

Opiniões 2



Josenir Teixeira

Opiniões 2

1ª edição

São Paulo, SP
2013

Coordenação editorial, gráfica e produção: Magali Marquini

Idealização e coordenação: Josenir Teixeira

Preparação e atualização dos originais: Josenir Teixeira

Revisão: Josenir Teixeira

Capa: ID7 Studio

Design Gráfico: ID7 Studio

Diagramação: ID7 Studio

Impressão: Scuderia Comunicação

JOSENI R TEIXEIRA
A D V O C A C I A

Josenir Teixeira Advocacia

OAB/SP 3.815/97

CNPJ 02.430.626/0001-63

Rua Guaicurus, 563, Lapa, 05033-001

São Paulo/SP (11) 2238.5566

jt@jteixeira.com.br

Acesse:

www.jteixeira.com.br

www.prontuariodopaciente.com.br

www.ibats.org.br

www.advogadocamiliano.com.br

TEIXEIRA, Josenir.

Opiniões 2. São Paulo, 2013, 320 páginas.

CDD: 340

CDU: 340

É permitida a reprodução, desde que citada a fonte.

O conteúdo técnico-científico dos artigos, incluindo tabelas, amostras e documentos, é de inteira responsabilidade do autor.

Para Giovana



*Agradeço a Hilda, Kellen, Luciana, Giovana,
Paulo Camara e Valentim Biazotti*



Sumário - Opiniões 2

| | |
|--|------------|
| APRESENTAÇÃO (Opiniões 1) | 17 |
| CONTRACAPA (Opiniões 1) | 19 |
| APRESENTAÇÃO (Opiniões 2) | 21 |
| CAPÍTULO 1 - TERCEIRO SETOR | 23 |
| 1.1 - A ignorância que dificulta | 25 |
| 1.2 - A importância das Organizações Sociais na gestão da saúde e o debate de sua constitucionalidade no STF | 27 |
| 1.3 - A indevida utilização da formação do Conselho de Administração das Organizações Sociais federais pelos Estados e Municípios | 31 |
| 1.4 - A odisséia das Organizações Sociais no hostil mundo da insegurança jurídica | 59 |
| 1.5 - As Fundações Estatais e o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social | 63 |
| 1.6 - As (in)certezas do Terceiro Setor | 85 |
| 1.7 - Imunidade tributária - panorama atual e perspectivas | 87 |
| 1.8 - O atentado contra as filantrópicas | 107 |
| 1.9 - O desvio de finalidade das ONGs | 109 |
| 1.10 - O Supremo Tribunal Federal e as entidades beneficentes de assistência social | 111 |

| | |
|--|------------|
| 1.11 - O Terceiro Setor avança | 125 |
| 1.12 - Terceirização ou privatização da saúde? Nenhum dos dois: parceria | 127 |
| 1.13 - Terceiro setor: não dá para não tê-lo | 133 |
| CAPÍTULO 2 - SAÚDE | 135 |
| 2.1 - Ai, que loucura ! | 137 |
| 2.2 - Enquanto se tem saúde, quietos estão os santos! | 141 |
| 2.3 - Gestão + Verba = Saúde? | 143 |
| 2.4 - Para que tantos leitos ? | 147 |
| 2.5 - Top, top, top | 151 |
| CAPÍTULO 3 - ASSUNTOS HOSPITALARES | 155 |
| 3.1 - A cobiça dos Conselhos Profissionais | 157 |
| 3.2 - A eficácia da alta a pedido | 161 |
| 3.3 - A FIFA e as Santas Casas | 165 |
| 3.4 - A obrigatoriedade de pagamento de direito autoral pelos hospitais. A visão do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto | 169 |
| 3.5 - A responsabilidade civil dos hospitais pelo “erro” do médico na visão do Superior Tribunal de Justiça | 199 |
| 3.6 - Carlos Cachoeira, a Lei de Acesso e o prontuário do paciente | 233 |
| 3.7 - Hipocrisia versus superlotação | 239 |
| 3.8 - Intervenção em hospitais: é legal? | 243 |
| 3.9 - O sigilo do Prontuário do Paciente é para valer? | 249 |
| CAPÍTULO 4 - ADMINISTRAÇÃO HOSPITALAR | 253 |
| 4.1 - A importância da gestão jurídica em saúde | 255 |
| 4.2 - Vada a bordo, cazzo! | 259 |
| CAPÍTULO 5 - ADVOCACIA | 263 |
| 5.1 - A banana boat e o Judiciário | 265 |
| 5.2 - E quando o cliente não concorda com o advogado? | 269 |

| | |
|--|-----|
| 5.3 - O que importa é ganhar a causa? | 271 |
| CAPÍTULO 6 - MÉDICOS | 275 |
| 6.1 - A horrível letra do médico. De novo. | 277 |
| 6.2 - Autorização para abrir crânios | 279 |
| 6.3 - Bioética | 283 |
| 6.4 - Dê sangue às Testemunhas de Jeová | 289 |
| 6.5 - Médico: seu linguajar ou descaso podem condená-lo | 293 |
| 6.6 - Por quê os cubanos não podem? | 297 |
| CAPÍTULO 7 - DIVERSOS | 301 |
| 7.1 - A importância das coisas! | 303 |
| 7.2 - Acionem o Judiciário | 305 |
| 7.3 - Discursos pífios | 307 |
| 7.4 - Esqueçam o que (não) deveria ser esquecido (ou algo assim) | 309 |
| 7.5 - No que vai dar isso? | 311 |
| 7.6 - Os políticos, o Altíssimo e a mídia | 313 |
| 7.7 - Será que vai dar tempo? | 315 |
| PERIÓDICOS | 317 |
| LIVROS | 319 |



Sumário - Opiniões 1

A seguir você encontra o sumário do primeiro livro da série: Opiniões, de 2010.



INTRODUÇÃO

CAPÍTULO 1 - TERCEIRO SETOR

Patrus matou Montesquieu

Nova filantropia sim. Desrespeito a direitos não

Covarde vivo ou herói morto?

O CEBAS e o PL 3.021

A força-tarefa contra as filantrópicas

A filantropia de mentirinha

O Terceiro Setor e a mídia

A interferência estatal no Terceiro Setor

Entidades “com fins de prejuízo”?

Terceiro Setor: ameaça ou solução?

Afinal, o Terceiro Setor presta?

As filantrópicas bandidas

Falsa devoção

Comentários sobre a nova lei da filantropia (Lei nº 12.101/09)

CAPÍTULO 2 - SAÚDE

Quem deve oferecer saúde à população?

A saúde às favas

CAPÍTULO 3 - ASSUNTOS HOSPITALARES

Por que o hospital não pode terceirizar o médico?

Parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor na saúde

Atualidades sobre o prontuário do paciente

O cheque caução foi proibido?

CAPÍTULO 4 - O ADMINISTRADOR

O Administrador não graduado e o CRA

A punição do administrador no novo Código Civil

CAPÍTULO 5 - ADVOCACIA

O que é isso, companheiro ministro?

Para que serve o advogado?

A cumplicidade entre o advogado e o cliente

O que dizer ao cliente?

A “rapidez” do Judiciário

Assédio moral: a nova “moda”

C’est la vie!

Dá uma olhadinha?

O superjuiz, o advogado e os contratos

Não existe modelo de contrato

CAPÍTULO 6 - OS MÉDICOS

Processos contra médicos

Elabore o consentimento informado

O médico tem que provar que não errou?

Deus, o médico e o mau resultado

A autonomia do paciente é ilimitada?

CAPÍTULO 7 - DIVERSOS

Quanto vale a sua moral?

Os lerdos

Precisamos de um povo melhor!

Nascem pobres demais!

A lei, ora a lei

Como anular o casamento?

A bigamia compensa?

Perda de virgindade antes do casamento não o anula

Cuidado com o seu namoro

O mundo é bão, Sebastião!

A exclusão do Pinto

Os Simpsons

Cotas para negros?

Natal?

Sociedade e mídia

A responsabilidade do dentista

ANEXOS

Mini Biografia

Documentos

Fotos

Entrevistas

Periódicos

Livros

Apresentação - Opiniões 1

Fazer esta coletânea deu enorme trabalho de organização, revisão e atualização dos textos. Mais do que pensei, inicialmente. Mas trouxe enorme prazer e satisfação.

Mais do que isso, o trabalho serve para mostrar o quanto alguns assuntos são discutidos por anos a fio sem que eles sejam de uma vez por todas resolvidos, esclarecidos ou definida a postura definitiva que deve ser adotada em relação a eles.

Eu não me lembrava mais que havia escrito sobre o cheque caução em 1999. Há mais de uma década. Você, caro leitor, é capaz de responder, de pronto, se o hospital pode ou não exigí-lo? Há diferença se o paciente for particular ou beneficiário de convênio?

E o que dizer sobre a incansável tentativa dos Conselhos de profissões que não a Medicina que insistem em fazer com que os hospitais se registrem neles para que, a partir daí, se tornem credores das anuidades? Eu escrevi sobre isso em 1999. Há onze anos. E até hoje vários hospitais são acionados no Judiciário, pelos Conselhos Profissionais, pleiteando exatamente isso.

E a insegurança jurídica na qual o Terceiro Setor esteve e está sempre envolta, diante da insanidade governamental que é obstinado em matar quem lhe ajuda? Foi curioso reler artigos escritos há anos e constatar a sua atualidade. Pouca coisa mudou desde 1990, quando iniciei minha atividade profissional no Terceiro Setor, tendo pela frente o (revogado) Decreto nº 752/93. A situação das entidades sem fins lucrativos, desde então, só fez complicar.

Quem tem acesso ao prontuário do paciente? E a questão da manutenção do sigilo das informações contidas no prontuário e a obrigação de os estabelecimentos de saúde em protegê-lo? Eu escrevo sobre o assunto desde 1998, pelo menos.

Em 2008 publiquei o livro *Prontuário do Paciente: Aspectos Jurídicos*, onde abordei o assunto com mais profundidade.

A retenção de 11% dos prestadores de serviços na fonte, pelos tomadores de serviços, foi por mim comentada em 2001, em 2005 e até hoje o assunto gera discussão nos hospitais, pois os primeiros tentam evitar que os segundos segurem os valores, com o que alguns hospitais compactuam, infelizmente, colocando em risco a própria instituição.

Em 2009, escrevi o livro *Assuntos Hospitalares na Visão Jurídica*, onde reuni mais de 80 assuntos que são enfrentados cotidianamente pelos hospitais e seus profissionais.

É curioso constatar a evolução do pensamento e do jeito de redigir. O aprofundamento do conhecimento gera o poder de síntese. Mas isso traz enorme problema: o trabalho e a preocupação com cada palavra escrita aumentam. E muito. Quando escrevemos sobre questões técnicas há que se conferir se o significado daquilo que pensamos ser realmente o é. Nem sempre o significado de uma palavra é aquele que todos pensam que é. E esse tipo de equívoco não pode ser perpetuado num texto técnico. Ou em qualquer um, na verdade. As palavras devem ser usadas no exato significado e contexto do que elas querem dizer. Isso faz com que a responsabilidade de quem escreve se agrave. Fica mais trabalhoso. Mas a agregação de valor e o aprendizado a partir de tal situação são gratificantes e compensam o esforço.

A reunião de artigos escritos ao longo de anos numa única obra traz vários benefícios. Além da facilidade de manuseio, o trabalho coloca à nossa frente temas que, de certa maneira, estavam esquecidos pelo lapso temporal de quando foram objeto de comentários, mesmo que rápidos e concisos. Além disso, resgata-se a memória da produção técnica, mesmo que modesta.

Os artigos técnicos, invariavelmente, tiveram origem em questões práticas que os hospitais por mim assessorados demandavam. A partir das consultas dos administradores, que se repetem no tempo e continuam a chegar até hoje, resolvi tecer considerações em linhas gerais, sem juridiquês, para que a informação fosse socializada.

Excluí, incluí, mudei e troquei palavras por sinônimos, inverti frases, mudei parágrafos, adaptei a redação às novas normas ortográficas, atualizei nomenclaturas e promovi alterações para melhor compreensão dos textos e de seus contextos.

Espero que o resultado lhe seja palatável, caro leitor.

Boa leitura !

Josenir Teixeira
Novembro/2010

Contracapa (Opiniões 1)

Polêmico, apaixonado, contestador, justo e combativo. Todos estes adjetivos estão fartamente contemplados nos artigos assinados por Josenir Teixeira. Na presente coletânea, portanto, não poderiam faltar. Mas o que não se pode negar são os sólidos conhecimentos e as opiniões abalizadas e fundamentadas, com explicações corretas e sempre baseadas em fatos.

Esta coletânea, dividida em capítulos específicos, proporcionará a diversos profissionais, como dirigentes de hospitais filantrópicos, administradores, advogados ou aos interessados em conhecer os meandros, as verdades e as fantasias que povoam o ambiente hospitalar.

Josenir Teixeira nos proporciona, com estes artigos, uma leitura leve, gostosa e, ao mesmo tempo, altamente esclarecedora deste mundo no qual o autor vive intensamente os seus dias.

Boa leitura e temos certeza que, ao final, teremos a nítida sensação de conhecermos mais sobre os assuntos elaborados, mas principalmente uma grande vontade de mergulharmos sempre e mais nos artigos de Josenir Teixeira.

José Carlos Rizoli
Ex-presidente da Pró-Saúde ABASH
Sócio-Diretor da Riz Consultoria

Apresentação (Opiniões 2)

O exercício de visitar o passado é proveitoso, edificante e contribui para o aprimoramento do conhecimento pessoal e profissional, pois revela sua forma de pensar e proceder e permite a aferição da coerência intelectual.

O substrato colhido da visita deve ser agrupado numa obra que permita rever a produção intelectual com facilidade e possibilite o mesmo a quem não teve a oportunidade de ler os artigos que a compõem à medida em que foram produzidos.

Alguns artigos aqui reunidos são técnicos e outros exprimem opiniões emitidas por influência dos momentos vivenciados. Assuntos continuam sem solução e causando insegurança jurídica, motivo pelo qual quanto mais se escrever sobre eles mais informações serão produzidas para delinear a melhor maneira de regulamentá-los. Essa é a ideia, pelo menos.

Fiquei contente em reler um pequeno artigo que escrevi em 2001, chamado “O atentado contra as filantrópicas”, haja vista a atualidade do seu conteúdo. Outro que me surpreendeu pela atualidade do assunto ali abordado foi “Autorização para abrir crânios”. Em 1999, escrevi o artigo intitulado “Bioética”, assunto que, há 14 anos, e ainda hoje, desperta discussões intermináveis, eis que permeadas por pontos de vista multidisciplinares que incrementam sadiamente o debate.

Este livro reúne 45 artigos, alguns escritos entre 2010 e 2012. Resgatei textos elaborados há mais tempo, em 1999, por exemplo, que não couberam no volume 1 de *Opiniões*, lançado em 2010, mas que são importantes para a identificação da forma de pensar do autor. Aqui estão reunidas considerações sobre assuntos relativos às áreas do Terceiro Setor, saúde, hospital, administração hospitalar, advoca-

cia, médicos e outros, mais genéricos (diversos), que permitirão ao leitor conhecer a postura do autor em relação a eles.

O treinamento de escrever continua sendo prazerosa forma de agregação de valor, crescimento e continua a compensar o esforço. Tomara que eu consiga proporcionar a você, caro leitor, a mesma sensação agradável que tive ao organizar esta coletânea.

Boa leitura !

Josenir Teixeira
Março de 2013

1

Terceiro Setor

Terceiro Setor



1.1 | A ignorância que dificulta

A ignorância é um dos males mais perniciosos da sociedade moderna. O ignorante é aquele que desconhece a existência de algo ou que não está a par de alguma coisa. Muitas pessoas podem ser enquadradas nesta conceituação, inclusive algumas que ocupam cargos públicos de destaque.

Ninguém sabe das coisas. Mas pode-se aprender e minorar a ignorância em relação a elas. O quanto se atenuará da ingenuidade excessiva dependerá do grau de dedicação que o interessado demonstrar. Em qualquer área do conhecimento é assim.

E com a filantropia não é diferente. E nem poderia ser, pois é um assunto árido, complexo, técnico, que possui enorme apelo político e social e serve de instrumento de perpetuação do ignorantismo, quando utilizada de forma nociva e desvirtuada por débeis da nossa sociedade estereotipada.

Além de todos estes adjetivos, e desafiando esta lógica, a filantropia é algo necessário, presente, sentida e conhecida no cotidiano dos menos afortunados, destinatários que são de ações promovidas por particulares imbuídos de amor e generosidade para com os outros.

