipal;
- traçar diretrizes de elaboração a aprovar planos de saúde, adequando-os às diversas realidades epidemiológicas e à capacidade organizacional dos serviços;
- propor a adoção de critérios que definam qualidade e melhor resolutividade, verificando o processo de incorporação dos avanços científicos e tecnológicos da área;

- propor medidas para o aperfeiçoamento da organização e do funcionamento do Sistema Único de Saúde- SUS;
- examinar propostas e denúncias, responder a consultas sobre assuntos pertinentes a ações e serviços de saúde, bem como apreciar recursos a respeito de deliberações do Colegiado;
- fiscalizar e acompanhar o desenvolvimento das ações e serviços de saúde;
- propor a convocação e estruturar a comissão organizadora das Conferências Estaduais e Municipais de Saúde;
- fiscalizar a movimentação de recursos repassados à Secretaria de Saúde e/ou Fundo de Saúde;
- estimular a participação comunitária no controle da administração do Sistema de Saúde;
- propor critérios para a programação e para a execução financeira e orçamentária dos Fundos de Saúde, acompanhando a movimentação e destinação de recursos;
- estabelecer critérios e diretrizes quanto à localização e ao tipo de unidades prestadoras de serviços de saúde públicos e privados, no âmbito do SUS;
- elaborar o Regimento Interno do Conselho e suas normas de funcionamento;
- estimular, apoiar ou promover estudos e pesquisas sobre assuntos e temas na área de saúde de interesse para o desenvolvimento do Sistema Único de Saúde;
- outras atribuições estabelecidas na Lei Orgânica de Saúde e pela IX Conferência Nacional de Saúde.

Tais atribuições, guardadas as devidas repartições, podem ser aplicadas aos Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde.

Como se observa, o conselho é um órgão consultivo e deliberativo. Porém, como já foi dito, o seu caráter deliberativo não implica que o chefe do poder executivo, ou chefe da pasta da saúde, seja um mero executor de suas decisões.

Na organização política brasileira, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais legislam e o Governador e o Prefeito administram. O Conselho, como órgão do Poder Executivo, ligado à direção do SUS, delibera fixando diretrizes para a correta atuação do Executi-



vo, especialmente para a pasta da administração da Saúde. Por isso a referência expressa na lei, sobre a necessidade de homologação, por parte do chefe do Poder Executivo, das deliberações do Conselho, sempre que elas implicarem em medidas administrativas de alçada privativa do dirigente do SUS. As decisões que tenham caráter de recomendação, as que promovem diligências ou as que digam respeito à própria organização e desempenho do Conselho, não são passíveis de homologação.

A criação dos Conselhos de Saúde demanda um ato legislativo, na correspondente esfera de governo. Admite-se, dado o imperativo da Lei 8.142/90, que, excepcionalmente e transitoriamente, seja o Conselho criado por decreto, na omissão do Poder legislativo, para que o dispositivo constitucional não fique no vazio.

A constituição do Conselho de Saúde deve também obedecer as regras relacionadas à sua composição, ou seja: a paridade do número de representantes dos usuários em relação ao total do número de representantes dos segmentos do governo, dos prestadores de serviços e dos profissionais de saúde e a legitimidade da representação desses segmentos. Qualquer que seja o número de componentes, esta paridade deve ser mantida, sob pena de ilegalidade. A paridade entre o número de representantes dos usuários e o número total de representantes dos outros três segmentos - governo, profissionais de saúde e prestadores de serviços- é a garantia do exercício do efetivo controle social sobre a execução das políticas e dos programas de saúde. Seja no âmbito nacional, estadual ou municipal. Portanto, a composição paritária deve ser distribuída de forma a assegurar que os 50% dos membros sejam representantes dos usuários, enquanto que os outros 50% estejam distribuídos entre representantes do governo, prestadores de serviços e profissionais da saúde, em igual quantidade entre eles. Assim, um conselho composto de 18 membros, teria 09 representantes dos usuários, 03 representantes do governo (leia-se gestor do SUS), 03 representantes dos profissionais de saúde e 03 representantes dos prestadores de serviços de saúde. Deve ser dada ênfase ao aspecto de que não devem entrar na quota de representação de um segmento representantes de outro segmento, mesmo considerando que todos são potencialmente usuários do Sistema Único de Saúde.

Sendo um dos requisitos imprescindíveis para a descentralização do Sistema Único de Saúde, a representatividade e a atuação dos Conselhos é de fundamental importância para a obtenção dos resultados almejados. Porém, podemos notar que, tanto no âmbito do Poder Executivo, quanto no âmbito dos demais atores do processo, esta atuação ainda necessita de aprimoramento e, principalmente, do reconhecimento de suas legítimas atribuições. Um Conselho de Saúde inoperante, sem representatividade, manipulado ou desconhecedor de seu papel, inviabilizará a descentralização administrativa do Sistema Único de Saúde.

Por isso é importante ressaltar que o Ministro da Saúde, os Governadores, os Prefeitos, os Secretários de Saúde ou os diretores de Departamento de Saúde não possuem poder legal para interferir na escolha dos representantes dos demais segmentos (usuários, prestadores de serviços e profissionais de saúde) que compõem o Conselho de Saúde. Isto porque a independência do controle social nas ações do Poder Público está constitucional e legalmente garantida. Em consequência, o poder executivo não pode participar nem vetar a escolha feita pelos demais segmentos, restando-lhe apenas efetivar tal escolha mediante a devida nomeação.

### **FINANCIAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A APLICAÇÃO DOS RECURSOS FINANCEIROS REPASSADOS “FUNDO A FUNDO”**

“O Sistema Único de Saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”. (art.198, da CF)

Conquanto seja da responsabilidade das três esferas de governo assegurar o aporte regular de recursos ao Fundo Nacional de Saúde, somente Estados e Municípios vêm cumprindo tal dispositivo constitucional. A União não o faz. E quando a Lei Complementar foi, finalmente, aprovada no Congresso Nacional, o comprometimento da União, em percentual, foi VETADO.

Atualmente o fluxo de repasse de recursos é regulado pela Norma Operacional Básica/SUS 01/96 e demais regulamentações administrativas do MS, cujas diretrizes básicas estão nas **Orientações Sobre Aplicação de Recursos Financeiros do SUS, Repassados Fundo a Fundo**, editado pelo Ministério da Saúde.