Os brasileiros definiram que a filantropia, na sua significação macro, é um direito social dos cidadãos, ao escrever a assistência aos desamparados no texto da Constituição Federal (art. 6º), da mesma forma que o trabalho, que lá também aparece com o mesmo status. E foram os brasileiros que definiram que a assistência social tem por objetivo, além da proteção à família, à maternidade e o amparo às crianças e adolescentes carentes, a promoção da integração ao mercado de trabalho.

E se os brasileiros quiseram assim, por meio da Constituinte de 1988, não será

nenhuma autoridade menos preparada que poderá firmar o contrário.

A assistência deve ser promovida pelo Estado, enquanto nação. É para o custeio dela que todos nós pagamos impostos. Todavia, a história registra a incompetência do Estado em assim agir. E é a mesma história que memoriza o trabalho exitoso de entidades sem fins lucrativos constituídas há décadas (algumas há séculos) no atendimento dos carentes de ações que promovam a sua inclusão, sob as suas mais diversas vertentes. É (ou deveria ser) por meio da conjugação de esforços entre o Estado e a sociedade civil organizada que os brasileiros deveriam ter os seus direitos sociais minimamente assegurados, inclusive a assistência e a integração ao mercado de trabalho. Parece fácil e óbvio. Mas não é. Há percalços inacreditáveis neste caminho.

A aproximação entre o Estado e a sociedade nasceu formalmente em 1935, com a edição da Lei n. 91, ainda em vigor, que prevê a possibilidade de declaração de utilidade pública de associações e fundações constituídas para servir desinteressadamente a coletividade. De lá para cá, muita água rolou por debaixo dessa ponte e hoje temos uma teia complexa de regras jurídicas que normatizam este relacionamento.

As leis brasileiras não são nenhum primor de técnica, nem de clareza, pois as pessoas que as fazem não são passíveis de serem bem adjetivadas. Para complicar, uma vez posta a legislação, as pessoas resolvem interpretá-la sem utilizar as técnicas de hermenêutica e, a partir daí, editar outras regras, mais malucas ainda, que às vezes extrapolam os limites legais e constitucionais, visando normatizar o relacionamento entre o Estado e as entidades. É fácil prever o resultado.

Se algumas autoridades ignorantes não atrapalhassem, já seria uma grande ajuda.

1.2 | A importância das Organizações Sociais na gestão da saúde e o debate de sua constitucionalidade no STF

Treze anos parece ser um tempo razoável de casuística para aferição de resultados da implantação de qualquer coisa. Nada que seja totalmente ruim sobrevive tanto tempo. Olhando para trás e para os números, é inegável constatar que houve mais benefícios do que malefícios na aproximação feita pelo Estado de São Paulo com as entidades filantrópicas que possuem expertise na gestão de estabelecimentos de saúde, especialmente hospitais, que redundou na formação de parceria entre eles para fomento e execução de atividades da área da saúde, exteriorizada que foi pela assinatura de Contratos de Gestão, instrumentos jurídicos advindos e regulamentados pela lei.

O Estado de São Paulo editou a Lei Complementar n. 846 em 04.06.1998, que dispôs justamente sobre as regras para atribuição do título de Organização Social para entidades sem fins lucrativos que comprovassem o seu cumprimento. Tal lei foi editada pelo então governador Mário Covas em menos de um mês após a edição da Lei federal n. 9.637/98 (15.05.1998), que dispunha no mesmo sentido.

Desde então, o que se viu foi o aumento e diversificação da parceria entre o Primeiro e o Terceiro setores e a comprovada melhoria no atendimento das pessoas, a partir do cumprimento das metas qualitativas e quantitativas constantes dos Contratos de Gestão, pelas entidades qualificadas como Organização Social por aquele, passo inicial prévio, obrigatório e autorizativo para que possam ser signatárias de tais instrumentos.

É óbvio que mudanças e ajustes tiveram que ser realizados no modelo ao longo de mais de uma década, inclusive a substituição de uma ou outra entidade que se mostrou aquém do cumprimento do desafio que lhe foi proposto. Mas a essência do sistema permanece a mesma: a parceria e a conjugação de esforços em prol do

melhor atendimento da população, no mínimo com dignidade, como manda a Constituição Federal (art. 1º, III).

A tônica da aproximação e do estabelecimento de parceria entre o Poder Público e as entidades sem fins lucrativos é o efetivo e adequado cumprimento dos mandamentos previstos nos artigos 196 da Constituição Federal, que determina que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, e 199, que autoriza a participação da iniciativa privada na assistência à saúde e dispõe sobre a preferência pelas entidades filantrópicas (§ 1º), que obrigatoriamente sempre são sem fins lucrativos.

A participação e contribuição das entidades privadas na área da saúde é absolutamente importante porque o Sistema Único de Saúde (SUS), criado há vinte e um anos pela Lei n. 8.080/90 e regulamentado pelo Decreto 7.508/11, em que pese ser unanimemente reconhecido como bom modelo, ainda padece de crônico problema de financiamento, custeio, acesso, gestão e efetiva implantação na geografia continental brasileira. Além disso, é notório e sabido que os hospitais da administração direta sofrem com a aplicação insana, mas obrigatória, de regras de Direito que foram criadas primitivamente para obras de engenharia e que não levam em consideração a dinâmica operacional própria demandada por pacientes internados que requerem assistência e cuidados contínuos e ininterruptos.

Matiz justificadora da presença das entidades sem fins lucrativos e filantrópicas na contribuição com o Estado na gestão de hospitais públicos, e por isso mesmo objeto de críticas exasperadas, é a possibilidade de elas proverem e abastecerem tais estabelecimentos de forma imediata, desburocratizada, com mais qualidade e mais acessível financeiramente, a partir da utilização e aplicação de benefícios e incentivos fiscais que lhe foram assegurados pelo regular e periódico cumprimento de requisitos constitucionais e infraconstitucionais específicos. Além disso, tais entidades, por serem privadas, constituídas à luz do estipulado pelo Código Civil, não são destinatárias das regras licitatórias que incidem sobre a Administração Pública Direta, Indireta, Autarquias e demais instituições do mesmo naipe ou a ela assemelhadas.

Neste cenário e dentre as ferramentas e possibilidades que estão à disposição do Poder Público e das quais pode se valer para cumprir o dispositivo constitucional de oferecer saúde à população, a qualificação de entidades sem fins lucrativos e filantrópicas como Organizações Sociais pareceu ser a melhor opção, o que é corroborado pela casuística disponível. Tanto é verdade que, depois do Estado de São Paulo, outros treze Estados, o Distrito Federal e quase uma centena de muni-

cípios editaram leis específicas para tratar da certificação aqui mencionada, sendo que grande parte deles formalizaram e implementaram a parceria e dela colhem resultados bastante interessantes no que diz respeito à melhoria e ampliação do atendimento dos usuários do SUS.

Esta exteriorização de ações firma e confirma a correção da adoção da ideologia formadora do Estado Democrático brasileiro no seu viés de regulação e fiscalização, ao invés de o Estado executor direto de atividades para as quais não está preparado tecnicamente, apesar de ser para isso legitimado. Isso também foi possível porque a Constituição Federal permitiu a participação de terceiros em serviços essenciais, mas não exclusivos, em prol dos cidadãos, o que era contrastado pelo Estado Liberal nos séculos XIX e XX, por exemplo.

Ainda naquele ano de 1998, houve o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (n. 1.923) no Supremo Tribunal Federal para discussão do conteúdo da Lei federal n. 9.637/98. O STF indeferiu a liminar em 2007 e, em 2011, iniciou o julgamento da ADIN, sendo proferidos dois votos até agora, um do relator, ministro Carlos Ayres Brito, e outro do ministro Luiz Fux. Em que pese ambos julgarem a ação parcialmente procedente, na prática, e a partir da inteligência acerca da amplitude de seus votos, o modelo de aproximação do Poder Público com as entidades sem fins lucrativos, para atuação em áreas (sociais) consideradas essenciais, mas não privativas nem exclusivas do Estado, está validado. O voto do relator, mais agressivo quanto à inconstitucionalidade parcial da lei federal, reconhece que o “mecanismo de parceria” ou a “protagonização conjunta” é um modo de colaboração adequado de o Poder Público se relacionar com o setor privado.

Noutra vertente, a opção e decisão pela adoção de modelos de intervenção direta ou indireta (gerenciamento, por exemplo) que serão implementados na sociedade são exclusivas daqueles agentes eleitos que receberam dos eleitores a autorização para assim atuarem, segundo afirmou o ministro Luiz Fux. Portanto, ao que tudo indica, a experiência exitosa do Estado de São Paulo mostra que o gestor público andou bem ao apostar nos bons resultados que poderiam advir da conjugação de esforços entre o Estado e entidades filantrópicas tradicionais e experimentadas na gestão de estabelecimentos hospitalares.

Seminários realizados pelo Brasil afora tratando do tema aqui abordado, em linhas gerais, confirmam o acerto na escolha e utilização do sistema de parceria entre o Poder Público e as entidades sem fins lucrativos, a partir da qualificação destas como Organizações Sociais, que se mostra viável, eficaz e eficiente para

imprimir mudanças palpáveis na melhoria do atendimento das pessoas na área da saúde.

Não foi a outra conclusão a que se chegou no III Seminário Terceiro Setor e Parcerias na Área da Saúde, promovido pelo IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Público, em São Paulo, nos dias 16 e 17 de junho de 2011. As manifestações e os cases apresentados durante o evento mostraram resultados concretos e estatísticas favoráveis a indicar cenário e contexto bastante propícios para que a parceria entre o Primeiro e o Terceiro setores continue a ser implantada pelo país, a partir do seu constante e necessário aprimoramento e desenho específico para as situações locais que serão objeto da experimentação do modelo.

É preferível tentar opções, mesmo que inovadoras, do que insistir naquelas que comprovadamente nunca atingiram os seus objetivos. Para o usuário do SUS não interessa o nome ou a forma de realização do modelo de assistência. Interessa-lhe ter o seu problema de saúde resolvido. Isso a Constituição Federal lhe assegura. Cabe aos governos cumprir a ordem emanada da Constituição. A sistemática das Organizações Sociais tem se mostrado alternativa governamental eficiente para o atendimento do cidadão, conforme insistem em provar os números e resultados dela advinda.

Publicado na revista Consulex n. 348,
Ano XV, de 15 de Julho/2011, p. 36/37.

1.3 | A indevida utilização da formação do Conselho de Administração das Organizações Sociais federais pelos Estados e Municípios

SUMÁRIO: 1. Introdução e contextualização do assunto. 2. Não obrigatoriedade legal de criação de Conselhos pelas entidades sem fins lucrativos. 3. Criação dos Conselhos a partir da analogia com a Lei das Sociedades Anônimas 4. Contexto de criação das Organizações Sociais federais. 5. Objetivo da criação dos Conselhos de Administração das Organizações Sociais federais e suas consequências administrativas e jurídicas. 6. Contexto da criação das Organizações Sociais estaduais e municipais. 7. Diferença entre as premissas das leis federais, estaduais e municipais para a criação dos Conselhos de Administração. 8. Impertinência da transposição da composição do Conselho de Administração das Organizações Sociais federais para as estaduais e municipais. 9. Parcerias entre os poderes públicos estaduais e municipais com entidades sem fins lucrativos já constituídas. 10. Confronto jurídico entre as leis estaduais e municipais com o Código Civil. Prevalência deste como norma a ser cumprida pelas associações civis. 11. Conclusão. 12. Bibliografia

RESUMO: A exigência da criação de Conselho de Administração pelas entidades sem fins lucrativos de direito privado, no seu estatuto, é inconstitucional e ilegal. O previsto nas leis estaduais e municipais, que copiaram os mesmos ditames constantes na lei federal n. 9.637/98, é impertinente, pois a premissa da qual esta partiu é diferente daquelas em que os entes políticos se basearam. Este artigo procura fundamentar juridicamente essa afirmação.

1. INTRODUÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO DO ASSUNTO

A premissa que norteia a criação de leis estaduais e municipais que qualificam entidades sem fins lucrativos com o título de Organizações Sociais é diferente da

qual partiu o legislador que criou a lei federal n. 9.637/98.

Por conta dessa diferença e da sua não percepção pelos legisladores municipais e estaduais, que importam dispositivos da lei federal sem a preocupação de adequá-los à sua realidade, aberrações e anomalias jurídicas são cometidas, o que acaba por trazer insegurança jurídica às entidades que têm interesse em firmar parcerias com o Poder Público.

A lei federal n. 9.637/98 transformou órgãos públicos em entidades privadas e previu que, com estas, a União firmaria instrumentos jurídicos de parceria. Ao realizar tal transformação, os órgãos públicos federais foram extintos e deram origem a entidades privadas por meio do registro de seus atos constitutivos nos cartórios de registro de pessoa jurídica competentes. Referida lei traz com ela o Anexo I, que nomina os órgãos públicos que foram extintos e que dariam lugar a entidades de direito privado, também nele mencionadas. A partir da criação de tais entidades privadas, com a extinção dos órgãos públicos, a União Federal firmou parcerias com a nova pessoa jurídica privada surgida, por meio do instrumento jurídico denominado Contrato de Gestão, visando o desenvolvimento de atividades¹ com menos engessamento burocrático, com direcionamento de foco no resultado e menos ênfase na burocracia.

As leis estaduais e municipais, todavia, e em regra generalíssima, não tratam da extinção de nenhum órgão público que os integrasse anteriormente. Estados e municípios buscam firmar parcerias com entidades sem fins lucrativos já existentes para que, juntos, consigam atingir determinados objetivos com mais precisão, rapidez e eficiência. Aliás, a maioria da legislação municipal e estadual exige que a entidade sem fins lucrativos que manifeste interesse na parceria demonstre possuir experiência de anos na execução das atividades que pretende ver desenvolvidas. E isso somente é possível a partir da preexistência formal e jurídica da entidade, naturalmente.

Ao extinguir órgãos públicos e transformá-los em pessoas jurídicas de direito privado, o legislador federal pretendeu continuar a participar e, de certa maneira, manter o controle da nova entidade privada surgida, o que é compreensível, já que ela nasceu justamente de dentro da Administração Pública federal para fora. Para que fosse possível exercer este comando ou essa participação, a lei federal n. 9.637/98 previu a criação de um Conselho de Administração, pela nova pessoa

1 - Lei n. 9.637/98 – Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

jurídica², cuja composição exige a presença de determinado percentual (20 a 40%) de membros natos do Poder Público³ que deu origem à nova pessoa jurídica.

A importação (ou mera cópia) dos dispositivos textuais da lei federal pelos Estados e municípios sem o necessário joeiramento do que é factível para a sua realidade acaba por criar legislação que se constitui em monstrengo jurídico e que inviabiliza o seu cumprimento pelas entidades sem fins lucrativos, pois a premissa da qual partiram os entes políticos estaduais e municipais é diferente da qual partiu a União Federal.

É este o tema sobre o qual brevemente discorreremos.

2. NÃO OBRIGATORIEDADE LEGAL DE CRIAÇÃO DE CONSELHOS PELAS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

A lei que rege a criação e funcionamento das associações (também chamadas de instituições, entidades, organizações etc.) sem fins lucrativos é o Código Civil (Lei n. 10.406/02), especificamente nos seus artigos 53 a 61.

Determina referido Código quais são os itens que devem obrigatoriamente conter no estatuto das associações:

Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterá:

I - a denominação, os fins e a sede da associação;

II - os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;

III - os direitos e deveres dos associados;

IV - as fontes de recursos para sua manutenção;

V - o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos;

VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução.

VII - a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas.

2 - Lei n. 9.637/98 - Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social: [...] c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei; d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

3 - Lei n. 9.637/98 - Art. 3º O conselho de administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos: I - ser composto por: a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade; [...]

A Lei dos Registros Públicos (n. 6.015/73) traz previsões parecidas e que também são de cumprimento obrigatório.

Art. 120. O registro das sociedades, fundações e partidos políticos consistirá na declaração, feita em livro, pelo oficial, do número de ordem, da data da apresentação e da espécie do ato constitutivo, com as seguintes indicações:

I - a denominação, o fundo social, quando houver, os fins e a sede da associação ou fundação, bem como o tempo de sua duração;

II - o modo por que se administra e representa a sociedade, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;

III - se o estatuto, o contrato ou o compromisso é reformável, no tocante à administração, e de que modo;

IV - se os membros respondem ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais;

V - as condições de extinção da pessoa jurídica e nesse caso o destino do seu patrimônio;

VI - os nomes dos fundadores ou instituidores e dos membros da diretoria, provisória ou definitiva, com indicação da nacionalidade, estado civil e profissão de cada um, bem como o nome e residência do apresentante dos exemplares.