Os recursos do Orçamento da Seguridade Social alocados no Fundo Nacional de Saúde são repassados a Estados, Municípios e Distrito Federal, independentemente de convênio ou instrumento congênere.

Esta transferência está condicionada, unicamente, à existência do Fundo de Saúde (Estadual, do Distrito Federal ou Municipal) e à respectiva apresentação do Plano de Saúde, devidamente aprovado pelo Conselho de Saúde (Estadual, do Distrito Federal ou Municipal).

A transferência “fundo a fundo” é efetuada regular e automaticamente (mês a mês) através do Banco do Brasil, que é a única instituição financeira credenciada para a efetivação dos repasses do FNS.

Para receber os recursos, dependendo da classificação do mesmo, o Município (ou Estado ou Distrito Federal) deve cumprir os requisitos da NOB/SUS 01/96 e IN/MS 01/98:

- enviar pedido de habilitação à CIB – Comissão Intergestores Bipartite (Estado);
- a CIB deve se manifestar em até 60 dias;
- se aprovado, o pedido será encaminhado à CIT – Comissão Intergestores Tripartite (MS) que, aprovando, encaminhará à Secretaria de Política de Saúde.

Esta (MS) fará publicar no DOU.

- a partir da publicação, haverá o repasse regular e automático, fundo a fundo (do FNS ao FES ou FMS);
- objetos do repasse, entre outros: PAB (Piso de Assistência Básica), PBVS (Piso Básico de Vigilância Sanitária), recursos correspondentes às ações de epidemiologia e de controle de doenças. PAB - Piso de Atenção Básica: é a quantia de recursos transferida pelo governo federal, em especial para as ações e procedimentos de prevenção das doenças.

Como os entes federativos (gestores) devem utilizar os recursos federais no sistema único de saúde:

1. Usar exclusivamente na execução de ações e serviços de saúde, previstos no Plano de Saúde e aprovado pelo respectivo Conselho de Saúde;
2. Não podem ser utilizados em despesas das atividades administrativas da SA.
3. A elaboração de um Plano de Aplicação, com a aprovação do respectivo Conselho de Saúde, estabelecendo a utilização somente em despesas das unidades de saúde.
4. Previsão no Orçamento do Município (Estado ou Distrito Federal), identificados no FMS (ou FES).

### **Conselhos de Saúde**

Todo plano de aplicação dos recursos oriundos do FNS devem ser aprovados pelos respectivos Conselhos de Saúde.

Em resumo, a análise da situação de saúde da população do município e a avaliação da gestão municipal, pois são eles (os municípios) os principais gestores do sistema, podem ser encontradas nos seguintes bancos de dados:

- SAI/SUS – Sistema de Informações Ambulatorial;
- SIH/SUS – Sistema de Informações Hospitalar;
- SINAN – Sistema de Informações sobre Agravos de Notificação;
- SIM – Sistema de Informações sobre Mortalidade;
- SINASC – Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos;
- SISVAN – Sistema de Vigilância Alimentar e Nutricional.

### **Prestação de Contas**

A comprovação da aplicação dos recursos transferidos fundo a fundo aos estados e municípios far-se-á através do Relatório de Gestão (obrigatório) que deve, também obrigatoriamente, ser aprovado pelo Conselho de Saúde respectivo.

### **Conclusões Primeira Edição - FEHOSPAR/ 1999**

Na verdade, não pretende ser este trabalho conclusivo. O processo de descentralização do SUS faz parte da própria construção do sistema e não se constituirá, jamais, em um processo acabado.

A dinâmica das transformações sociais e econômicas, as alterações políticas na condução do processo de implantação do SUS, exigirão sempre mudanças, correções de rumo e, até, alterações fundamentais, como preconizou o parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, já referido.

O importante, e esta é a razão principal deste trabalho, é que os prestadores de serviços, para o qual ele foi escrito, possam se instrumentalizar adequadamente para a correta interpretação da lei e das normas relativas ao SUS e assim identificar a ofensa ao Direito, o descumprimento da Lei e do Contrato, nas relações que, voluntariamente, estabeleçam com o sistema.

Por isso, reafirmamos a necessidade da exigência de celebração do contrato de prestação de serviços, único instrumento a definir com clareza e objetividade as obrigações, responsabilidades e direitos recíprocos, mesmo resguardada a supremacia do interesse público, como é o caso no âmbito do SUS. Somente o contrato poderá impedir a ação política do gestor, em detrimento do planejamento e das deliberações dos respectivos Conselhos de Saúde.

Devemos entender, também, que a participação da comunidade, como uma das diretrizes do sistema, coloca igualmente o prestador de serviços como um dos segmentos que devem participar do processo de descentralização do SUS. E que somente participando, efetivamente, poderemos mudar aquilo que não nos parece certo, conveniente ou legítimo.

## **A Responsabilidade do Ministério da Saúde**

Já vimos que, por imposição constitucional, o Ministério da Saúde é o gestor nacional do SUS e que a Lei n. 8.080/90, art. 16, letra “a”, atribui como competência exclusiva: definir e coordenar sistemas (...) de redes integradas de assistência de alta complexidade.

Assim que a NOAS vem redefinir, em relação à atenção de alta complexidade, a responsabilidade do Ministério da Saúde:

- definição de normas nacionais;
- controle do cadastro nacional de prestadores de serviços;
- vistoria dos serviços;

- definição do elenco de procedimentos;
- definição dos procedimentos a serem incorporados.

Conquanto caiba ao MS tais responsabilidades e prerrogativas, a garantia de acesso à atenção de alta complexidade/custo é destacada como responsabilidade solidária do Ministério da Saúde, das Secretarias Estaduais de Saúde e do Distrito Federal. Assim, mesmo que um determinado município seja capaz de oferecer tais serviços, próprios ou contratados, sua gestão não será municipal.

O gestor estadual é responsável pela gestão da política de alta complexidade/custo no âmbito do estado, mantendo vinculação com a política nacional, sendo consideradas intransferíveis as funções de definição de prioridades assistenciais e a programação de alta complexidade.