Não se verifica em nenhuma dessas normas jurídicas a obrigatoriedade de criação de qualquer tipo de Conselho (Deliberativo, Consultivo, Administrativo, Fiscal, de Administração etc.). Já era assim no revogado Código Civil editado em 1916, que cuidava das associações sem fins lucrativos nos artigos 16 a 23. Para existirem e funcionarem, referidas entidades prescindem da existência de quaisquer Conselhos, simplesmente porque a lei de regência não impõe que, no estatuto, haja especificação acerca da sua criação, composição e funcionamento. A criação de Conselhos, sejam eles quais forem, é faculdade concedida pelo legislador às pessoas que tencionam criar entidades sem fins lucrativos. Associações podem existir sem a necessidade de se criar nenhum Conselho, nem o Fiscal, que é o mais comum.

E tal postura é sustentada pela própria Constituição Federal (CF), que prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II).

Esta é a premissa que se deve partir, até porque a Constituição Federal assegura a criação de associações e veda a interferência estatal no seu funcionamento (art. 5º, XVII, XVIII, XIX e XX). Isso nada mais é do que a liberdade que a asso-

ciação tem de existência e governança autônoma, sem ingerência estatal. Uadi Lammêgo Bulos comenta referido comando constitucional e afirma que “o direito de auto-organização significa que as associações e cooperativas possuem autonomia, permitindo-lhes elaborar os seus próprios atos constitutivos, escolhendo livremente as pessoas sem qualquer interferência do Poder Público”.⁴

Isso é diferente do que acontece com as sociedades por ações, por exemplo, que são obrigadas a observar os ditames da Lei n. 6.404/76, que exige a criação do Conselho de Administração (art. 138, § 2^o) e, para qualquer tipo de sociedade anônima, o Conselho Fiscal (art. 161⁶).

Muito se discute sobre a reforma do Estado e as várias leis daí decorrentes que surgiram no cenário jurídico, mas não se olvide o ponto de partida sobre a constituição e funcionamento das entidades sem fins lucrativos de direito privado.

Isso porque há leis que obrigam as entidades a apresentarem no seu estatuto certas modalidades de Conselhos para que obtenham esta ou aquela certificação ou qualificação, como, por exemplo, a lei n. 9.637/98⁷, que dispõe sobre a qualificação das entidades como organizações sociais. Nela há a Seção II – Do Conselho de Administração (arts. 3^o e 4^o), que exige a criação de tal órgão para que a entidade receba tal qualificação pelo Poder Público.

A lei n. 9.790/99, que trata da qualificação de OSCIP (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público), exige a criação do Conselho Fiscal pela entidade que tenha interesse em obter tal título do Poder Público. Eis o texto legal:

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:

[...]

III - a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade;

4 - Lammêgo Bulos, Uadi. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 182.

5 - Lei n. 6.404/76 - Art. 138. A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria. § 1º O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores. § 2º As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração.

6 - Lei n. 6.404/76 - Art. 161. A companhia terá um conselho fiscal e o estatuto disporá sobre seu funcionamento, de modo permanente ou nos exercícios sociais em que for instalado a pedido de acionistas. [...]

7 - Precedida das Medidas Provisórias 1.591/97 e 1.648/98.

Ainda que tenha contexto e “justificativa” para a existência do Conselho de Administração, no caso das organizações sociais, esta imposição despreza a legislação codificada e, por tal motivo, não passa imune a severa crítica, inclusive diante da inconstitucionalidade que a macula.

Na mesma esteira existem leis municipais e estaduais que sequer apresentam motivação para tal inserção, além do desprezo das normas constitucionais e infra-constitucionais.

3. CRIAÇÃO DOS CONSELHOS A PARTIR DA ANALOGIA COM A LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

Os Conselhos constituem-se em eficazes instrumentos de gestão. Alguns são instituídos por imposição legal. Outros, a partir da vontade dos idealizadores e constituidores das pessoas jurídicas, que inserem dispositivos nos atos constitutivos das pessoas jurídicas.

Nas sociedades anônimas, a figura dos Conselhos tem feito parte da estratégia de governança corporativa e, por força das alterações advindas da lei n. 12.431/11, que alterou o artigo n. 146 da lei n. 6.404/76, levou à busca da profissionalização, vez que não há mais a necessidade de os membros do Conselho de Administração serem acionistas.

Compete ao Conselho de Administração das sociedades anônimas (art. 142, lei n. 6.404/76), por exemplo: fixar a orientação geral dos negócios da companhia, eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhe as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto, fiscalizar a gestão dos diretores, manifestar-se previamente sobre o relatório da administração e as contas da diretoria.

Já se verificava antes da promulgação da lei o crescimento de empresas que decidiram abrir o seu capital, o que fez surgir cursos para quem faz ou quer fazer parte de Conselhos, pois “se antes, os cargos de conselheiros eram ocupados na base do “quem indica”, e as cadeiras completamente reservadas para pessoas acima de 50 anos, hoje pelo menos é possível que o profissional mais jovem comece a se preparar para participar de um Conselho de Administração à medida que avança na carreira”.⁸

No panorama mundial, o Conselho de Administração ganhou destaque com a crise financeira global que se propagou em 2008, onde muitos apontaram a sua inoperância e até mesmo convivência com as práticas adotadas pelas empresas em geral.

Não se pode afirmar que a ideia do Conselho de Administração imposto pela

8 - Scheller, Fernando. O Estado de São Paulo. Carreiras, B 21. 25 nov 2010.

lei n. 9.637/98⁹ às entidades sem fins lucrativos de direito privado seja subsidiária da lei n. 6.404/76. O cerne da primeira quanto à existência do Conselho de Administração é a escancarada intromissão na existência e no desenvolvimento de atividades pela entidade privada, vez que impõe na sua composição a presença de 20 a 40% de membros representantes do Poder Público (alínea “a”, inciso I, art. 3º). O Conselho de Administração imposto pela lei n. 9.637/98 possui como atribuições privativas (art. 4º):

- I - fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto;*
- II - aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;*
- III - aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos;*
- IV - designar e dispensar os membros da diretoria;*
- V - fixar a remuneração dos membros da diretoria;*
- VI - aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros;*
- VII - aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências;*
- VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;*
- IX - aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria;*
- X - fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.*

A leitura da lei n. 9.637/98 nos permite concluir que o Poder Público, representado por seus membros, imiscuirá na administração da entidade de direito privado surgida da extinção de órgãos públicos, em afronta à proibição constitucional de interferência estatal no funcionamento da associação, o que também colide com ditames previstos no Código Civil.

9 - Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção de órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.

4. CONTEXTO DE CRIAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS FEDERAIS

A lei n. 9.637/98 surgiu da necessidade de reforma do Estado. Fernando Henrique Cardoso, então presidente da República, discorreu sobre o assunto:

Vivemos hoje num cenário global que traz novos desafios às sociedades e aos Estados nacionais. Não é nenhuma novidade dizer que estamos numa fase de reorganização tanto do sistema econômico, como também do próprio sistema político mundial. Como consequência desse fenômeno, impõe-se a reorganização dos Estados nacionais, para que eles possam fazer frente a esses desafios que estão presentes na conjuntura atual.

[...]

Reformar o Estado não significa desmantelá-lo. Pelo contrário, a reforma jamais poderia significar uma desorganização do sistema administrativo e do sistema político de decisões e, muito menos, é claro, levar à diminuição da capacidade regulatória do Estado, ou ainda, à diminuição do seu poder de liderar o processo de mudanças, definindo o seu rumo.

[...]

Às vésperas da minha posse, realizamos um grande seminário internacional, aqui mesmo no Itamarati. Recordo-me de uma discussão a respeito do papel das organizações não-governamentais e do Estado. No início, essa relação ONG - Estado era marcada por uma espécie de distanciamento, até mesmo pelo antagonismo.

[...]

Isso significa que nós temos que preparar a nossa administração para a superação dos modelos burocráticos do passado, de forma a incorporar técnicas gerenciais que introduzam na cultura do trabalho público as noções indispensáveis de qualidade, produtividade, resultados, responsabilidade dos funcionários, entre outras. Antagonismo.¹⁰

O Senado Federal, por intermédio da sua Advocacia, apresentou informações nos autos da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN n. 1.923-5¹¹ (STF), defendendo a lei em comento como um dos resultados da reforma do Estado:

Dentre as ações mais inovadoras e da maior relevância, encontra-se a regulamen-

10 - Pereira, Luiz Carlos Bresser Pereira e Spink, Peter, organizadores. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. Rio de Janeiro: editora Fundação Getúlio Vargas, 2007, p. 15 a 17.

11 - De autoria do Partido dos Trabalhadores - PT e do Partido Democrático Trabalhista - PDT, alegando inconstitucionalidade da lei 9.637/98.

tação, por intermédio das normas aqui impugnadas, das Organizações Sociais.

*Tais organizações não governamentais, cuja criação passa a ser incentivada pelo Estado, têm por finalidade **incentivar a colaboração da sociedade civil organizada nas atividades públicas** bem como dinamizar a atuação dos entes prestadores de serviços públicos, iniciativa que se insere na implementação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, o qual prevê a publicização dos serviços não-exclusivos do Estado, que consiste na absorção de atividades e serviços, ora geridos pelo Estado, por tais entidades privadas e sem fins lucrativos, que tenham sido qualificadas como Organizações Sociais, o chamado “terceiro setor”. Este projeto pretende estabelecer parcerias do Estado com a sociedade para a gestão de serviços de natureza social, contemplando o foco no cidadão-cliente, a ênfase no desempenho, na autonomia administrativa e no controle social. (negrito no original)*

Luiz Carlos Bresser Pereira¹², um dos protagonistas da reforma do Estado, explica:

Na década de 80, logo após a eclosão da crise de endividamento internacional, o tema que prendeu a atenção de políticos e formuladores de políticas públicas em todo o mundo foi o ajuste estrutural ou, em termos mais analíticos, o ajuste fiscal e as reformas orientadas para o mercado. Nos anos 90, embora o ajuste estrutural continue figurando entre os principais objetivos, a ênfase deslocou-se para a reforma do Estado, particularmente para a reforma administrativa. A questão central hoje é como reconstruir o Estado – como redefinir um novo Estado em um mundo globalizado.

Também no Brasil ocorreu essa mudança de perspectiva. Uma das principais reformas a que se dedica o governo Fernando Henrique Cardoso é a reforma da administração pública, (...).

Escolhido para o cargo de ministro, propus que a reforma administrativa fosse incluída entre as reformas constitucionais já definidas como prioritárias pelo novo governo – reforma fiscal, reforma da previdência social e eliminação dos monopólios estatais.

O contexto da criação das Organizações Sociais tem origem na reforma do Estado (Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado do Brasil – 1995), por meio do qual o ente político busca a ajuda das entidades privadas sem fins lucrativos, mediante parceria, para a realização da gestão eficiente, no sentido lato do termo, quanto à prestação de serviços não exclusivos do Estado, nestes incluídos o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, a proteção e preser-

12 - Pereira, Luiz Carlos Bresser Pereira e Spink, Peter, organizadores. Ob. Cit., p. 21.

vação do meio ambiente, a cultura e a saúde.

O modelo gerencial das Organizações Sociais não é novo. No Brasil, desde 1991 há forma similar de prestação de serviços realizado pelo Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais (Brasília/DF), pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos criada por intermédio da lei n. 8.246/91¹³ e que definiu o estabelecimento de Contrato de Gestão entre o Ministério da Saúde e a recém-criada associação, que é gestora da Rede Sarah de Hospitais do Aparelho Locomotor. Esta lei autorizou o Poder Executivo a extinguir a Fundação das Pioneiras Sociais, no seu artigo 2º. Hoje, esta rede conta com hospitais em Brasília/DF, Salvador/BA, Belo Horizonte/MG e São Luís/MS, sendo que a prestação de serviços é de notória excelência, reconhecida nacional e internacionalmente.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, por intermédio do seu voto-vista na Medida Cautelar em ADIN n. 1.923, que indeferiu a liminar, destinou tópico específico (V) para expor a experiência da Associação das Pioneiras Sociais, nos seguintes termos:

Além da vasta legislação estadual atualmente existente sobre o tema das Organizações Sociais, o que comprova a larga aceitação e o sucesso desse novo modelo de gestão de serviços públicos, talvez um dos argumentos mais contundentes para afastar a alegada necessidade de concessão de medida cautelar nesta ação esteja na exemplar experiência da Associação das Pioneiras Sociais (APS), instituição gestora da Rede Sarah de Hospitais do Aparelho Locomotor.

[...]

O modelo de contrato de gestão estabelecido pela lei impugnada – Lei n° 9.637/98 – baseou-se amplamente nesse sistema de gestão instituído pela Lei n° 8.246/91.

Imbuído do espírito de renovação e melhoria na prestação de serviços, e tendo como referência a lei n. 8.246/91, a debatida lei n. 9.637/98 (no seu Anexo I) extinguiu dois órgãos públicos: o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e a Fundação Roquette Pinto e autorizou a qualificação de ambas como Organizações Sociais, agora na qualidade de pessoas jurídicas de direito privado criadas com as seguintes denominações sociais: Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron - ABTLus e Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto – ACERP.

A partir da criação de tais entidades sem fins lucrativos de direito privado, a União Federal com elas firmou parcerias por meio de Contrato de Gestão, visando

¹³ - Em 1960 foi instituída a Fundação das Pioneiras Sociais (lei n. 3.736/60), que incorporou a Sociedade Civil Associação Pioneiras Sociais, posteriormente extinta por força do Decreto n. 370/91.

o desenvolvimento de atividades com menos imobilização burocrática e orientação de foco no resultado.

5. OBJETIVO DA CRIAÇÃO DOS CONSELHOS DE ADMINISTRAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS FEDERAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS ADMINISTRATIVAS E JURÍDICAS

A reforma do Estado foi o ponto de partida para a criação da lei da Organização Social, sendo que a lei n. 9.637/98, além do novo modelo gerencial apresentado, extinguiu dois órgãos públicos e autorizou o Poder Executivo a qualificar como Organizações Sociais as pessoas jurídicas de direito privado que foram criadas a partir daquela extinção.

Para que não perdesse o controle das pessoas jurídicas de direito privado criadas, inseriram-se na lei artigos relativos à criação do Conselho de Administração, obrigando a pessoa jurídica privada a compô-lo da forma ali prevista, inclusive com membros natos do Poder Público, pelo menos na proporção de 20 (vinte) a 40% (quarenta por cento). Dessa forma, o Primeiro Setor manteria certo controle quanto aos destinos dos extintos órgãos públicos.

A participação de membros natos do Poder Público no Conselho de Administração das pessoas jurídicas de direito privado tem razão de ser: estas foram criadas a partir da extinção de órgãos públicos. Este foi o objetivo da criação dos Conselhos de Administração das Organizações Sociais federais.

Ocorre que o legislador não se deu conta da gravidade desta imposição e suas consequências, pois outras entidades já existentes ou, ainda, novas que seriam criadas (não pelo Poder Executivo, mas por particulares) poderiam desejar obter a qualificação de Organizações Sociais, e elas teriam que permitir que representantes do Poder Público tivessem assento no Conselho de Administração que por elas deveria ser criado.

A intenção de haver controle social via Poder Público e membros representantes da sociedade civil (alíneas “a” e “b”, inciso I, do art. 3º, da lei n. 9.637/98), faz com que a entidade de direito privado que pretenda se qualificar como Organização Social perca a sua identidade, pois pessoas estranhas à sua realidade, ao seu cotidiano e à sua missão, passarão a opinar, tomar decisões e traçar diretrizes em seu nome, inclusive no que diz respeito à reforma de seu estatuto e à sua própria extinção. Isso é absolutamente temerário e não garantirá o aumento da eficiência e qualidade na prestação de serviços, além de ser fruto de inacreditável irreflexão do legislador que assim agiu.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado menciona que “as organi-

zações sociais terão autonomia financeira e administrativa” e, num paradoxo, cita, imediatamente após tal afirmação, a composição do Conselho de Administração. Reforçando a ideia de autonomia, o Plano defende que, em decorrência dela, seus dirigentes terão maior responsabilidade pelo seu destino.

É óbvio que o Conselho de Administração, com a composição prevista pela lei n. 9.637/98 e cujas atribuições gerenciais que lhe são impostas, retira ilegalmente a autonomia administrativa da entidade de direito privado já existente e que pretenda obter a qualificação de organização social outorgada por estados e municípios. E isso ocorre porque os textos da esmagadora maioria das leis estaduais e municipais são plagiados da lei federal sem nenhum pudor e sem a necessária adequação à realidade de tais entes políticos e à diferença de suas necessidades.