Os municípios que tiverem em seu território serviços de alta complexidade/custo, quando habilitados em Gestão Plena do Sistema Municipal, deverão desempenhar as funções referentes à organização dos serviços de alta complexidade em seu território, visando, tão somente, assegurar o comando único sobre os prestadores. Naqueles municípios em gestão Plena da Atenção Básica ou Plena da Atenção Básica ampliada, que tenham em seus territórios, serviços de alta complexidade, poderão receber, por delegação do Estado, as funções a ele inerentes.

## CONCLUSÕES

Da mesma forma que o trabalho anterior, esta não é propriamente uma conclusão. Ainda estamos em processo de amadurecimento e fortalecimento do sistema. Lento, gradual e, principalmente, sujeito às alternâncias político partidárias.

Contudo, ainda algumas perguntas restam sem respostas, como quando da edição anterior, principalmente no que diz respeito à participação da iniciativa privada.

Não alteramos uma vírgula sequer nos conceitos e opiniões emitidos; entretanto, nos mostramos mais confiantes ante a edição da NOAS, um verdadeiro reconhecimento às críticas que nossas entida-

des nacionais sempre fizeram à “prefeiturização” e esperamos, com confiança, que este reconhecimento seja o início de uma nova forma de relacionamento do gestor nacional com os prestadores privados de serviços de saúde.

Recife, outubro de 2001

Brasília, outubro de 2014

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Lúcia Gomes de. **O que muda com o PAB**. Brasília: Assessoria de Comunicação Social do Ministério da saúde, 1998.

BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. V. 8.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 20 set. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 31 dez. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 22 jun. 1993.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Conselho de Saúde**: guia de referências para a sua criação e organização. Brasília: Ministério da Saúde, 1994.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.410, de 30 de dezembro de 2013. Estabelece as diretrizes para a contratualização de hospitais no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) em consonância com a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP). **Diário Oficial da União**. Brasília, 02 jan. 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento Nacional de Auditoria do SUS. **Orientações Sobre Aplicação de Recursos Financeiros do SUS, Repassados Fundo a Fundo**. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: <[http://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/homepage/auditoria/manuais/orientacoes\\_sobre\\_aplicacao\\_de\\_recursos\\_financeiros\\_sus.pdf](http://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/homepage/auditoria/manuais/orientacoes_sobre_aplicacao_de_recursos_financeiros_sus.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2014.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde**: comentários à Lei Orgânica da Saúde: lei 8.80/90 e lei 8.142/90. São Paulo: Hucitec, 1992.

CASTELLO BRANCO, Elcir. **Segurança e Seguro Social**. São Paulo: Universitária de Direito, 1975. V. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012

DRUCKER, Peter. **Sociedade Pós-Capitalista**. 7. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. (Coleção Novos Umbrais).

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: AIDE, 1993.

LEITE, Celso Barroso. **Comentários à Constituição Federal**: artigos 193 a 204, 239, 240, 245 e Arts. 53 a 59, ADCT. Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1990.

SIDOU, J. M. Othon. **A Revisão Judicial dos Contratos e Outras Figuras Jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 'BIG BROTHER FISCAL': O SPED E O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO COMO

INDUTORES DA REGULARIDADE DAS INFORMAÇÕES FISCAIS PRESTADAS AOS ÓRGÃOS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - Luiz Fernando Rodriguez Júnior







**RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA  
DAS OPERADORAS DE PLANOS  
PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À  
SAÚDE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO  
MÉDICO-HOSPITALAR**

*Rosana Florencio da Silva\**  
*Waldomiro Alves da Costa Júnior\*\**

\*

*Advogada. Especialista em Direito Processual Civil. Assessora Jurídica da Federação dos Hospitais, Laboratórios, Clínicas de Imagem e Estabelecimentos de Saúde do Estado de Goiás e do Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Saúde do Estado de Goiás.*

\*\*

*Advogado. Especialista em Direito Processual Civil. Especialista em Direito Imobiliário, MBA em Gestão de Clínicas Médicas/Odontológicas, Assessor Jurídico do Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Saúde do Estado de Goiás e da Associação dos Hospitais do Estado de Goiás.*

**PALAVRAS-CHAVE:** Plano de Saúde. Operadora Privada de Assistência à Saúde. Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade Civil. Solidariedade.

**RESUMO:** Com a finalidade de, mesmo que sucintamente, informar acerca da responsabilidade civil dos planos de saúde privados nos casos de falha na prestação do serviço médico-hospitalar, partindo de análises de casos concretos e dos aspectos gerais da responsabilidade civil, observando a legislação Civil e o Código de Defesa do Consumidor, na medida em que ao oferecer um serviço no mercado de consumo, tais planos se responsabilizam com os resultados. A operadora de plano de saúde assume um risco ao contratar profissionais e estabelecimentos de saúde para a prestação de seus serviços. A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, deve responder perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação de serviços médicos, respondendo de forma solidaria pelo que aconteceu com o beneficiário do plano. Nesse sentido permeiam varias decisões judiciais, já em nível de estância superior - Superior Tribunal de Justiça, inclinando-se para a forma da responsabilidade objetiva e solidária dos planos de saúde em caso de erro médico. Nos planos de saúde, a própria operadora assume, por meio dos profissionais e dos recursos hospitalares e laboratoriais próprios ou credenciados, a obrigação de prestar os serviços, razão da objetividade e solidariedade com o profissional médico, diferentemente do que ocorre no “seguro-saúde”, cujo contrato em regra é de livre escolha pelo segurado no que concerne ao prestador dos serviços: o médico e o hospital, sendo neste caso o recurso desembolsado pelo paciente e reembolso pela seguradora dos preços dos serviços prestados por terceiros. Assim, nos planos de saúde, o médico, o hospital e operadora respondem nos limites da sua culpa. Cabendo, inclusive, ação regressiva da operadora contra o médico ou hospital que, por culpa, for o causador do evento danoso. Nos casos concretos, os contratantes, buscam a tutela judicial visando à reparação por danos moral e estético, em ação de indenização contra pretenso erro médico ou falha no serviço hospitalar, isto em face do médico, do hospital e da Operadora de Plano de Saúde, podendo a ação ser julgada improcedente ou procedente, considerando as provas

dos autos. O reconhecimento da solidariedade entre o Plano de Saúde e o profissional médico se dá pela indicação, cadastro e listagem em documentos próprios, que divulgam os profissionais e estabelecimentos de saúde, constante do de seu rol. Portanto, constatou-se que as operadoras de planos privados de assistência à saúde estão sujeitas a responsabilidade objetiva solidária em relação aos profissionais e estabelecimentos conveniados a ela, pois, a liberalidade de escolha desses cabe a ela e não ao beneficiário. Desta forma, não pairam dúvidas dessa responsabilização solidária pela indenização ao beneficiário lesado, pois esse ao contratar essa modalidade de prestação de serviços busca a segurança, a previsibilidade, a garantia e acima de tudo a confiança de se ter um serviço contratado realizado de maneira satisfatória.

## INTRODUÇÃO

Tendo por finalidade enfatizar a responsabilidade civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde frente ao Código de Defesa do Consumidor, sendo esta a fonte reguladora das relações de consumo no direito pátrio, ante a demasiada liberalidade que as operadoras agem em face de seus beneficiários, razão de uma maior atenção por parte do Estado em relação a essa modalidade de prestação de serviço.

A autorização concedida para a comercialização de planos privados de assistência à saúde às operadoras deu-se através do art. 197 da Constituição Federal, com a fiscalização por parte do Estado. E, desta forma, foram editadas a Lei 9.656/98 que dispõe acerca da regulamentação dos planos privados de assistência à saúde e a Lei 9.961/00 que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

De tudo, tem-se que as operadoras de planos privados de assistência à saúde estão sujeitas, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, à responsabilidade objetiva solidária em face do beneficiário lesado.

## **1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

O médico, em sua área de conhecimento, ciência da doença e da cura, no seu mister deve dar segurança ao seu paciente, porém, não compete ao médico dar a certeza da cura e sim desempenhar por todos os meios possíveis a satisfação do resultado satisfatório. Desta feita, a atividade médica no aspecto curativo resta em uma obrigação de meio, a qual não promete um resultado definido e sim a busca pelo resultado desejado.

Na qualidade de profissional liberal que é, não se obrigando a um resultado, estando submetido à responsabilidade subjetiva, desta feita, compete à vítima provar que o médico agiu com culpa, observando se de forma imprudente, negligente ou imperita ou, até mesmo, se agiu dolosamente. Provado a culpa ou o dolo, restará ao médico o dever de indenizar a vítima pelo dano causado.

Existem algumas situações em que o médico assume uma obrigação de resultado: é o caso do cirurgião plástico que se compromete a uma obrigação embelezadora. Nesses casos, o paciente espera por um resultado satisfatório de acordo com o preconizado pelo médico, firmando-se, porquanto, em uma obrigação de cunho objetivo.

Nesse sentido, enfatiza a melhor doutrina: “Na grande maioria das atuações, portanto, a obrigação do médico é de meio; por vezes será de resultado, como se afirma na cirurgia plástica meramente estética e em exames laboratoriais, hoje cada vez mais sofisticados”. (MELO, 2008, p. 138).

A relação médico-paciente se assinala como uma obrigação contratual, porém, a legislação pátria trata de forma especial a atividade médica de modo que não se pode exigir do primeiro o cumprimento do contrato com o fim “cura” e, sim, poderá exigir o cumprimento do contrato de forma a compelir ao médico utilizar de todos os meios necessários à obtenção da cura.

Conforme visto, a responsabilidade subjetiva tanto pode se assentar sob uma relação contratual estabelecida entre médico e paciente ou a responsabilidade extracontratual embasada em um pressuposto legal.

Tanto da responsabilidade contratual quanto na responsabilidade extracontratual, ficando provado que o médico tinha condições de fazer e não o fez ou de não fazer e o fez, por culpa ou por dolo, terá o profissional da medicina o dever de arcar com as consequências de seu ato, omissivo ou comissivo e indenizar a vítima no montante do dano, seja na esfera material ou na esfera moral.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA

Para ser configurada a responsabilidade civil, deverá estar presente a existência de uma relação de causalidade por uma ação, está comissiva ou omissiva, que pode se apresentar como um ato ilícito, devendo ocorrer um dano experimentado pela vítima.

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita, tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, e que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito - o chamado nexos causal.

“A responsabilidade civil objetiva é calcada na teoria do risco. Segundo esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. Tal risco é, na verdade, risco-proveito, já que é oriundo de uma atividade realizada em proveito do agente. Dessa maneira, em face desse risco criado pela atividade, emerge a responsabilização pelos danos causados em decorrência da conduta de quem pratica e se beneficia de tal atividade, não sendo necessária a prova de dolo, negligência, imprudência ou imperícia - culpa lato sensu.”<sup>1</sup>

Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros, deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa, sendo necessária somente a existência do elo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado à vítima.

<sup>1</sup> PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. A responsabilidade civil nas relações de consumo.

Tendo em vista a vulnerabilidade inegável do consumidor frente o fornecedor, o Código de Defesa do Consumidor adotou como regra geral a responsabilidade objetiva; contudo utiliza-se também da responsabilidade subjetiva, como uma única forma de exceção.

Essa forma de exceção, a responsabilidade subjetiva, está prevista no §4º, do art. 14, e é cabível apenas para os profissionais liberais, haja vista que essa prestação de serviço, geralmente, ocorre de forma pessoal, ou seja, *intuitu personae*, sendo relações de consumo baseadas primordialmente na confiança no profissional escolhido. Tal responsabilização, além de se demonstrar a ação ou omissão que ocasionou o dano e o nexo de causalidade, há a necessidade de comprovar a culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente a fim de alcançar-se o resultado danoso. <sup>2</sup>

## 2.1 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

A responsabilidade contratual é preestabelecida mediante um contrato escrito ou verbal delimitando os ajustes a serem celebrados entre as partes, de forma que somente será responsabilizado aquele que descumprir o acordo firmado. Nesse sentido, colaciona a tese exposta por Marilise Kostelnak Baú:

“Na responsabilidade contratual, como inadimplemento de uma obrigação derivada de um negócio jurídico cujo descumprimento caracteriza o fato ilícito civil gerador do dano, inerente ao ilícito contratual ou transgressão de alguma regra ou cláusula contratual, presume-se a culpa pela violação dos deveres contratuais, cabendo ao autor do dano, réu da ação, procurar as causas de exclusão de sua responsabilidade.” (BAÚ, 2002, p. 12/13)

Nesse sentido, recai sob a responsabilidade contratual o dever de reparar o dano causado com o efeito da violação de uma obrigação antecedente preexistente, de forma que os artigos 389 e 395 do Código Civil determinam:

<sup>2</sup> Código de Defesa do Consumidor. Ed. 1998.