Afirmou Luiz Carlos Bresser Pereira que “no estatuto legal das organizações sociais, há toda uma série de exigências para garantir seu caráter público e para evitar que a mesma seja feudalizada. O requisito principal é o de que, no estatuto da entidade, o poder não esteja concentrado nos sócios (se se tratar de associação), mas no Conselho de Administração.”¹⁴

Vê-se, também por isso, que a transposição impensada do modelo federal para os estados e municípios, sem as necessárias adequações, se mostra inadequado, diante da discrepância das entidades sem fins lucrativos de direito privado buscadas pelos últimos entes políticos, que não extinguem órgãos públicos de suas estruturas, diferentemente do que foi feito pelo primeiro.

A prestação de serviços de interesse público por outrem que não o Estado¹⁵ não é novidade. Antes do advento legal das Organizações Sociais, as atividades da área da saúde, por exemplo, há muito não são exercidas somente pelo Estado. As pessoas jurídicas de direito público firmam parcerias (convênios, principalmente) com associações sem fins lucrativos para o gerenciamento das suas unidades de saúde há décadas. E não se tem notícia que houvesse exigência acerca da obrigatoriedade da criação de qualquer Conselho de Administração para que o relacionamento pudesse se efetivar. É verdade que os tempos são outros, mas as leis precisam ser analisadas no seu conjunto e de forma harmônica.

O Decreto-lei n. 200/67, que trata da organização da Administração Federal e
14 - Pereira, Luiz Carlos Bresser. Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: editora ENAP, 1998, p. 249.

15 - Diferentemente do que fundamentou o Ministro Eros Grau na Medida Cautelar em ADIN 1923-5: “A ingerência governamental é justificada pela circunstância de tratar-se de entidades vocacionadas à absorção de atividades de interesse público até aqui exercidas pelo Estado, seja por meio de seus órgãos, seja por via de entes da Administração Pública Indireta.

Daí a exigência, para sua qualificação jurídica, entre outras, de um conselho de administração com até quarenta por cento dos membros escolhidos pelo poder público, com poderes para: (...)”

estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, em vigor até os dias de hoje, já previa exatamente isso, ao dispor:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução. (sic)

A fiscalização acerca do cumprimento das obrigações e prestação de contas do dinheiro público que era transferido para a associação sempre existiu e se dá por intermédio dos mecanismos previstos na lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações).

É certo que a qualificação de entidade como Organização Social e o firmamento do Contrato de Gestão prescindem de licitação. No entanto, o Poder Público não está descoberto de rigorosos mecanismos aptos a fiscalizar as parceiras. Ele pode e deve fiscalizar (contábil, operacional, patrimonial, orçamentária e financeiramente) de diversas formas, inclusive pelas previstas na própria lei para o controle interno, via contrato de gestão, e também para o externo, por intermédio do Tribunal de Contas da União – TCU.

Ainda que haja controvérsia sobre a legitimidade do TCU em fiscalizar a entidade privada diretamente, diante do previsto no art. 70, CF, o entendimento a seguir mencionado mostra-se o mais correto:

O caput do art. 70 da CF/88 estabelece a realização de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta ou indireta, não permitindo, a princípio, sua incidência sobre o terceiro setor parceiro do Estado. No parágrafo único do citado preceito constitucional – reforçado, a nosso ver, pelo conteúdo dos incisos II e IV do art. 71, CF -, há menção, no entanto, ao dever de prestação de contas por entidades privadas quando gestoras de recursos públicos, podendo-se asseverar ter o constituinte incluído as entidades do terceiro setor no âmbito de incidência dos tipos de fiscalização.¹⁶

16 - Schoenmaker, Janaina. Controle das Parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor pelos Tribunais de Contas. São Paulo: Editora Fórum, 2011, p. 80.

As competências da União estão apresentadas ao longo dos vários incisos dos arts. 21 a 24, CF, e não se verifica em nenhum deles a permissão para interferir na administração de pessoa jurídica de direito privado. E nem poderia ser diferente, haja vista a expressa vedação do inciso XVIII, do art. 5º, da Carta Magna.

Não pode o Poder Público fazer parte da gestão e nem interferir na tomada das decisões da entidade privada, muito menos determinar o que deve ou não constar no seu estatuto, ainda que sob o manto da lei (inconstitucional, nos artigos debatidos) e sob a justificativa de que esta exerce atividade pública e recebe bens, verbas e servidores públicos. Isso nada mais é do que o aviltamento do Estado Democrático de Direito, que tem como um dos seus fundamentos o valor social do trabalho e o da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF).

Esta imposição legal representa hediondo e perigoso retrocesso aos tempos do Estado Novo, no qual a CF de 1937 interrompeu o Estado Democrático iniciado em 1934 e impôs restrições e arbitrariedades sob a justificativa do estado de apreensão no país pela infiltração comunista (Preâmbulo). Era Getúlio Vargas, auxiliado por seu ministro da Justiça Francisco Campos, no exercício da ditadura e do afastamento da democracia do país.

Os dias passaram, o mundo evoluiu, as Constituições Federais brasileiras sofreram importantes alterações (1946, 1967, 1969¹⁷, 1988) e não é possível aceitar que o Poder Público volte a estabelecer regras para o funcionamento das associações, que é o que se via com a permissão constitucional da época de Vargas (CF/37) e, pior, faça parte efetiva da sua administração.

A exigência para que haja o Conselho de Administração e que nele integre determinado número de membros representantes do Poder Público, a partir da obrigação de previsão estatutária da entidade, mandada pelo Estado, demonstra o desatendimento do princípio da razoabilidade que, nas palavras de Fábio Pallaretti Calcini, é uma “forma de controle do mérito dos atos estatais”¹⁸, inclusive os legislativos.

O mesmo autor¹⁹ cita José Afonso da Silva, no que se refere à abertura que o princípio da razoabilidade proporciona:

[...] uma ampla possibilidade de questionamento judicial acerca do mérito dos atos legislativos e administrativos, cuja margem de discricção perde a exagerada

17 - Tratou-se de Emenda Constitucional – EC 1/69, mas que pela significativa reforma é considerada por muitos como outra Constituição.

18 - Calcini, Fábio Pallaretti, O Princípio da Razoabilidade Um limite à discricionariedade administrativa. Campinas: Editora Millennium, 2003, p. 143.

19 - Calcini, Fábio Pallaretti. Ob. Cit., p. 146.

*onipotência que normalmente se lhe atribui, de modo a permitir aos juizes exercer um efetivo controle no tocante à razoabilidade e à racionalidade das classificações legislativas, que não devem ser arbitrarias, implausíveis ou caprichosas, mas meios idôneos, hábeis e necessários ao atingimento de finalidade constitucionalmente válida, exigindo-se, para tanto, uma indispensável relação de congruência com o fim a que se destinam.*²⁰

Outro enfoque a ser abordado refere-se à participação dos servidores da União nos Conselhos de Administração.

Aplicando-se por analogia o comando do inciso X, do art. 117, da lei n. 8.112/90 (que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), que proíbe o servidor de fazer parte de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, com exceção prevista no inciso I do mesmo artigo, para participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros, conclui-se que também por este prisma legal a participação dos membros do Poder Público na tomada de decisões acerca da administração de entidades privadas por intermédio do Conselho de Administração é inadmissível.

O Estado tem o direito-dever de fiscalizar, mas não tem o direito e nem legitimidade para administrar as entidades privadas por intermédio do Conselho de Administração.

É possível entender o objetivo primeiro do legislador federal para a criação do Conselho de Administração, mas isso não passa pelo crivo da constitucionalidade. As alíneas “c” e “d” do inciso I dos artigos 2º, art. 3 e incisos IV e VI, 4º, da lei n. 9.637/98, são inconstitucionais, além de irem de encontro ao previsto no artigo 59 do Código Civil.

6. CONTEXTO DA CRIAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS ESTADUAIS E MUNICIPAIS

A lei de criação das Organizações Sociais federais partiu de premissa estudada acima. Já as leis que instituíram a qualificação das Organizações Sociais no âmbito dos Estados e municípios partiram da lei federal, mediante aproveitamento por estes daquele texto normativo, pois a intenção de modernização e busca da eficiência na prestação dos serviços públicos é interessante e atraente para o bom

²⁰ - Silva, José Afonso. O princípio da razoabilidade da lei. Limites da função legislativa. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 220, abr./jun., 2000, p. 350.

administrador público.

Porém, a cópia dos dispositivos da lei federal, pelos Estados e Municípios, sem a adaptação da norma jurídica para a sua realidade, acaba por criar *franksteins* jurídicos que impedem o seu integral cumprimento, como deveria ser exigido.

A premissa da qual partem estados e municípios é totalmente diferente da qual partiu a União Federal. Falta às leis municipais e estaduais aquilatar o que realmente pretendem seus titulares, diante dos seus cenários específicos.

Cabe destaque ao tão mencionado Conselho de Administração que, ainda que inconstitucional a sua previsão pela lei n. 9.637/98, houve pretensa “justificativa” para tanto, vez que, ao extinguir órgãos públicos e transformá-los em pessoas jurídicas de direito privado, o legislador federal pretendeu continuar a participar e manter o controle das novas entidades surgidas.

Para que fosse possível exercer este comando ou essa participação, a lei federal n. 9.637/98 previu a criação do referido Conselho pela nova pessoa jurídica, cuja composição exige a presença de determinado percentual de membros natos do Poder Público, ou seja, daquele Poder que deu origem à nova pessoa jurídica.

Deveriam os criadores de tais leis municipais e estaduais levar em conta a sua realidade e o que realmente necessitam e não simplesmente copiar legislação sem a necessária reflexão a respeito da sua aplicabilidade e possibilidade de cumprimento integral pelas entidades sem fins lucrativos privadas que se interessarem em ajudar os governos a cumprirem os mandamentos constitucionais que lhes são impostos.

A consequência, infelizmente, é o contínuo descumprimento da legislação pelas entidades, o que as vulnera e lhes traz incomensurável insegurança jurídica, com a qual, infelizmente, terão que conviver, se quiserem efetivamente contribuir com o ente político, o que não se mostra razoável nem plausível.

7. DIFERENÇA ENTRE AS PREMISSAS DAS LEIS FEDERAIS, ESTADUAIS E MUNICIPAIS PARA A CRIAÇÃO DOS CONSELHOS DE ADMINISTRAÇÃO

A premissa que norteia a criação de leis estaduais e municipais que qualificam entidades sem fins lucrativos com o título de Organizações Sociais, no que se refere ao Conselho de Administração, é diferente da qual partiu o legislador que criou a lei federal n. 9.637/98.

A lei federal teve como pressuposto para criação do Conselho de Administração a permanência no gerenciamento das atividades desenvolvidas pelas entidades privadas criadas por conta da extinção dos órgãos públicos.

Diferentemente, as leis estaduais e municipais não tratam da extinção de nenhum órgão público que os integrasse anteriormente. Estados e municípios buscam firmar parcerias com entidades sem fins lucrativos já existentes para que, juntos, consigam atingir determinados objetivos com mais precisão, rapidez e eficiência. Aliás, a maioria dessas legislações municipais e estaduais exige que a entidade sem fins lucrativos tenha experiência de anos na execução das atividades que pretende ver desenvolvidas.

Por conta dessa diferença e da não percepção pelos legisladores municipais e estaduais, que importam dispositivos da lei federal sem a preocupação de adequá-los ao seu contexto, equívocos jurídicos são cometidos, o que fragiliza o relacionamento entre as partes e expõe as entidades de forma indevida e não desejada.

O outro lado também merece destaque, que é a legislação estadual e municipal elaborada a partir da redação federal, mas respeitando, nem que seja de modo relativo, se é que isso é possível, a Constituição Federal no que aquela desprezou em relação à proibição de interferência estatal no funcionamento das associações.

Cabe referência à Lei Complementar n. 846/98, do Estado de São Paulo, que foi regulamentada pelo Decreto n. 43.493/98, onde a composição do Conselho de Administração não conta com representantes do Poder Público:

Artigo 3º. - O Conselho de Administração deve estar estruturado nos termos do respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos:

I - ser composto por:

a) até 55 % (cinquenta e cinco por cento) no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;

b) 35 % (trinta e cinco por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do Conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;

c) 10 % (dez por cento) de membros eleitos pelos empregados da entidade;

Peca referida lei por exigir que a entidade preveja no seu estatuto a criação do Conselho de Administração e por manter algumas atribuições que são privativas da assembleia geral, conforme previsto no artigo 59 Código Civil, para o indigitado Conselho: alteração do estatuto e destituição dos administradores.

Situação idêntica é a verificada na lei n. 14.132/06, do município de São Paulo²¹:

21 - Lei desafiada por intermédio da ADIN 130.726-0/7-00, de autoria do Diretório Estadual do Partido

Art. 3º O Conselho de Administração deve estar estruturado nos termos do respectivo estatuto, observados, para fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos:

I - ser composto por:

- a) 55% (cinquenta e cinco por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;*
- b) 35% (trinta e cinco por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do Conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;*
- c) 10% (dez por cento) de membros eleitos pelos empregados da entidade;*

Isso já não acontece, por exemplo, com a lei n. 2.546/08, editada pelo município de Guararema/SP, onde o legislador teve sensibilidade e extirpou as violações da Constituição Federal e do Código Civil que tinham na lei paradigma (9.637/98) e elaborou a lei de Organização Social no âmbito municipal que merece atenção:

Art. 6º – A entidade deverá criar um Conselho de Administração, por intermédio de ata de assembleia geral extraordinária de seus associados, para decidir todas as questões inerentes ao Contrato de Gestão no Município onde for qualificada como Organização Social, devendo tal órgão ser regido pelas seguintes regras:

I - ser composto por:

- a) 60% (sessenta por cento) de membros eleitos dentre os membros ou os associados;*
- b) 30% (trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do Conselho de Administração, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral do Município;*
- c) 10% (dez por cento) de membros eleitos pelos empregados da entidade.*

Nos termos da lei em comento, deverá existir o Conselho de Administração, mas não previsto no estatuto (o que atende o Código Civil), mas por meio de assembleia geral extraordinária, cuja deliberação é reduzida por escrito, em ata.

Referido Conselho de Administração versará sobre assuntos relacionados com o contrato de gestão que for firmado com o município, ou seja, específico para este fim e sem a ingerência estatal, vez que não impõe na sua composição a presença de membros do Poder Público (o que respeita a Constituição Federal). É dos Trabalhadores e julgada improcedente pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo – decisão de 28/2/2007.

a medida exata para a criação e atribuições do Conselho, até porque a associação poderá, assim, firmar contratos de gestão precedidos de qualificação como organização social com diferentes municípios e estados, sem que a sua administração, como um todo, fique à mercê do Poder Público nas suas diversas esferas.

8. IMPERTINÊNCIA DA TRANSPOSIÇÃO DA COMPOSIÇÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS FEDERAIS PARA AS ESTADUAIS E MUNICIPAIS

A lei n. 9.637/98 criou o Programa Nacional de Publicização que, segundo Luiz Carlos Bresser Pereira²², “constitui uma alternativa ao estatismo, que pretende tudo realizar diretamente pelo Estado, e a privatização, pela qual se pretende tudo reduzir à lógica do mercado e do lucro privado.” Continua o autor afirmando que

O processo de publicização começa com a decisão da entidade e do ministro supervisor de caminhar nessa direção. Tomada de decisão, é necessário para extinguir a entidade estatal que realiza as atividades a serem publicizadas para que estas possam ser absorvidas por uma associação ou fundação de direito privado, criada por pessoas físicas.

[...]

O aumento da esfera pública não-estatal aqui proposto não significa, portanto, a privatização de atividades do Estado. Ao contrário, trata-se de ampliar o caráter democrático e participativo da esfera pública, subordinada a um Direito Público renovado e ampliado. A impossibilidade de captura privada ou privatização da entidade (que assim se transformaria em uma falsa OSPNE, como existem muitas no Brasil) está automaticamente garantida pelo contrato de gestão e pela própria natureza da entidade. Não obstante, uma série de cautelas legais e administrativas foram adotadas, particularmente a exigência do contrato de gestão, o permanente controle dos resultados pelo ministério supervisor e pelos órgãos de controle interno e externo e a própria constituição do conselho de administração, no qual a presença de personalidades da sociedade eleitas e de representantes natos da sociedade civil permitirá um maior controle social.

Está indiscutivelmente claro que o raciocínio para a criação e composição do Conselho de Administração foi desenvolvido a partir da publicização de órgão público, ou seja, a extinção dele e a criação de associação civil sem fins lucrativos de direito privado que absorveria as suas atividades, a verba, servidores públicos e os bens, estes de forma precária.

²² - Pereira, Luiz Carlos Bresser. Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: editora ENAP, 1998, p. 246 e 249.

Luciana de Medeiros Fernandes analisa o nascimento das organizações sociais advindas da publicização como “designativos de pessoas jurídicas de direito privado, instituídas com feição nitidamente substitutiva de órgãos ou entidades de direito público, cujas atribuições devem ser incorporadas pelos novos agentes privados, através da celebração de contratos de gestão. Negou-se, por assim dizer, às organizações sociais a espontaneidade de atuação da sociedade civil, elemento que está na base teórica das noções de parceria entre o público e privado e de Estado subsidiário.”²³

Nessa linha de raciocínio, a premissa era de que somente seriam qualificadas como Organização Social as extintas entidades estatais, justificando, portanto, o surgimento do Conselho de Administração. Afinal, a ideia do Estado não era (nem nunca foi, neste particular) privatizar, mas publicizar, o que significa transferir a execução da prestação de serviços não exclusivos, mas mantendo o controle da pessoa jurídica de direito privado.

E foi nesta equivocada visão que o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ilmar Galvão, prolatou o seu voto na Medida Cautelar em ADIN n. 1.923-5, cujo excerto induz o desavisado a erro:

Na verdade, por meio da “qualificação” que os habilita a cumprir o contrato de gestão, atua o Estado como verdadeiro criador da organização, que nenhum objetivo terá senão servir como agente descentralizador da Administração, com a qual mantém relação de dependência constante e efetiva, não limitado à cooperação para produção de determinados resultados, mas decisiva.

O contrato de gestão, causa determinante da instituição das organizações sociais, estabelece, como se viu, as atribuições e responsabilidades do novo ente, o Ministério a que será adstrito, as bases gerais de sua organização, as funções dos órgãos de direção e os bens e meios econômicos que lhes serão atribuídos.

Não passam, portanto, de simples instrumento técnico de que se utiliza o Estado para a gestão de seus próprios serviços; por ele criado, utilizado e, quando for o caso, extinto por via da desqualificação.

[...]

A sua extinção ou dissolução só pode ser decidida pelo Estado. Não é, portanto, o árbitro de sua própria vida, do mesmo modo que não pode subtrair-se nem abdicar do desempenho da função pública que lhe foi destinada e que executa como função própria do Estado, desenvolvida por meio de sua capacidade ordinária de

²³ - Fernandes, Luciana de Medeiros. Reforma do Estado e Terceiro Setor. Curitiba: editora Juruá, 2009, p. 347.

direito privado.

Não apenas seu nascimento, repita-se, mas também a sua vida e a sua morte se acham na dependência da vontade do Estado, ao qual, por óbvio, permanecem íntima e indissolúvelmente ligadas, como os demais entes da administração indireta, razão pela qual, nesse ponto, estão submetidas a princípios de direito público.

No trecho acima transcrito há nítido enleio entre a existência da associação civil sem fins lucrativos, pessoa jurídica de direito privado que é, com a qualificação como Organização Social, que representa uma titulação, dando a impressão de serem única coisa.

Parte o relator do pressuposto, pela redação transcrita, que só existirá organização social advinda da finalização do órgão público e consequente nascimento da entidade privada, sendo o Estado responsável por tudo: criação, gestão e até a definição da sua morte.

Causa estranheza esta limitada percepção da lei, mas isso demonstra que o pensamento, embora equivocado, para que o Estado administre e controle por meio do Conselho de Administração tais associações qualificadas como Organização Social, é coerente.

Este raciocínio também foi utilizado por um dos principais mentores da reforma do Estado, o então ministro Luiz Carlos Bresser Pereira. Mas isso que não reflete o alcance da lei, pois outras associações civis sem fins lucrativos, que não as criadas pelo Estado, também podem pretender se qualificar como Organização Social perante o Poder Público. E, neste caso, razão nenhuma há para a existência do Conselho de Administração e muito menos que, na sua composição, figurem membros do Poder Público, vez que não se originaram de extintos órgãos públicos.

Por esta razão, a existência do Conselho de Administração na esfera federal tem certa lógica, o que não se reconhece seja constitucional. Nos âmbitos municipais e estaduais não existe coerência ou lógica nenhuma, pois os seus legisladores, de forma impertinente e desavisada, simplesmente transpuseram o texto federal para as suas esferas, sem que, ao menos, estivesse a exigência do Conselho de Administração (e sua composição) justificada pela extinção de órgãos públicos para a criação de associações civis de direito privado, tal qual aconteceu na lei n. 9.637/98, o que não afasta, de qualquer forma, a violação constitucional.

9. PARCERIAS ENTRE OS PODERES PÚBLICOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS COM ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS JÁ CONSTITUÍDAS

Muitos entes políticos optaram pela parceria com as entidades sem fins lucrativos, impulsionados pela forma instituída inicialmente pela lei n. 9.637/98 e copiada por eles nos seus âmbitos de atuação, alguns com as necessárias adaptações, mas outros não. São exemplos que regulam a qualificação das Organizações Sociais pelo Poder Público:²⁴

| Ente político | Nº da lei |
|---------------------|---------------------|
| Bahia | 7.027/97 e 8.647/03 |
| Ceará | 12.781/97 |
| Espírito Santo | LC 158/99 e 489/09 |
| Goiás | 15.503/05 |
| Maranhão | 7.066/98 |
| Rondônia | 2.387/11 |
| Iguape (SP) | 2.037/10 |
| Itupeva (SP) | 1.718/09 |
| Praia Grande (SP) | 1.398/08 |
| Uberlândia (MG) | 7.579/00 |
| Rio de Janeiro – RJ | 5.026/09 |

Também contam com leis específicas sobre Organizações Sociais estados como o Pará (5.980/96), Pernambuco (11.743/00), Santa Catarina (12.929/04), Espírito Santo, Acre (Medida Provisória n. 01/06) e o Distrito Federal (4.081/08), entre outros.

Vários municípios também editaram leis sobre Organizações Sociais, tais como São Paulo (14.132/06), São Carlos/SP (14.060/07), Atibaia/SP (Lei Complementar 457/05), São Sebastião (1.872/07), Cubatão/SP (2.764/02), Santo André/SP (8.294/01), Barretos (3.447/01), Barueri/SP (1.360/03), São Vicente/SP (1.865-A/07), Jundiaí/SP (7.116/08), Araucária/PR (1.856/08), Ipatinga/MG

²⁴ - Teixeira, Josenir. O Terceiro Setor em Perspectiva. Da estrutura à função social. São Paulo: editora Fórum, 2011, p. 179/181. Nesta obra há relação de 52 entes políticos.

(2.340/07), entre outros.

Muitas entidades que não foram criadas pelo Poder Público²⁵ e nem a partir da extinção de órgãos públicos celebraram Contrato de Gestão com o Estado de São Paulo, dentre elas:

| Entidade | Hospital |
|---|--|
| Associação Beneficente Casa de Saúde Santa Marcelina | Geral de Itaquapecetuba |
| | Geral do Itaim Paulista |
| Associação Congregação de Santa Catarina | Geral de Pedreira |
| | Geral de Itapevi |
| Fundação ABC | Estadual Mário Covas Santo André |
| | Geral de Guarulhos |
| Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo | Ambulatório de Especialidades Dr. Geraldo Paulo Bourroul |
| | Geral de Itapeçerica da Serra |
| SECONCI – Serviço Social da Indústria da Construção Mobiliário do Estado de São Paulo | Estadual de Vila Alpina |
| | Centro de Referência do Idoso da Zona Norte |
| | |

Inclua-se no quadro acima a entidade denominada Cruzada Bandeirante São Camilo Assistência Médico-Social que possui mais de 10 (dez) contratos de gestão com o governo do Estado de São Paulo e a entidade denominada Pró-Saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar que possui diversos contratos de gestão com vários entes políticos por todo o Brasil.

As parcerias firmadas entre as entidades do Terceiro Setor e o Poder Público, especialmente pela qualificação como Organização Social, acabou se transformando e se realizando em modelo de gestão por meio do qual os entes políticos passaram de executores ou prestadores diretos de serviços para reguladores da atividade, por meio da fiscalização e avaliação qualita-

25 - Teixeira, Josenir. Ob.cit., p. 183/184. O que demonstra que o raciocínio utilizado na lei n. 9.638/97 para inserção do Conselho de Administração e sua composição (estatais/órgãos públicos extintos para criação de entidades privadas) é limitado, pois esta não é a única forma de a entidade ser constituída e poder se qualificar como Organização Social.

tiva periódicas das ações desenvolvidas pelas entidades sem fins lucrativos e cumprimento das metas por eles²⁶.

10. CONFRONTO JURÍDICO ENTRE AS LEIS ESTADUAIS E MUNICIPAIS COM O CÓDIGO CIVIL. PREVALÊNCIA DESTES COMO NORMA A SER CUMPRIDA PELAS ASSOCIAÇÕES CIVIS

O artigo 54 do Código Civil determina o que deve conter no estatuto de uma associação civil, sob pena de impossibilidade de seu registro. Exige o inciso V de tal artigo que se identifique o modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos. Não se impõe expressa ou tacitamente quais sejam estes órgãos, muito menos a composição deles. Não se exige que a associação tenha no seu estatuto a previsão da existência do Conselho de Administração, sua composição e que parte dos seus componentes seja representantes do Poder Público ou de entidades da sociedade civil, que é o que impõe as alíneas “c” e “d”, inciso I, artigos 2º e 3º da lei n. 9.637/98, inúmeras vezes reproduzidas país afora.

O tumulto legislativo não para aí. As atribuições do Conselho de Administração verificadas nos incisos IV e VI do artigo 4º da lei n. 9.637/98 e as suas cópias pelos Poderes Executivos municipais e estaduais violam o Código Civil (art. 59, incisos I e II), na medida em que este determina que compete privativamente à assembleia geral eleger e destituir administradores e alterar o estatuto.

A lei n. 9.637/98 e outras estaduais e municipais que são reproduções dela tiram da competência da assembleia geral, que é exclusiva (ou privativa), tais atribuições e as transfere para o Conselho de Administração, desprezando o comando do Código Civil, sem revogá-lo expressamente. E nem poderia, haja vista que aquela lei cuida de qualificação, ou seja, concessão de um título e não de regras para criação de pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos, que é o que prevêem os dispositivos civilistas.

Tramita no Supremo Tribunal Federal, além da ADIN n. 1.923-5, a de n.1.943-1/DF²⁷ contra as leis n. 9.637/98 e 9.648/98²⁸, estando ambas aguardando julgamento do mérito. Em voto proferido na Medida Cautelar em ADIN 1.923-5/DF, o ministro Ilmar Galvão (relator), que foi contrário à concessão da liminar, fundamentou assim seu posicionamento:

26 - Teixeira, Josenir. Ob. cit. p. 109.

27 - De autoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

28 - Altera o inciso XXIV, art. 24, lei 8.666/93. Trata da dispensa de licitação para celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais qualificadas, no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

Os dispositivos legais transcritos instituíram, entre nós, sob a denominação de organizações sociais, um novo tipo de entidade de direito privado, destinada a atuar nas áreas do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde.

Sua qualificação como tal é feita pelo Governo, por meio de ato do Poder Executivo, mediante a comprovação de observância de requisitos minuciosamente especificados nos arts. 2º, 3º e 4º da lei transcrita.

O entendimento do ministro merece contraposição, pois inexistente um novo tipo de entidade de direito privado. A entidade – associação, no rigor técnico legislativo - é aquela mesma prevista no Código Civil (arts. 44²⁹, 53 a 61). A Presidência da República, por intermédio da Advocacia Geral da União – AGU, nas informações prestadas na mesma Medida Cautelar, reconheceu que:

Não houve, propriamente, criação ou instituição de novo tipo societário. São, na verdade, sociedades civis sem fins lucrativos que, acomodando-se nos requisitos enumerados na lei, podem qualificar-se como organizações sociais. E, aí, espera-se que, um pouco menos peiadas, consigam mais eficientemente prestar os serviços que o Estado, com as amarras que lhe apuseram, não vem conseguindo.

A AGU salientou, em outra passagem, que “nenhuma entidade é constituída como organização social”, vez que a sua criação passa, necessariamente, pela forma prevista no Código Civil e, caso queira se qualificar como organização social, seguirá a lei de qualificação.

A lei n. 9.637/98 dispõe sobre a forma de qualificação como Organização Social de entidade preexistente, ou seja, já constituída como associação sem fins econômicos, além de dispor sobre o contrato de gestão e assuntos correlatos. Exceção somente verificada em relação à Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron - ABTLus e à Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto – ACERP, cuja criação de ambas foi expressamente referida na lei.

Organização Social é a denominação de uma qualificação (título, certificação, condecoração etc.) que o Poder Executivo, das três esferas políticas, discricionariamente, pode conceder às entidades sem fins lucrativos que preencherem os requisitos das respectivas legislações que as criaram e cujas finalidades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, dentre outras, conforme

29 - Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I – as associações; II – as sociedades; III – as fundações. IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos. VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

previsão legal específica. Não é nova forma de pessoa jurídica.

Deve prevalecer o previsto pelo artigo 54 do Código Civil sobre o conteúdo do estatuto da associação, que não exige a criação de Conselho de Administração, sua composição e atribuições, e o artigo 59 do mesmo diploma, no que pertine à alteração do estatuto (inciso II) e destituição dos administradores (inciso I), serem de competência exclusiva da assembleia geral.

11. CONCLUSÃO

A existência das Organizações Sociais como modelo ou sistema de gestão, ao que tudo indica, veio para ficar, até diante da necessidade de modernização efetiva e eficaz da administração pública.

A lei n. 9.637/98 não passa a brancas nuvens pelo crivo da constitucionalidade, pecando pela exigência do Conselho de Administração e ingerência estatal na entidade privada, além de retirar atribuições privativas da assembleia geral e transferi-la para o Conselho de Administração, sem autorização constitucional para fazê-lo.

Seguem nessa mesma linha equivocada algumas leis estaduais e municipais. Há minoria que partiu do modelo apresentado pela lei n. 9.637/98, adaptou-a à sua realidade e observou a Constituição Federal e o Código Civil.

A inconstitucionalidade acima defendida ainda não foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. Já são catorze anos que a lei está em vigência e as entidades estão, de uma forma ou de outra, fazendo as adaptações para a qualificação como organização social ou simplesmente deixando de fazê-las. Nesta hipótese, os órgãos públicos perdem a oportunidade de firmar contratos de gestão com pessoas jurídicas competentes nas suas áreas de atuação.

O debate está instituído e a discussão tem que ser enfrentada. Veja-se que o ministro Eros Grau, num primeiro momento, deferiu a liminar na Medida Cautelar em ADIN n. 1.923-5, mas reconsiderou a sua decisão para negá-la definitivamente, após o voto-vista do ministro Gilmar Mendes, que trouxe importantes informações acerca da existência e do eficiente trabalho desenvolvido por Organizações Sociais.

O ministro Eros Grau não fechou os olhos para a realidade que lhe foi apresentada, ainda que consignou não estar convencido da constitucionalidade da lei n. 9.637/98. Fato é que repensou a sua posição e isso é de inegável importância.

Os legisladores estaduais e municipais precisam repensar suas legislações, partindo do que dispõe a Constituição Federal sobre a proibição da interferência estatal no funcionamento das associações de direito privado, do contexto da cria-

ção dos artigos aqui tratados e não se olvidando dos imprescindíveis mecanismos que a própria lei n. 9.637/98 coloca à disposição para o controle, fiscalização e avaliação do contrato de gestão.

Falta a diversas leis municipais e estaduais aquilatar o que realmente pretendem os titulares do Poder Executivo. Deveriam os criadores dessas leis pensar na sua realidade e no que realmente necessitam e não simplesmente copiar legislação sem a necessária reflexão a respeito da sua aplicabilidade e possibilidade de cumprimento integral pelas entidades que se interessarem em ajudar os governos a se realizarem. A disparidade entre o previsto nas leis e o que é possível realizar traz insegurança jurídica para ambos os lados, Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos, e vulnera a solidez do relacionamento, dando margem a questionamentos jurídicos que facilmente poderiam ser evitados.