“Art. 389: Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros, atualização dos valores monetários, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogados (...) - Art. 395: Responde o devedor pelos prejuízos a que a sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogados. Parágrafo único: Se a prestação, devido à mora, se torna inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.”<sup>3</sup>

Ressalta-se que o descumprimento do contrato poderá acarretar danos materiais bem como danos morais, de forma que tais danos devem ser reparados por aqueles que os deram causa. Além do descumprimento contratual, para gerar o dever de reparar, deve-se observar se o contrato foi ajustado em obrigação de meio ou de resultado. Assim disciplina Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 15).

“Quem infringe dever jurídico *lato sensu*, já vimos, de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato (...).”

Havendo o compromisso do contratado com um resultado específico, que é o elemento da própria obrigação, sem o 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.

### **3 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE**

Considera-se que a responsabilidade das operadoras pode ser apurada, quer em caso de defeito (art. 14), quer em caso de vício (art. 20). Entende-se que essas, além de fornecedoras de serviços de saúde, são também prestadoras dos serviços, posto que:

<sup>3</sup> BRASIL, Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

**RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DAS OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR -**  
Rosana Florencio da Silva e Waldomiro Alves da Costa Júnior

“A redação do *caput* do art. 14 segue a mesma regra do art. 12. O prestador de serviço responde forma objetiva pela reparação dos danos causados aos consumidores pelos defeitos relativos aos serviços prestados e pelas informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e os riscos do serviço.” (MELO, 2008).

Assim, pode-se dizer que a responsabilidade da operadora é baseada no fato de que foi ela quem credenciou e/ou associou. Assim, devendo-se na segurança do serviço prestado. Nesse sentido, destaca-se:

“Três valores são cada vez mais raros e, por isso, valiosos no mundo atual: segurança, previsibilidade e proteção contra riscos futuros. Estes três valores são oferecidos no mercado através dos planos e seguros privados de saúde, os quais possibilitam transferência legal de riscos futuros envolvendo a saúde do consumidor e de seus dependentes a serem suportados por empresas de assistência médica, cooperativas ou seguradoras, prometendo a seu turno segurança e previsibilidade, face ao pagamento constante e reiterado das mensalidades ou prêmios. A relação entre paciente e médico sempre foi caracterizada como uma relação de confiança. No mundo de hoje, parte da confiança (*fides*) vai ser transferida para o organizador destes planos e seguros, intermediados ou conveniados, na previsibilidade do financiamento leal dos eventos futuros relacionados com a saúde.” (MARQUES, 1996, p. 71)

Desta forma, preconiza o já mencionado art. 14, §1º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

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

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

- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.”

Corroborando destaca o seguinte julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

**“RESPONSABILIDADE CIVIL - PLEITO AJUIZADO CONTRA SOCIEDADE QUE EXPLORA ATIVIDADE EMPRESARIAL NO RAMO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR. CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO DE CONSUMO. Responsabilidade objetiva da operadora de saúde quanto aos defeitos do serviço prestado por hospital por ela mantido, na conformidade do art. 14 do CDC.** Demonstração inequívoca do defeito do serviço. Configuração manifesta de dano moral. Recurso provido (TJSP - 6ª Câm. de Direito Privado; AC nº 300.707-4/9-00-SP; Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia; j. 17/6/2004) (sem grifo no original).”

Desta forma, considera-se que há uma solidariedade na responsabilidade entre o médico, o hospital e as operadoras de saúde, como se depreende no parágrafo único do art. 7º que dispõe que “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.” Corroboram também o §1º do art. 25 em que “havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.”

No mesmo sentido, leciona Ruy Rosado (2000, p. 155), ao entender:

“que a entidade privada de assistência à saúde, que associa interessados através de planos de saúde, e mantém hospitais ou credencia outros para a prestação de serviços que está obrigada, **tem responsabilidade solidária pela reparação dos danos decorrentes de serviços médicos ou hospitalares credenciados.** E mais, excetua dessa responsabilidade as entidades que, em seus contratos de planos de saúde, dão liberdade para a escolha de

médicos e hospitais, (...) e por isso não respondem pelos erros profissionais livremente selecionados e contratados pelo seu segurado.” (sem grifo no original).

Segundo afirma Claudia Marques (1998, p. 68):

**“(...) visualiza-se hoje a existência de uma obrigação (de meio ou de resultado) vinculando o consumidor, o executor direto dos serviços (médico, enfermeiro, anestesista etc.) e o fornecedor indireto dos serviços (hospital, consultório médico, empresa seguradora ou operadora, que explora economicamente a modalidade de medicina pré-paga), que contratou com o consumidor e organizou esta cadeia solidária de fornecedores do serviço médico.”** (sem grifo no original)

A operadora de planos privados de assistência à saúde é responsável tanto pela escolha dos seus locais de atendimento (hospitais, clínicas, etc.), quanto por seus profissionais credenciados. Desta forma, fornece ao beneficiário uma lista discriminada dessa rede conveniada (locais de atendimento e profissionais), para que esses possam exercer o seu direito de usufruir do serviço ora contratado através de consultas, exames, dentre outros. Portanto, não há dúvidas de que a operadora torna-se responsável pela qualidade dos serviços prestados, tendo em vista que a mesma procede à escolha de quem/qual será conveniado a ela, e apenas presta a informação desses aos seus beneficiários.

As listas vinculativas têm papel determinante na responsabilização dos planos de saúde, pois por meio delas as operadoras obrigam o paciente-consumidor a se socorrer dos serviços profissionais ali elencados, retirando-lhe a liberdade de escolha sob pena de não poderem usufruir da cobertura contratada.

Com o advento da Lei 9.656/98 juntamente com o Código de Defesa do Consumidor, restou clarificado o aspecto da responsabilidade solidária da operadora.