A consequência dessa sanha legislativa irrefletida é a criação de leis estaduais e municipais que não podem ser cumpridas na integralidade pelas entidades sem fins lucrativos que pretendam ser qualificadas como Organizações Sociais pelo Poder Público, pois normalmente não lhes é possível alterar seu estatuto da forma exigida por estas normas, o que confirma e reafirma o sentimento de falta de proteção com o qual passam a conviver, neste particular.

A participação de membros natos do Poder Público no Conselho de Administração das novas pessoas jurídicas privadas criadas pela União Federal (ou órgãos públicos federais) tem razão de ser: essas novas pessoas jurídicas foram criadas a partir da extinção de órgãos públicos.

A participação de membros natos do poder Público no Conselho de Administração de entidades sem fins lucrativos já constituídas não tem nenhuma razão de ser e se configura, na verdade, em odiosa interferência estatal no seu funcionamento, o que é proibido pelo artigo 5º, inciso XVIII, da Constituição Federal.

Ainda que se imponha a necessidade de criação do Conselho de Administração, que o faça sem atropelos ao Código Civil, que não o exige, e sem a intromissão na sua composição com a indicação da presença de membros do Poder Público e de entidades da sociedade civil, pois “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Da forma como se apresenta a lei federal n. 9.637/98 e as estaduais e municipais, que são sua reprodução, em geral, é inegável a indevida e impertinente a utilização da composição do Conselho de Administração federal para estas.

O Brasil está numa crescente onda de modernização e de mudanças. Para que isso aconteça de forma democrática e sem retrocesso, deve haver o respeito à

Constituição Federal aos institutos legal e constitucionalmente estabelecidos, por mais óbvio que essa afirmação possa parecer.

12. BIBLIOGRAFIA

CALCINI, Fábio Pallaretti, O Princípio da Razoabilidade Um limite à discricionariedade administrativa. Campinas: Millennium, 2003.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. Reforma do Estado e Terceiro Setor. Curitiba: Juruá, 2009.

LAMMÊGO BULOS, Uadi. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser Pereira e Spink, Peter, organizadores. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2007.

_____. Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. Brasília: ENAP, 1998.

SILVA, José Afonso. O princípio da razoabilidade da lei. Limites da função legislativa. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 220, abr./jun., 2000.

SCHELLER, Fernando. O Estado de São Paulo. Carreiras. 25 novembro 2010, B 21.

SCHOENMAKER, Janaina. Controle das Parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor pelos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TEIXEIRA, Josenir. O Terceiro Setor em Perspectiva: da estrutura à função social. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Publicado na Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, Ano 6, n. 12, p. 125-153, Jul/Dez 2012.

1.4 | A odisseia das Organizações Sociais no hostil mundo da insegurança jurídica

São poucas as discussões qualificadas a respeito das várias vertentes relativas às Organizações Sociais. As facetas e complexidades do assunto são várias: jurídicas, contábeis, operacionais, econômicas, técnico-administrativas, médicas etc.

Entendimentos filosóficos adornados ao bel prazer do intérprete, convicções políticas radicalizadas, análises superficiais, míopes e distorcidas da verdade, conservadorismos, conhecimento pueril de argumentos jurídicos, além de visão retrógrada da evolução da sociedade e dos novos tempos, fazem com que o assunto vire repetição chata de meros palpites abruptos sem solidez mínima que os sustentem.

Pessoas parciais ocupam espaços midiáticos e agem com desonestidade intelectual ao não serem justos com os fatos e nem com a realidade, demonstrando grosseiramente que estão a serviço de terceiros.

Operadores do Direto enfrentam o tema com simplicidade incrível como se ele fosse banal e não se constituísse em enorme alteração de postura jurídica diante da mudança da sociedade, da exigência das pessoas, dos modelos governamentais e das alternativas que o mercado profissional disponibiliza ou sugere.

Enquanto a questão das parcerias entre os entes políticos e as entidades sem fins lucrativos não for enfrentada com o nível intelectual que merece continuaremos a assistir espetáculos montados sobre conceitos ultrapassados que não encontram eco na modernidade dos tempos.

Quem procura e firma parceria com as entidades sem fins lucrativos é o Poder Público. É o agente público que, baseado em pareceres jurídicos e vontades políticas de autoridade constituídas legalmente, decidem se aproximar das entidades

do Terceiro Setor e firmar parceria para que elas apliquem em prol da população a sua expertise técnico-administrativa, a partir do financiamento público de tais atividades. Isso é parceria, conforme conceituam e preveem as leis estaduais e municipais promulgadas neste sentido por centenas de entes políticos espalhados pelo País, a partir da previsão constitucional (art. 199) que permite livremente à iniciativa privada a assistência à saúde, dando “preferência” às entidades sem fins lucrativos.

Isso não é terceirização e nem privatização. Isso é parceria. A etimologia de tais palavras e o próprio conceito jurídico delas decorrente não permite o estelionato intelectual praticado por corporativistas esquerdistas retrógrados. Aliás, nem de longe se deve tratar o assunto como se ele integrasse a plataforma de governos neoliberais. Não é isso. Trata-se simplesmente de se reconhecer a imprescindibilidade das entidades sem fins lucrativos no auxílio ao Estado naquilo que ele não é capaz de realizar sozinho. O atendimento digno e eficaz da população não pode ser perpassado por ideologias políticas e nem deveria ser utilizado como moeda de troca partidária. Pena que a natureza do ser humano consiga desvirtuar até isso!

Por outro lado e numa análise jurídica mais apurada, pode-se afirmar que mesmo a terceirização, no seu sentido conceitual, e não no pejorativo, tem previsão na Constituição Federal (art. 197), quando se prevê que a execução das ações e serviços de saúde pode ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Isso não retira do Poder Público a sua competência integral quanto à regulamentação, fiscalização e controle daquelas ações e serviços de saúde, pois as pessoas jurídicas de direito privado sujeitam-se ao seu domínio.

Outra confusão, feita de forma proposital, é tratar o público como se somente estatal ele pudesse ser. Isso é falseamento da verdade, recurso do qual se valem os críticos órfãos de argumentos para tentar engambelar a opinião pública. Do ponto de vista jurídico, a dicotomia entre público e estatal já foi definida há décadas: nem tudo o que é público precisa ser estatal. Pessoas jurídicas privadas podem desenvolver atividades públicas sem nenhuma restrição e sem que isso constitua qualquer infringência à Constituição Federal ou às normas infraconstitucionais. Já é hora de “mudar o disco” e partimos para discussões construtivas mais pormenorizadas visando minorar os efetivos dilemas da saúde nos quais nossa sociedade está mergulhada.

Os problemas da saúde estão concentrados em três eixos: acesso, gestão e financiamento. Como aumentar e administrar o dinheiro de forma eficiente para que o

brasileiro consiga ser atendido na sua necessidade, como manda a Constituição? É notório que a verba destinada à saúde, algo próximo a R\$ 70 bilhões por ano, não é suficiente para atender os brasileiros. Saúde não tem preço, mas tem custo. E a tecnologia aumenta este custo a cada ano. Além disso, e muito importante, há que se garantir aos médicos as condições necessárias para que eles atendam os pacientes a contento, como pleiteiam os seus representantes. E eles estão certos, neste particular. O governo federal não fez nenhuma força para que a regulamentação da Emenda Constitucional n. 29 fosse aprovada tal qual foi proposta: aplicação de 10% da Receita Corrente Bruta (RCB), o que injetaria mais R\$ 32,5 bilhões (2011) na saúde. É questão de prioridade. E a culpa não é só do atual governo, mas também dos anteriores, que não mexeram uma palha neste sentido.

Os argutos pseudo-intelectuais teóricos, enclausurados em suas faculdades e distanciados da realidade cotidiana, criticam o repasse de verbas financeiras pelos governos para as entidades sem fins lucrativos qualificadas por ato daqueles mesmos como Organizações Sociais. O que os “çábios” não sabem é que os valores constantes dos Contratos de Gestão correspondem exatamente ao custeio das atividades que serão realizadas em determinado equipamento de saúde, conforme consta discriminadamente dos anexos de tal instrumento jurídico. Do sofá, é fácil criar teorias conspiratórias e apontar impropriedades que não encontram eco no dinamismo da atividade hospitalar, que trata de gente que têm organismos que apontam reações diferentes a um mesmo tratamento.

Não há nenhum modelo melhor do que as Organizações Sociais que possa ser aplicado imediatamente para fazer com que a população seja atendida com eficiência e dignidade mínimas na área da saúde. O ideal é que o governo cumprisse a ordem constitucional de assegurar saúde para todos os cidadãos. Enquanto isso não acontece, rejeitar referido modelo, por repúdio, parece ser fruto de pirraça de bovídeos.

Publicado na revista Notícias Hospitalares n. 72,
Ano 12, Dez/12, Jan/Fev/2013, p. 32 e 33.

1.5 | As Fundações Estatais e o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social

FERNANDO BORGES MÂNICA

Doutor em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito pela UFPR.

www.fernandomanica.com.br

JOSENIR TEIXEIRA [...]

SUMÁRIO: 1. Da consulta. 2. Do Parecer. 2.1 Previsão legal preconstitucional. 2.2 Previsão constitucional. 2.3 Natureza jurídica. 2.4. Critérios para definição da personalidade e repercussões em seu regime jurídico. 2.5. O regime jurídico-constitucional das fundações estatais. 2.6 A natureza jurídica da Fundação X. 2.7. Possibilidade de obtenção do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS). 3. Conclusões e resposta aos quesitos

EMENTA: FUNDAÇÃO ESTATAL MUNICIPAL. NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE REGRAS ESPECÍFICAS DE DIREITO PÚBLICO. QUALIFICAÇÃO COMO ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. POSSIBILIDADE.

1. DA CONSULTA

Fundação X apresenta consulta com o objetivo de obter orientações quanto à definição de sua personalidade jurídica como de direito público ou de direito privado. Questiona também a Consulente acerca das eventuais repercussões em seu regime jurídico, em especial no que se refere à possibilidade de obtenção do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS.

A solicitação segue instruída com cópias da legislação municipal que autorizou a criação da Fundação X, que instituiu seu estatuto, e que promoveu posteriores

modificações em sua estrutura e organização.

É o relatório.

2. DO PARECER

A existência e a localização das fundações na estrutura administrativa brasileira tem sido, de longa data, alvo de numerosas discussões.¹ Tanto é assim que até hoje paira celeuma doutrinária no que tange à criação, administração, qualificação e extinção das fundações estatais, inexistindo consenso acerca da definição de seu regime jurídico, dos limites da incidência de regras de direito público, das possíveis áreas de atuação e, principalmente, dos critérios para definição da natureza jurídica de tais entidades.

Para o enfrentamento desse espinhoso tema é necessária a fixação de alguns pressupostos, em relação aos quais poderão ser alcançadas as conclusões buscadas.

Com esse norte, deve-se consignar inicialmente que **fundação estatal, fundação pública ou fundação governamental**,² são expressões sinônimas que designam o conjunto de entidades detentoras de personalidade jurídica própria, integrantes da Administração Indireta, criadas por lei ou instituídas após autorização legal, para o desempenho de atividades de índole social não exclusivas de Estado.

Nessa medida, a **principal característica** da fundação **estatal**, que a diferencia da fundação particular, é justamente seu modo de instituição: fundações estatais independentemente de seu regime, são sempre e invariavelmente **instituídas pelo Estado**.

Assim, ao contrário das fundações particulares, que são criadas por meio de escritura pública ou testamento,³ as fundações estatais são criadas por lei ou têm sua criação autorizada por lei. Essa é a dicotomia a ser levada em conta: fundação estatal x fundação particular. Tais expressões revelam a origem do respectivo ente e não seu regime jurídico, que nos caso das primeiras, não é o mesmo.⁴

1 - Tais discussões decorrem, em grande medida, da inexistência no ordenamento brasileiro, de uma lei geral de organização que abarque todas as entidades que atualmente desenvolvem atividade administrativa. Além das discussões doutrinárias, esse vácuo legislativo (em que pese a existência do vetusto Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967), gera insegurança jurídica quanto ao regime aplicável a cada entidade que desempenha função pública. Em 2009 foi apresentado, a pedido do Ministério do Planejamento, um anteprojeto de lei contendo normas gerais sobre a administração pública direta e indireta. Sobre o tema, conferir: MODESTO, Paulo. Nova Organização Administrativa Brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

2 - Doravante denominada fundação estatal. Em contraponto, as fundações criadas sem a interferência do Estado, serão denominadas fundações particulares.

3 - Nos termos do Código Civil, Lei federal n. 10.406/2002: Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

4 - Lembre-se que o inciso XIX do artigo 37 da Constituição da República atribui à Lei Complementar a definição das áreas de atuação das fundações estatais criadas a partir de autorização legal. Tal lei

Fixadas tais premissas, passa-se à análise da natureza jurídica das fundações estatais: se de direito privado ou de direito público. Para tanto, imprescindível promover breve retomada histórica das fundações estatais no Brasil.

2.1 PREVISÃO LEGAL PRECONSTITUCIONAL

Nos termos do Decreto-Lei n. 200/67, em sua redação original – que até hoje serve como referência para a organização administrativa federal brasileira, e por simetria, para a organização administrativa de Estados, Distrito Federal e municípios – as fundações eram entidades equiparadas às sociedades de economia mista, não constando, entretanto, do rol de entidades da Administração Indireta do Estado. Eis a redação do dispositivo que tratava do tema:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;

b) Empresas Públicas;

c) Sociedades de Economia Mista.

(...)

§ 2º Equiparam-se às Empresas Públicas, para os efeitos desta lei, as Fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades. (gn)

Posteriormente, segundo determinação expressa do Decreto-Lei n. 900/69, as fundações públicas passaram a sujeitar-se única e exclusivamente às regras gerais do Código Civil, excluída qualquer incidência de regras publicísticas, exceto em relação aos recursos recebidos por subvenção ou transferência da União. Eis o que dispunha o texto legal em referência:

Art. 3º Não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes entretanto, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial de que tratam os artigos 19 e 26 do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967. (gr)

encontra-se em trâmite no Congresso Nacional. (PLC 92/2007).

Tal tentativa legal de afastar as fundações estatais da incidência de limitações impostas pelo regime jurídico próprio da Administração Pública cessou apenas em 1987, com o advento da Lei n. 7.596, de 10 de abril daquele ano. Esse diploma alterou disposições do Decreto-Lei n. 200/67: as *fundações estatais* passaram a ser classificadas como entidades de *personalidade jurídica de direito privado* e foram expressamente incluídas no rol de entes da **Administração Pública Indireta**. Esse é, portanto, o rol que hoje compõe as entidades da Administração Pública Indireta Federal:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;

b) Empresas Públicas;

c) Sociedades de Economia Mista;

d) Fundações públicas. (gn)

Assim, ao disciplinar as fundações estatais, o Decreto-Lei n. 200/67, em sua redação atual, traz o seguinte conceito e determinação:

Art. 5º. (...)

(...)

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. (gr)

(...)

§ 3º As entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações.⁵ (gr)

⁵ - Incluídos pela Lei n. 7.596/87.

De acordo com o Decreto-Lei 200/67, portanto, as fundações estatais possuem personalidade jurídica de direito privado, compõem a Administração Indireta, submetem-se a limitações decorrentes do regime jurídico imposto à Administração Pública (pois integrantes da Administração Indireta) e adquirem sua personalidade jurídica a partir do registro de seu ato de criação.

2.2 PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Na Constituição de 1988, as fundações estatais foram tratadas por diversos dispositivos, os quais conduziram a uma série de dúvidas quanto à sua natureza jurídica e localização na estrutura administrativa do Estado. Tal tratamento impõe a revisão hermenêutica do modelo acima delineado, previsto pelo Decreto-Lei n. 200/67.

De início, ressaltamos que o texto constitucional adota diversas expressões, com repercussões também diversas, quando faz referência às fundações estatais. Dentre as expressões adotadas, encontram-se no texto de 1988:

(i) fundação;

(ii) fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

(iii) fundações controladas pelo poder público.

Tais expressões podem ser encontradas nos mais variados dispositivos constitucionais, em sua redação presente, a exemplo dos artigos: 37, XVII e XIX; 39 caput e seu § 7º; 40; 71, II e III; 150, §2º; 157, I; 158, I; 163, II; 165, §5º, I e III; 167, VIII; 169, §1º; e, finalmente, 202, §§ 3º e 4º.