Confirmam tais assertivas nas decisão do Tribunal de Justiça do Paraná ao afirmar que:

**“(...) A prestadora de serviços de plano de saúde é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados.** Ao não possuir médicos em número suficiente para atender uma especialidade, deixou de cumprir o que se comprometera no contrato, pois não é crível admitir que pessoa com quadro de elevada gravidade tenha que aguardar por meses, com evidente risco de vida, para ser atendido por médico conveniado (alegação esta que sequer foi impugnada). Considerando-se que o contrato se submete as regras do Código de Defesa do Consumidor, eis que se trata de prestação de serviços, a ele se aplica o princípio da inversão do ônus da prova. Em razão deste fato, cabia ao apelante provar que existiam outros profissionais aos quais pudesse se socorrer, sob pena de não fruir da cobertura respectiva. (...) (TJPR - 6ª C. Cível - AC 0151296-7 - Curitiba - Rel.: Des. Carvalho da Silveira Filho - Unânime - J. 1º. 10.2001).” (sem grifo no original)

Esse entendimento, aliás, é perfilhado pela jurisprudência, inclusive do Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê dos acórdãos transcritos, *verbis*:

STJ – CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESSARCIMENTO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES. PLANO DE SAÚDE. ALEGAÇÃO DE ERRO DE DIAGNÓSTICO NO ATENDIMENTO PELA REDE CREDENCIADA. CIRURGIA DE URGÊNCIA REALIZADA EM NOSOCÔMIO DIVERSO. COBERTURA NEGADA. **I - A prestadora de serviços de plano de saúde é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados, aos quais aquele teve de obrigatoriamente se socorrer sob pena de não fruir da cobertura respectiva; II – (...)**. (REsp. nº 164.084 - SP – 1998/0009897-6, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJU 17/04/2000). Disponível em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em 20/08/2008. (original sem grifos)

RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - CESARIANA - PERFURAÇÃO DE BEXIGA -

**RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DAS OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR -**  
Rosana Florencio da Silva e Waldomiro Alves da Costa Júnior

NEGLIGÊNCIA - PROVA - MÉDICO - HOSPITAL - OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Resta configurada a legitimidade passiva do hospital para as ações de indenização propostas em face de suposto erro de médico integrante do seu corpo clínico, tendo em vista que cabe ao hospital zelar pela eficiência dos serviços prestados, principalmente, considerando-se a confiança depositada pelo paciente no hospital. **As fornecedoras de plano de saúde são partes legitimadas passivas para responder por erros médicos atribuídos a médicos vinculados a ela, mormente em ocorrendo a suposta conduta antijurídica no hospital por ela credenciado, tendo em vista a sua obrigação de zelar pela qualidade e eficiência dos serviços médicos contratados e colocados à disposição do paciente. (...).** (Apelação Cível nº 1.0024.05.627783-3/002, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Lucas Pereira. j. 01.06.2006, unânime, Publ. 29.06.2006)<sup>4</sup>. (sem grifo no original)

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ERRO DE DIAGNÓSTICO E DE PROCEDIMENTO. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AÇÃO MOVIDA CONTRA O ESTABELECIMENTO HOSPITALAR E CONTRA O PLANO DE SAÚDE AO QUAL O MESMO SE ENCONTRAVA VINCULADO.

**I. Legitimidade das partes. Responsabilidade solidária, por parte da operadora do plano, em relação aos danos causados pelo estabelecimento por ela credenciado.** Denúnciação à lide. Impossibilidade.

**II. (...). Do mesmo modo, a prestadora de serviços de plano de saúde é responsável, concorrentemente, com o estabelecimento hospitalar por ela credenciado, pela qualidade dos serviços e do atendimento prestados aos seus associados.** O erro de diagnóstico, com o tratamento inadequado, causando ao paciente o agravamento de seu estado de saúde, compromete o seu equilíbrio psicológico, dando ensejo ao dano moral, reparável via financeira. (Apelação Cível nº 200600112395, 4ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Fernando Cabral. j. 29.06.2006). (sem grifo no original)

<sup>4</sup> CD *Juris Plenum*. Civil. Edição 97. Vol 1. Novembro 2007

Essa conclusão parte da premissa de que o beneficiário do plano de saúde não detém liberdade para escolher ser tratado em hospital ou clínica não credenciada, pois sua opção deve necessariamente incidir naqueles que já foram previamente escolhidos pela prestadora do serviço.

Portanto, dúvidas não restam que as operadoras de planos privados de assistência à saúde estão sujeitas à responsabilidade objetiva solidária, devidamente regulada no Código de Defesa do Consumidor, por danos ocasionados ao beneficiário.

#### **4 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PLANOS DE SAÚDE POR ERRO DE MÉDICO CREDENCIADO**

A Lei 9.656/98 define que operadora de assistência à saúde é a pessoa jurídica sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, administradora ou entidade de autogestão que opere produto, serviço ou contrato de plano privado de assistência à saúde.

De acordo com o artigo 26 da Lei dos Planos de Saúde,<sup>5</sup> é solidária e objetiva a responsabilidade imputada às operadoras, incidindo as normas do CDC que definem que as operadoras de planos privados à assistência à saúde como fornecedoras, e as fazem responsáveis, independentemente da existência de culpa, pela reparação de danos causados aos consumidores.

A sistemática existente entre médicos e planos privados de saúde gera responsabilidade solidária entre todos os participantes da cadeia de fornecedores de serviços, disciplinados pelo artigo 34 do CDC ou a luz do artigo 932, III, CC/02.

Nos planos privados de assistência à saúde ocorre a 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, assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, visando à assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reem-

<sup>5</sup> ABRAMGE – Associação Brasileira de Medicina em Grupo. Disponível no site: <HTTP://WWW.abramge.com.br.>

bolso e pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Leciona Nilza Rodrigues Almeida (2007) que: “As operadoras respondem por erros dos médicos credenciados, posto que sua responsabilidade é objetiva, ou seja, sem culpa.” As empresas sempre responderão de forma objetiva independentemente da existência de culpa profissional. Competindo ao lesado provar somente que ocorreu o dano e a relação de causalidade entre a lesão e o atendimento.

Inerente à responsabilidade civil dos planos de saúde como fornecedores de serviços médico-hospitalares importa frisar o que disciplina Marilize Baú (2002):

(...) uma empresa que oferece um serviço, tal como o serviço médico, mesmo que não o preste, diretamente, estará comercializando algo que ainda não existe, mas, desde já, responsabiliza-se pela conclusão e pela sua qualidade, não podendo isentar-se de responsabilidades através de cláusulas exonerativas.

As empresas de planos de saúde são responsáveis pelos profissionais e clínicas que indicam, até mesmo porque tais profissionais passam por um processo de credenciamento, cujo critérios são definidos pela empresa de plano de saúde, respeitando o disposto no regulamento do Conselho de Saúde Suplementar.

Os direitos dos consumidores, aplicados nas relações de consumo do caso *in tela*, devem ser consubstanciados no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;



IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

O ordenamento jurídico brasileiro, visando dar proteção ao consumidor, considerado a parte mais frágil nas relações de consumo, contemplou no Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores de produtos e serviços; no mesmo sentido, o que é omissis em Lei específica é regido no Código Civil de 2002. Preponderante ao enunciado, mister trazer a baila o que disciplina Nilza Rodrigues (2007):

“(...) foi o Código de Defesa do Consumidor que ampliou o dever de reparar o dano sem a existência de culpa; isso foi estendido às relações de consumo, mais especificamente artigos 12 e 14 – fato do produto e do serviço – e artigos 18, 19, 20 e 22 – vício do produto ou do serviço –, todos do CDC. O Código de Defesa do Consumidor inaugurou uma nova visão da responsabilidade civil.

O Código Civil brasileiro de 2002 dedicou um capítulo à Responsabilidade Civil, artigos 927 a 954. Admite a responsabilidade objetiva em seu artigo 932; o artigo 933 estabelece que as pessoas mencionadas no artigo 938 responderão sem culpa, portanto, responsabilidade objetiva. Também o artigo 938 é outro exemplo de responsabilidade civil objetiva.

**RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DAS OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR -**  
Rosana Florencio da Silva e Waldomiro Alves da Costa Júnior

A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor foi tratada no artigo 14 e, segundo Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamim e Bruno Miragem, é objetiva, ou seja, não depende de culpa, tão-somente defeito, do consumidor é um dever do fornecedor e imperativo de qualidade. Todas as pessoas que se encontram na cadeia do fornecimento de acordo com o artigo 14 do CDC tornam-se responsáveis solidariamente.”

Segue a autora dizendo:

“Segundo Cláudia Lima Marques, Antônio Hermam Benjamim e Bruno Miragem, a responsabilidade solidária ficou caracterizada no seguinte acórdão: “Responsabilidade solidária: operadora de plano e médico indicado. CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica é responsável pelos serviços que estes prestem. Recurso especial não conhecido (STJ – Resp 138059/MG – rel. Min. Ari Pargendler – j. 13. 03. 2001).”

Salienta-se que, agregado ao fato de ser a responsabilidade dos planos de saúde objetiva como fornecedora de serviços que é, todo procedimento médico-hospitalar somente é liberado ante a autorização da administradora do plano de saúde, o que mais uma vez reforça a tese da responsabilidade objetiva. Nesse diapasão os tribunais têm o seguinte entendimento:

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. OFTALMOLOGISTA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO PLANO DE SAÚDE.

1. Preambularmente, é preciso consignar que o serviço alegadamente defeituoso foi prestado nas dependências do hospital do plano de saúde demandado, assim como o profissional que realizou o procedimento cirúrgico não foi indicado pelo apelante, tratando-se aquele de médico credenciado, disponível na especialidade pretendida. As-

sim, deve ser afastado o reconhecimento da ilegitimidade passiva.

2. Aplica-se a responsabilidade objetiva aos estabelecimentos hospitalares e as empresas prestadoras de serviços sanitários, na forma do art. 14, caput, do CDC, o que faz presumir a culpa do apelante e prescindir da produção de provas a esse respeito, em razão de decorrer aquela do risco da atividade desempenhada.

3. O plano de saúde demandado apenas desonera-se do dever de indenizar caso comprove a ausência de nexo causal, ou seja, prove a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior, ou fato exclusivo de terceiro.

4. Não obstante, para imputar a responsabilidade à empresa demandada, nos termos da legislação consumerista, tratando-se de demanda que discute a atuação técnica do médico que atendeu o demandante, cumpre verificar a ocorrência de culpa pelo profissional, a qual se aplica a responsabilidade civil subjetiva, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, CDC, de sorte a se aferir o nexo causal. Precedentes do STJ.

5. A obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. O objeto da obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente.

6. Não assiste razão ao autor ao imputar aos réus a responsabilidade pelo evento danoso, na medida em que não restou comprovado o nexo de causalidade entre as lesões suportadas pelo autor e o suposto erro médico.

Dado parcial provimento ao apelo, afastada a ilegitimidade passiva do plano de saúde e julgado improcedente o pedido em relação aos réus. (Apelação Cível Nº 70030481931, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 29/07/2009.)”

Veja-se o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO - COOPERATIVA DE ASSISTÊNCIA DE SAÚDE - LEGITIMIDADE PASSIVA - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - CONFIGURAÇÃO - CULPA DO PROFISSIONAL COMPROVADA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - INDENIZAÇÃO DEVIDA - FIXAÇÃO - CRITÉRIOS.- A

**RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DAS OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR -**  
Rosana Florencio da Silva e Waldomiro Alves da Costa Júnior

Cooperativa que mantém plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para ação indenizatória movida por associada em face de erro médico originário de tratamento inadequado determinado por médico cooperativado.- Constatada a imperícia médica por parte do profissional credenciado, devem ser este e a cooperativa que o indicou, ser responsabilizados civilmente, de forma a reparar os danos de ordem material e moral causados ao paciente. (...)" (TJMG, Ap. Cív. 467.378-7, Rel. Des. Elias Camilo, j. 12.05.2005)."<sup>6</sup>

Nada obsta que o paciente vitimado acione solidariamente o plano de saúde, o médico prestador direto do serviço e o hospital credenciados, pois todos são concorrentemente responsáveis solidários à reparação do dano causado.

"As empresas operadoras de planos de saúde são solidariamente responsáveis, juntamente com os médicos e hospitais credenciados que agem, em verdade, como seus verdadeiros prepostos, pelos danos causados aos seus consorciados. Isto ocorre porque as empresas de planos de saúde, ao disponibilizarem uma relação de hospitais ou profissionais credenciados, há que ter se acercado das garantias mínimas de que tais pessoas (físicas e jurídicas) estão aptas a prestar um serviço de boa qualidade, não podendo se eximir ao argumento de que a escolha foi feita pelo usuário dos serviços." (MELO, 2008, p. 149)

Assim, entende o Superior Tribunal de Justiça:

"A prestadora de serviços de plano de saúde é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados, aos quais aquele teve de obrigatoriamente se socorrer sob pena de não fruir da cobertura respectiva" STJ – 4ª T. – Resp 86.095 (96.0003009-0) – SP – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 22.04.1996 – LEX-JSTJ, 86/233.