O principal motivo das discussões geradas pelo Texto de 1988 reside na dicção constitucional “**administração direta e indireta, incluídas as fundações**”. Tal redação fez surgirem questionamentos acerca da presença das fundações estatais no rol de entidades da administração indireta, já que, em caso positivo, a expressão incluídas as fundações seria desnecessária.⁶

Por tal motivo, aliado à redação original do caput do artigo 37 da Constituição de 1988, difundiu-se ideia de existência de uma categoria própria de entidades administrativas: ao lado da Administração Direta e Indireta, haveria a **administra-**

6 - Não por outra razão, José CRETELLA JÚNIOR há algum tempo exarou entendimento segundo o qual, na redação original da Constituição de 1988, o termo fundação está empregado no sentido de fundação pública com personalidade jurídica de direito público, ou fundação autárquica, espécie do gênero autarquia, razão pela qual “bastaria, pois ter dito autarquia, porque esta abrange a fundação pública” – CRETELLA JUNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. v. 4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 2238.

ção fundacional.⁷

No entanto, com a alteração do próprio artigo 37 da Constituição,⁸ consolidou-se entendimento de que **as fundações estatais fazem parte da Administração Indireta** e que as fundações dotadas de personalidade jurídica de direito público **se sujeitam ao mesmo regime jurídico das autarquias**.

Tal compreensão pode ser visualizada a partir do próprio texto constitucional, que ainda mantém a expressão **administração fundacional**, nos casos específicos em que autarquias e fundações no mesmo regime aplicado à administração direta, com exclusão das demais entidades da Administração Indireta.

Nesse sentido dispõem, por exemplo, o inciso XI do artigo 37 e o caput do artigo 38 da Constituição Federal, que expressamente mencionam:

Art. 37 (...)

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela EC n° 41/03)

Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições: (Redação dada pela EC n° 19/98) (...) (gr)

Nessa toada, resta imune a dúvidas, com base no texto constitucional, a possi-

7 - Eis o que dispunha a redação original do artigo 37 da Constituição (que foi alterado pela Emenda constitucional n. 19/98): Art. 37. 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: (...) (gn).

8 - Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 19, de 1998) (...). (gn)

bilidade de existência de fundações estatais de direito público, as quais possuem personalidade jurídica de direito público, sujeitas integralmente ao regime jurídico aplicável às autarquias.

2.3 NATUREZA JURÍDICA

Dessa análise histórico-legislativa, é possível chegar às seguintes conclusões:

*(i) quando a Constituição Federal utiliza a expressão **fundação**, refere-se a **fundações criadas por iniciativa do Poder Público**, independente de sua personalidade jurídica;*

*(ii) quando o texto constitucional menciona **fundação pública ou administração fundacional**, refere-se às **fundações estatais com personalidade de direito público**; nesses casos, a Constituição exige a aplicação do mesmo regime jurídico previsto para as autarquias;*

*(iii) quando o Decreto-Lei 200/67 menciona **fundações públicas**, refere-se àquelas com personalidade jurídica de direito privado.*

Pode-se sustentar, nessa medida, serem as fundações estatais de direito público nada mais que autarquias, na medida em que são fundações-organizações, e não fundações-patrimônio como as fundações estatais de direito privado, assemelhadas às fundações regidas pelo Código Civil.⁹

Esse é o entendimento desde há muito acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, que reconhece a existência de fundações estatais de direito público (equiparadas às autarquias) e fundações estatais de direito privado. Tal compreensão pode ser ilustrada pelo seguinte julgado, prolatado anteriormente à Constituição de 1988:

ACUMULAÇÃO DE CARGO, FUNÇÃO OU EMPREGO. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO.

Nem toda fundação instituída pelo poder público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo poder público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos estados-membros, por leis estaduais são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o parágrafo 2º. do art. 99 da Constituição Federal. São, portanto, constitucionais o art. 2º, parágrafo 3º da lei 410, de 12 de março de 1981, e o art. 1º. do decreto 4086, de 11 de maio de 1981, ambos do estado do

9 - Nessa direção são as observações de Sérgio de Andréa FERREIRA em: FERREIRA, Sérgio de Andréa. As fundações estatais e as fundações com participação estatal. In: MODESTO, Paulo (Coord.). "Nova Organização Administrativa Brasileira". Belo Horizonte: Fórum, 2009.

*Rio de Janeiro. Recurso extraordinário conhecido e provido.*¹⁰

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal confirmou o mesmo entendimento ao consignar que:

*De tudo se conclui que o ordenamento jurídico brasileiro contempla três espécies do gênero fundação: aquelas tipicamente privadas, melhor dito, particulares, por não registrar qualquer participação, em sua criação, do Poder Público, regidas exclusivamente pelo Código Civil Brasileiro; aquelas criadas pelo Poder Público e que consignam, no ato de sua instituição, personalidade jurídica de direito público; e, finalmente, aquelas que, criadas pelo Poder Público, são instituídas, todavia, como pessoas jurídicas de direito privado. Essas duas últimas espécies – as fundações com personalidade jurídica de direito público criadas pelo Estado, e as fundações com personalidade jurídica de direito privado, também criadas pelo Estado, agora mediante lei e antes por autorização legislativa, - compõem o subgênero dito ‘fundações públicas’, submetendo-se, ambas, aos controles públicos, e integrando, ambas, a Administração Pública Indireta. O que as distingue entre si é que as fundações de direito público nada mais são que autarquias travestidas em forma fundacional.*¹¹ (gn)

Nessa perspectiva, ainda que a doutrina insista em discutir questões já solucionadas por mera análise histórica e constitucional, é possível sustentar, também como premissa para o presente estudo, que:

(i) as fundações criadas e mantidas pelo Poder Público (fundações estatais) podem possuir personalidade jurídica de direito público, hipótese em que a elas se aplica regime jurídico idêntico ao das autarquias (daí porque numerosos autores utilizam a expressão autarquia fundacional);

(ii) as fundações criadas e mantidas pelo Poder Público podem ter também personalidade jurídica de direito privado.

Assim, delineado o quadro legislativo e ilustrado o entendimento jurisprudencial acerca das fundações estatais, cumpre prosseguir à determinação dos critérios que a doutrina pátria estabelece como aptos a definir qual a personalidade jurídica em concreto de uma fundação criada pelo Poder Público. A questão é pertinente, em especial, para afastar entendimentos não compatíveis com o ordenamento constitucional pátrio brasileiro.¹²

10 - STF, RE 101126, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno, j. em 24/10/1984, DJ 01-03-1985.

11 - STF, RE 219900 AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 1ª. Turma, j. 04/06/2002, DJ 16-08-2002.

12 - É que, como cediço, a interpretação do Direito deve ter como base a Constituição e a lei; e não o contrário, como parecem querer alguns autores, que sugerem a interpretação da Constituição e da lei a partir de suas idéias pessoais, muitas vezes desconectadas do ordenamento jurídico e da realidade.

2.4. CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO DA PERSONALIDADE E REPERCUSSÕES EM SEU REGIME JURÍDICO

Diante da possibilidade de criação, pela Administração Pública, tanto de fundações dotadas de personalidade jurídica de direito privado quanto de direito público, tarefa deveras árdua passa a ser a de identificar **em que ocasiões** uma fundação estatal terá personalidade de direito público e quando terá personalidade de direito privado.

Para auxiliar os operadores do Direito nessa situação, alguns nortes hermenêuticos foram estabelecidos, fixando a doutrina determinados critérios distintivos para verificar, no caso de cada fundação estatal, qual sua natureza jurídica específica.

Nesse ponto, na esteira do que fez Toshio MUKAI,¹³ é possível destacar duas ordens de critérios de diferenciação entre as fundações estatais: critérios formais e critérios materiais.

Sob o ponto de vista dos critérios formais, **fundação estatal de direito privado** como é a entidade criada por autorização legislativa, decreto regulamentar e registro em cartório de seus atos constitutivos, D'outra parte, **fundação estatal de direito público** é aquela que tem sua gênese na lei, vindo a constituir uma afetação do patrimônio do Poder Público instituidor, com vistas ao exercício de uma atividade típica da Administração Pública.

No que concerne aos critérios formais, Edmir Neto de ARAÚJO consigna que:

“As fundações de direito público, sujeitas ao regime de direito público, e que também se denominam autarquias fundacionais, só podem ser instituídas pelo Poder Público, e são criadas por lei.

As fundações de direito privado podem ser instituídas pelo particular, por escritura pública registrada, ou pelo Poder Público, neste caso autorizadas por lei (autorização necessária por envolver disponibilidade de patrimônio e recursos de origem pública), mas também através do registro de escritura pública de instituição no cartório competente.

A diferença é flagrante: as autarquias (fundações públicas ou corporações) ingressam no mundo jurídico a partir da promulgação da lei que as cria, não sendo necessário qualquer ato notarial ou de registro para que, de imediato, passem a existir, com personalidade jurídica própria; as fundações de direito privado, mesmo instituídas pelo Poder Público, adentram o mundo jurídico a partir do registro dos seus atos constitutivos (escritura de instituição e constituição) no cartório

13 - MUKAI, Toshio. As Fundações de Direito Público e de Direito Privado na Constituição de 1988. Boletim de Direito Administrativo. 02/91, p. 102-104.

*competente, e não a partir da lei que autoriza sua instituição. Só então adquirem personalidade jurídica e capacidade obrigacional”.*¹⁴

No mesmo sentido, preleciona Plínio SALGADO:

“Tanto a fundação de direito público quanto a de direito privado só podem ser criadas senão em virtude de lei (artigo 37, XIX, da CF). A de direito público, é a lei que lhe dará existência jurídica, atribuindo-lhe personalidade. Quanto a de direito privado, a lei é apenas autorizativa de sua criação, que se dá, na forma da lei substantiva civil, mediante escritura pública e registro no órgão competente; só assim adquire personalidade jurídica. Face ao princípio do paralelismo da forma, a fundação de direito público só pode ser extinta por lei, que há de ser autorizativa para a extinção da de direito privado”.¹⁵

Tendo por base os entendimentos acima colacionados, pode-se extrair a ilação de que, ao contrário das fundações estatais de direito público, que exigem criação mediante lei, as fundações estatais de direito privado necessitam apenas de autorização da lei para a sua criação, sendo a personalidade jurídica destas entidades adquirida com a inscrição pública do ato de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. São, pois, dois atos diversos: a lei autoriza a criação, enquanto o ato de registro inaugura a personalidade jurídica de direito privado da fundação.¹⁶

Veja-se que o mesmo raciocínio deve se aplicar quanto à extinção das fundações, por imperativo do denominado princípio do paralelismo: como no caso das fundações estatais de direito privado a lei apenas autoriza a criação da entidade, do mesmo modo apenas a lei autorizará a extinção de tais fundações.

O parágrafo terceiro do artigo 4º do Decreto-Lei n. 200/67 dispõe exatamente isso:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

(...)

§ 3º As entidades de que trata o inciso IV deste artigo [fundações públicas de direito privado] adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura

14 - NETO DE ARAUJO, Edmir. As Fundações Públicas e a Nova Constituição. Revista da Procuradoria Geral do Estado, dez. 1989, p. 179-192. (gn)

15 - SALGADO, Plínio. A Natureza Jurídica das Fundações instituídas e mantidas pelo Estado. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, v. 6, nº 1, p. 84/85. (gn)

16 - Neste viés, assinala Edson José RAFAEL: “Basta uma única Lei a autorizar o nascimento, com vinculação patrimonial que o Executivo se encarregará de completar a formalização do futuro ente paraestatal regulamento-o por decreto, no qual, inclusive, designará quem deva, por delegação governamental, comparecer ao Tabelião de Notas para lavrar a escritura pública de fundação privada do Direito Civil, criada pelo Poder Público” – RAFAEL, Edson José. Fundações e Direito 3º Setor. 1. ed. São Paulo: Editora Pontifícia Universidade Católica, 1997.

pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações. (gr)

Na mesma toada, por sua importância analógica, traz-se ao cotejo o seguinte dispositivo da Lei n. 11.107/05 (Lei dos Consórcios Públicos), que trata da aquisição de personalidade jurídica por parte dos consórcios:

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil. (gn)

Pelo exposto, é possível denotar que, a propósito do **critério formal**, a fundação estatal de direito público é **criada** por lei, enquanto a fundação estatal de direito privado tem sua criação **autorizada** por lei, de modo que a aquisição da personalidade jurídica ocorre mediante o registro de seu ato constitutivo.

Ainda quanto ao aspecto formal, devemos ressaltar que, por estarem **as entidades criadas pelo Poder Público** sujeitas a uma série de controles estatais dirigidos a elas, **não há necessidade do velamento por parte do Ministério Público**, consoante preconiza a legislação civil.¹⁷ Nesse sentido, note-se, é o que dispõe o acima transcrito parágrafo 3º do artigo 5º do Decreto-Lei n. 200/67, plenamente aplicável com base no art. 2º, parágrafo 2º do Decreto-Lei n. 4.657/42.¹⁸

Corroborando tal assertiva, quanto à desnecessidade de intervenção do Ministério Público no âmbito cartorial de registro da fundação, veja-se o que assevera Alexandre Santos de ARAGÃO:

“Quanto às fundações públicas de direito privado, o Decreto-lei n.º. 200/67 é contraditório: no art. 5º, IV, afirma que as fundações públicas são pessoas jurídicas de direito privado; no §3º do mesmo artigo diz que, ressalvada a constituição pelo registro próprio, não aplicar-se-lhe-ão, as normas do Código Civil referentes às fundações. Sendo assim, não são controladas pelo Ministério Público, mas pelo ente político instituidor, uma vez que, ao contrário do que se dá nas fundações particulares, a vontade do instituidor não se desliga de forma definitiva da fundação. Da mesma forma, a lei poderá extinguir ou modificar o regime jurídico da fundação pública, ainda que de Direito Privado, independentemente de qualquer ato social interno desta”.¹⁹

17 - Código Civil, Art. 66: Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.

18 - Lei de Introdução ao Código Civil.

19 - ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Fundações Públicas e o Novo Código Civil. Revista Eletrônica

De outro giro, sob o enfoque dos **critérios materiais** de diferenciação entre uma fundação estatal de direito público e uma fundação estatal de direito privado, Carlos Ari SUNDFELD sugere a análise dos seguintes fatores de discriminação:

- a) Verificar se há, na lei instituidora da fundação ou em seu estatuto, **menção expressa a respeito da personalidade jurídica do ente criado** (se houver, constará já um indicativo da natureza jurídica da fundação pretendida pelo Poder Público);*
- b) como critério subsidiário, caso a lei instituidora da fundação disponha que os seus funcionários serão contratados com base no **regime trabalhista celetista**, a fundação apontará para uma personalidade jurídica de direito privado;*
- c) por fim, denotará personalidade jurídica pública a fundação governamental que desempenhar atividades exclusivas do Poder Público (poder de polícia, serviços públicos indelegáveis, etc.); de outra parte, **explorando atividades não exclusivas do Estado** (ex.: atividades ligadas ao desporto e à saúde), **a fundação poderá ter natureza jurídica de direito privado.**”²⁰ (gn)*

Com inspiração semelhante, aponta Maria Sylvia Zanella DI PIETRO que “em cada caso concreto, a conclusão sobre a natureza jurídica da fundação – pública ou privada – tem que ser extraída do exame da sua lei instituidora e dos respectivos estatutos”.²¹

Em trabalho sobre o tema, aduz José dos Santos CARVALHO FILHO:

*“(…) o único fator do qual se pode extrair pequeno elemento de diferenciação reside na origem dos recursos admitindo-se que serão **fundações estatais de direito público** aquelas cujos recursos tiverem previsão própria no orçamento de pessoa federativa e que, por isso mesmo, sejam mantidas por tais verbas, ao passo que de **direito privado** serão aquelas que sobreviverem basicamente com as rendas dos serviços que prestem e com outras rendas e doações oriundas de terceiros”.²² (gn)*

E, por fim, remata Alexandre dos Santos ARAGÃO:

“Da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, constata-se que a Corte estabelece uma série de ‘indícios’, cuja presença, mais ou menos intensa, identifica uma fundação instituída pelo Poder Público como pessoa jurídica de direito público. Dentre estes indícios figura, todavia, com preponderância, o fato de não ser sustentada por receitas próprias, mas sim com recursos do ente federativo instituidor”.²³

sobre a Reforma do Estado, n.º. 20 – Dez./Jan./Fev. 2009/2010, p. 9, (gn)

20 - SUNDFELD, Carlos Ari. Fundações Governamentais. Revista de Direito Público, ano 24, n. 97, p. 91.

21 - DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

22 - CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 15. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 426.

23 - As Fundações Públicas e o Novo Código Civil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n.º.

Ante o exposto, analisados os critérios apresentados, tanto aqueles de índole material quanto os de caráter formal, não resta saída senão concluir pela possibilidade de configuração das fundações estatais como pessoas jurídicas tanto de direito público quanto de direito privado, a depender das características formais e materiais apresentadas pela entidade.