<sup>6</sup> UNIVERSO JURÍDICO - disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/3956/>>

Não distante disso está o pensar da Douta Julgadora Ministra Nancy Andrighi:

“o médico contratado pelo plano de saúde não é um empregado do plano, é um prestador de serviços autônomo que a operadora contrata para atender a convênios que firme com o objetivo de lucro. Portanto, responde concorrentemente porque contrata para em seu nome prestar o serviço que se comprometeu com os conveniados. Os objetivos do plano de saúde não se limitam a administrar e cobrir os custos da prestação de serviço médico. Além dessa prestação, assume a obrigação de prestar o serviço médico mediante profissionais qualificados e capazes de observarem as regras científicas e técnicas da ciência médica. Por isso, qualquer acidente de consumo, isto é, falha no serviço prestado pelo médico, impõe-se a responsabilidade pelos danos para a operadora e o médico, sendo que aquela responderá objetivamente em virtude do risco proveito assumido pela empresa que desenvolve esta atividade com a finalidade de lucro. Ocorrendo o prejuízo ao usuário-consumidor, independente de culpa do terceiro contratado, pelas leis civis, ou pelas leis trabalhistas a operadora responderá pelo acidente de consumo. Esta é a força da responsabilidade objetiva e solidária que o CDC impõe com o objetivo claro de proteger e ampliar os meios de reparação aos danos que o consumidor sofra. STJ – 3ª Turma – Resp. nº 138.059-MG- j. 11.06.2001 – LEX – JSTJ, 146/104.”

Por fim, incorre em advertir que a responsabilidade objetiva intrínseca nas relações de consumo somente se aplicará aos planos de saúde quando seus contratantes-pacientes-consumidores se valessem de serviços médico-hospitalares credenciados pelo plano de saúde e indicados por estes. Caso contrário, se o usuário do plano de saúde utilizar-se de serviços de rede médica-hospitalar não indicada e/ou credenciada pelo plano de saúde, restará tão somente ao consumidor o reembolso das despesas efetuadas.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os planos de saúde privados podem ser operados por companhias de seguro – os chamados seguros-saúde, por empresas de medicina de grupo, por cooperativas de serviços médicos e por entidades de autogestão ou filantrópicas. Todas essas entidades são reconhecidas como operadoras de plano de saúde, independentemente de sua forma de organização, nos termos do art. 1º da Lei 9.656/98 e devem obedecer as diretrizes e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Se o contrato for fundado na livre escolha pelo beneficiário/segurado de médicos e hospitais com reembolso das despesas no limite da apólice, conforme ocorre, em regra, nos chamados seguros-saúde, não se poderá falar em responsabilidade da seguradora pela má prestação do serviço, na medida em que a eleição dos médicos ou hospitais aqui é feita pelo próprio paciente ou por pessoa de sua confiança, sem indicação de profissionais credenciados ou diretamente vinculados à referida seguradora. A responsabilidade será direta do médico e/ou hospital, se for o caso.

Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço.

A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor, art. 1.521, III, do Código Civil de 1916 e art. 932, III, do Código Civil de 2002. Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor mas, na relação interna, respondem o hospital, o médico e a operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa.

As empresas privadas de planos de saúde têm o dever de ressarcir aos seus contratantes pelos prejuízos causados oriundos de serviços prestados pelos profissionais médicos que indicam, posto que

utilizam de critérios próprios para credenciar tais profissionais sob a fiscalização do Conselho Suplementar de Saúde. Incorre que, tanto o plano de saúde como o profissional médico, são concorrentemente responsáveis pelos prejuízos causados, cabendo ao prejudicado a livre escolha de acionar juridicamente tanto o plano de saúde como o médico prestador direto do serviço como, também, poderá acionar solidariamente os responsáveis pelo dano, competindo para o plano de saúde responder sob a forma objetiva e para o médico responder sob a forma subjetiva. Tal dano sofrido poderá ser motivo de postulação em juízo de indenização tanto moral quanto material pelo prejudicado, sendo que já entende pacífico em julgados pelos tribunais a caracterização da responsabilidade objetiva dos planos de saúde quando acionado juridicamente por caso de erro de médico credenciado.

Por finalizar, fica a seguinte questão: se com destaque e especial relevância, ainda, para aquela advertência do Plano de Saúde que não se responsabiliza pelos atos dos médicos por ele não credenciados. Vale, então, reciprocamente, dizer que assume integral responsabilidade pelos atos dos médicos que integram seus quadros como prestadores de serviços?

## REFERÊNCIAS

- ABRAMGE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA EM GRUPO (São Paulo). **Lei dos planos de saúde**. Disponível em: <<http://www.abramge.com.br/>>. Acesso em: 03 nov. 2014.
- AGUIAR JUNIOR. Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico**. Revista Jurídica. Porto Alegre, v. 45, n.º 231, 2000, p. 155.
- ALMEIDA, Nilza Rodrigues. **Contrato de Plano de Saúde**. São Paulo: EI – Edições Inteligentes, 2007.
- BAÚ, Marilise Kostelnaki. **O Contrato de Assistência Médica e a Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BRASIL. Lei 9.656 de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, 4 jun. 1998.
- JURIS Plenum. Caxias do Sul, RS: Plenum, v. 1-Civil, n. 97, nov. 2007. Em CD. CÓDIGO de Defesa do Consumidor. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva 2006.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. Planos e Seguros de Saúde. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Responsabilidade Civil na Área da Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MARQUES, Claudia Lima. Expectativas legítimas dos consumidores nos planos e seguros privados de saúde e os atuais projetos de lei. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 20, p. 71-87, 1996.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1998.
- MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2008.
- PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. **A Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. Disponível em: <http://alvarestech.com/temp/PDP2011/emc6605.ogliari.prof.ufsc.br/Restrito/responsabilidade%20civil.pdf>.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- UNIVERSO JURÍDICO. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/3956/>>.