2.5. O REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DAS FUNDAÇÕES ESTATAIS

A opção por parte do Poder Público de criar uma fundação com personalidade jurídica de direito público ou de direito privado traz consequências bastante distintas no que toca ao regime jurídico incidente.

De um lado, nos termos apontados acima, as fundações estatais de direito público, estruturas símiles que são às autarquias, submetem-se de forma integral e irrestrita às disposições de direito público, como autênticas pessoas de direito público que são.

D'outra parte, mister consignar que a criação, pelo Estado, de fundações estatais regidas pelo direito privado não consubstancia imunização à incidência das regras de um “regime jurídico administrativo mínimo”. A bem da verdade, o que ocorre é justamente o inverso: criadas que são pelo poder público, por meio de autorização legal, *as fundações estatais de direito privado não deixam*, pelo simples fato de ostentar personalidade jurídica privada, **de se submeter ao regramento de direito público.**

Assim é que, no que concerne à incidência do chamado “regime jurídico-administrativo mínimo” na seara das fundações estatais de direito privado, aponta a doutrina a **necessidade de observância**, por essas entidades, **de normas de viés público** com natureza basilar, a exemplo da necessidade de realização de concurso público para a contratação de pessoal (ainda que se submetam ao regime celetista), da necessidade de procedimento licitatório para contratação de compras e de serviços, da vedação de acumulação de cargos, e da obrigatoriedade de prestação de contas ao Tribunal de Contas.

É justamente pela submissão das fundações estatais de direito privado ao que a doutrina aponta ser um “**regime jurídico-administrativo mínimo**”, que as fundações estatais com personalidade jurídica de direito privado não configuram uma fuga do direito administrativo. Ao revés, a opção do Poder Público, ao instituir tal fundação, deve vincular-se à busca da estrutura que mais se adeque às necessidades a serem atendidas ente criado.

20 – Dez./Jan./Fev. 2009/2010, p. 8. (gn)

Não é em outro sentido o entendimento de Carlos Ari SUNDFELD:

*“Deve-se sempre ter em mente que o Estado não pode, ao criar pessoas jurídicas, furtar-se a certas vinculações impostas pela Constituição a todos os entes governamentais [...] Em consequência, faz-se necessário identificar o regime administrativo mínimo, isto é, as normas de caráter público que devem ser aplicadas a toda e qualquer fundação governamental, sem consideração de seu qualificativo público ou privado”.*²⁴ (gn)

Nesse contexto, se às fundações estatais de direito privado são aplicáveis normas de natureza pública, é lícito concluir que serão elas submetidas, ainda que de modo contido, ao influxo de regras do regime jurídico administrativo, que condicionará o exercício de suas atividades.²⁵

De mais a mais, como normas constitucionais incidentes tanto em relação às fundações estatais de direito público quanto às de direito privado, pode-se apontar o seguinte regime jurídico, expressamente previsto no artigo 37, incisos II, XVIII, XIX e XXI e artigo 71, incisos II e III.²⁶

24 - SUNDFELD, Carlos Ari et al. Introdução ao Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 279-280. No mesmo passo, assenta DI PIETRO: “Ainda que a legislação federal considere a fundação como pessoa jurídica de direito privado, nada impede que a lei instituidora adote regime jurídico-públicístico, derogando, no caso concreto, as normas gerais estabelecidas pelo decreto-lei n.º 200/67 (...) Mesmo quando o Estado institui fundação com personalidade jurídica privada, ela nunca se sujeita inteiramente a esse ramo do direito” – DI PIETRO. Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 20. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 404-405. (gn). E adiante, na mesma obra, prossegue a autora, tratando das fundações estatais em nível federal: “[...] é importante assinalar que, quando a Administração Pública cria fundação de direito privado, ela se submete ao direito comum em tudo aquilo que não for expressamente derogado por normas de direito público, podendo essas normas derogatórias constar da própria Constituição, de leis ordinárias e complementares federais e da própria lei singular, também federal, que instituiu a entidade” – DI PIETRO. Maria Sylvania Zanella. Ob. Cit. p. 410. Com inspiração semelhante, Alexandre Santos de ARAGÃO afirma: “As fundações instituídas pelo Poder Público que forem de direito privado têm apenas as características privatísticas que não decorram do Código Civil: os seus bens são, penhoráveis, ressalvados os afetados a serviços públicos; a sua responsabilidade não é objetiva, salvo se for prestadora de serviços públicos; e o seu pessoal será necessariamente regido pela CLT. Submeter-se-ão, contudo, como qualquer pessoa jurídica da Administração Indireta – de direito público ou privado, às normas constitucionais asseguradoras da igualdade e moralidade da Administração Pública, como a criação autorizada em lei (art. 37, XIX, CF), a vedação de acumulação de cargos, controle pelo Tribunal de Contas, teto remuneratório, licitações, vedação da publicidade de promoção pessoal, etc. (art. 37, CF)” – ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Fundações Públicas e o Novo Código Civil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n.º. 20 – dez./Jan./Fev. 2009/2010, p. 9. (gn).

25 - A título de exemplificação, a Lei n. 11.107/05 (Lei dos Consórcios Públicos) prevê: Art. 6º (...) § 2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. (gr)

26 - Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, mora-

- a) submissão aos princípios da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência;*
- b) exigência de concurso público;*
- c) proibição de acumulação de seus empregos com outros empregos ou cargos e públicos;*
- d) criação mediante autorização legal;*
- e) contratação de obras, serviços, compras e alienações por meio de procedimento licitatório;*
- f) controle de contas pelo Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas.*

De outro bordo, as fundações estatais de direito público submetem-se ao regime jurídico-administrativo em sua integralidade, submetendo-se, além das limitações acima, às disposições constitucionais constantes do artigo 22, XXVII, artigo 37, XI, artigo 38, I, II, III, IV e V, artigo 39 e artigo 40.²⁷

lidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (...) XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; (...) XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (...) 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. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório. (gn)

27 - Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; Art. 37. (...) XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas

Tais dispositivos trazem, como se pode perceber, regras aplicáveis à administração direta e estendidas às autarquias e às fundações estatais de direito público. Trata-se, pois, do regime comumente chamado de regime jurídico administrativo em sua integralidade, que naturalmente contém maior grau de limitações em relação ao regime jurídico-administrativo aplicável às fundações estatais de direito privado.

2.6 A NATUREZA JURÍDICA DA FUNDAÇÃO X

Diante das considerações acima expostas, não restam dúvidas de que **a FUNDAÇÃO X é uma fundação pública**, governamental ou estatal. Afinal, foi instituída nos termos de Lei municipal, sucessivamente alterada.

A questão que se põe, e nela reside um dos pontos nodais da consulta proposta, é a definição da personalidade jurídica da Consulente.

Da leitura da legislação que **autorizou** o Poder Executivo a instituir a Fundação X e daquela que deu redação ao Estatuto da referida Fundação, percebe-se certo conflito entre os requisitos que devem ser analisados para a qualificação de uma fundação como sendo de direito público ou de direito privado.

Em primeiro lugar, pode-se verificar que consta expressamente da lei: *A fundação terá caráter de Fundação Pública.*

Tal determinação, como visto acima, não significa que a personalidade jurí-

as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições: I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função; II - investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração; III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior; IV - em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento; V - para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se no exercício estivesse. Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

dica da entidade é de direito público, pois, nos termos da Constituição Federal, a fundação estatal pode ter personalidade jurídica de direito público ou de direito privado; e, nos termos do Decreto-Lei n. 200/67, a fundação estatal possui personalidade jurídica de direito privado. Portanto, o primeiro critério material não é suficiente para a qualificação da natureza da entidade.

Em segundo lugar, há indício material que aponta para a personalidade jurídica de direito público, como se denota da referência à remuneração do diretor-presidente, que será fixada por lei.

Em terceiro lugar, há indício material de que a FUNDAÇÃO X possui personalidade jurídica de direito privado, pois a lei em referência estabelece que ela tem como área de atuação a saúde, atividade não privativa do Estado.

Em quarto lugar, há indício formal de que a entidade possui natureza jurídica de direito privado, já que seu ato constitutivo foi registrado em cartório.

Dessa análise, fica patente a dificuldade em se definir a natureza jurídica original da FUNDAÇÃO X, que já desde a sua criação previu expressamente limitações decorrentes do regime jurídico-administrativo a ela aplicáveis, como a submissão de suas contas ao Tribunal de Contas estadual.

Nessa toada, por tratar-se de fundação estatal, não deve o Ministério Público manifestar-se, pois tal não é sua atribuição.

De todo o modo, o fato é que a **FUNDAÇÃO X foi registrada** e, independente de sua natureza jurídica originária, sofreu uma série de alterações em sua disciplina que a **caracterizam** clara e legalmente como uma **fundação estatal de direito privado**.

Após alteração legislativa através da qual se fez consignar que a entidade possuía personalidade jurídica de direito privado, foi alterado também o estatuto da Fundação X.

O novo estatuto, como deveria de ser, para adequar-se à legislação, firmou de modo categórico a qualificação da FUNDAÇÃO X como **fundação estatal de direito privado**, reproduzindo esta lógica ao decorrer do estatuto, nos mais variados dispositivos.

Após ser **registrada em cartório** a ata da reunião realizada pelo Conselho Deliberativo, e instado a se manifestar sobre a proposta de alteração estatutária, determinado órgão estatal emitiu parecer, manifestando-se pelo indeferimento do pedido de alteração estatutária feito pela FUNDAÇÃO X, sob a alegação de que a alteração estatutária pretendida implicaria a conversão da personalidade jurídica da fundação governamental, de pública para privada, a fim de que pudesse,

indevidamente, obter o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social para, assim, gozar de determinadas ‘isenções’ tributárias.

Ora, tal conclusão, por absoluta incorreção, não merece prosperar. À exaustão do já exposto, não é lícito **confundir** fundações privadas, regidas exclusivamente pelo Direito Civil, com a figura das fundações estatais dotadas de personalidade jurídica de direito privado, criadas pelo Estado e invariavelmente submetidas, de alguma forma, ao influxo de regras de natureza jurídico-administrativa.

Ademais, não se vislumbra óbice algum na busca, por parte da consulente, da obtenção do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS), visto que tal atitude não altera o caráter estatal da fundação que, mesmo tendo personalidade jurídica de direito privado, foi criada por autorização da municipalidade e submete-se ao regime jurídico-administrativo a ela previsto pela Constituição Federal.

Por conta disso, com o máximo respeito, discorda-se do parecer do Ministério Público, que indeferiu pleito legítimo da consulente com base, apenas, na equívoca noção de que a alteração estatutária pretendida alteraria por completo o regime jurídico aplicável à FUNDAÇÃO X, com afastamento dos limites constitucionais acima examinados – como se tal hipótese fosse possível.

Ressalte-se que a legislação municipal, e suas alterações posteriores, expressamente estabeleceram a assunção, por parte da **FUNDAÇÃO X**, de **personalidade jurídica de direito privado**. Tal enquadramento, aliás, é perfeitamente possível no caso em tela, conforme já analisado. Nesse sentido aduz Carlos Ari SUNDFELD:

“Somente as atividades cuja execução esteja cometida exclusivamente a entidades de direito público estão excluídas dos possíveis campos de atuação das fundações governamentais privadas”.²⁸

No que tange especificamente à área da **saúde**, o mesmo pensamento é encontrado na doutrina estrangeira, como afirma Joana M. Socias CAMACHO:

*“Las fundaciones sanitarias de promoción pública, constituidas al amparo de la legislación sobre nuevas formas de gestión en la prestación sanitaria [...] y la legislación de fundaciones [...] están sujetas en numerosos aspectos de su régimen jurídico a normas propias del Derecho público, pese a tratarse de entes de naturaleza privada”.*²⁹ (gr)

Deste modo pode-se concluir que, a partir de 2003, a **FUNDAÇÃO X** passou a deter todos os caracteres de **fundação estatal de direito privado**.

²⁸ - SUNDFELD, Carlos Ari et al. Ob. Cit. p. 283.

²⁹ - CAMACHO, Joana M. Socias. Fundaciones del Sector Público. Madri: Iustel, 2006. p. 158.

Apesar disso, nos termos do que já se assentou, não está a fundação imune ao influxo de regras do regime jurídico de direito público, haja vista que, ainda que possua natureza jurídica de direito privado, nunca perderá sua qualificação como fundação estatal, criada que foi por autorização da municipalidade.

2.7. POSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DO CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (CEBAS)

Por se tratar de fundação estatal de direito **privado**, é perfeitamente possível a obtenção, pela Fundação solicitante, do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS), consoante autoriza o art. 1º.³⁰ da Lei n. 12.101/09. Para tanto, a FUNDAÇÃO X deverá atender aos requisitos dispostos nos artigos 3º e 29 (requisitos gerais) e artigos 4º ao 11 de tal lei (requisitos específicos).

Consoante o disposto no artigo 1º. da Lei n. 12.101/09, a certificação nela tratada é concedida às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, não estabelecendo a legislação nenhum outro balizamento ou restrição no que se refere à “estrutura” da entidade que almejar obter o CEBAS.

Diante da ligação com o tema deste parecer, informe-se que o parágrafo único do artigo 1º.³¹ Desta lei foi vetado pelo Presidente da República porque “*o dispositivo estende às fundações públicas de direito público isenção que a Constituição Federal concede exclusivamente às entidades beneficentes de assistência social*”.³² Tal dispositivo, é evidente, estendia às fundações estatais de direito público a imunidade prevista pelo parágrafo 7º do artigo 195 da Constituição Federal. O veto não se aplica, entretanto, ao caso da Consulente, que possui personalidade de direito privado, alcançada, portanto, pela regra geral do caput do artigo 1º da Lei n. 12.101/09.

A Consulente teve contra si decisão proferida pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na qual constou:

*8. Considerando o caráter público da Fundação, não há possibilidade de registro no Conselho Nacional de Assistencial Social e concessão de Certificado de Entidade Beneficente, nos termos do artigo 18, III, da Lei n° 8.742/93.*³³

À luz do exposto até aqui, em que pese a argumentação exarada no acórdão

30 - Art. 1º A certificação das entidades beneficentes de assistência social e a isenção de contribuições para a seguridade social serão concedidas às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, e que atendam ao disposto nesta Lei. (gr)

31 - Redação primitiva deste parágrafo único. “Os benefícios de que trata o caput serão extensivos às fundações públicas que tenham como finalidade a prestação de serviços na área de saúde.”

32 - Mensagem da Presidência da República n° 961, de 27 de novembro de 2009. (gr)

33 - STJ, Recurso Especial n° 1.163.335, j. 30.04.2010.

do TRF 4ª R., deve-se anotar que não foi observada com o devido rigor a temática das fundações estatais.

Assim, ao arrepio do que aqui se discorreu, aquele TRF considerou impossível a obtenção do CEBAS por fundação estatal (*in genere*), em virtude de seu caráter estatal. Ora, a decisão analisou apenas parcialmente o fenômeno das fundações estatais.

As fundações estatais, de acordo com a sua personalidade jurídica, subdividem-se em direito público e em direito privado. Por conta desta distinção, características diferentes se aplicam a cada uma, no que tange à possibilidade de obtenção do CEBAS.

A FUNDAÇÃO X é entidade de natureza privada, ainda que sua criação tenha decorrido de autorização da municipalidade. Como tal, a Consulente não possui as mesmas características das autarquias, desvinculando-se de certa forma da essência estatal que a criou, ainda que atuando na esfera determinada pela lei autorizadora. Ainda que a Consulente possua caráter estatal, sua personalidade jurídica é de direito privado, de sorte que as disposições legais atinentes à obtenção do CEBAS aplicam-se a ela em sua integralidade. Não fosse assim, estar-se-ia firmando restrição por interpretação extensiva, o que não cabe em matéria de restrição de vantagens. A Lei n. 12.101/09 não menciona que a certificação será concedida apenas às entidades privadas criadas pelos privados, mas reza apenas que poderão requerer o certificado as pessoas jurídicas de direito privado, categoria que abarca as fundações estatais de direito privado.

Por conta disso, especificamente em relação à Consulente, é possível guerrear a possibilidade de obtenção, por ela, do certificado de que trata a Lei n. 12.101/09, haja vista ser fundação estatal de direito privado, como se expôs.

Apesar de a Fundação não possuir o CEBAS e em que pese hoje estar em vigor a Lei n. 12.101/09, que retirou do CNAS (Conselho Nacional de Assistência Social) a legitimidade de sua concessão, repassando-a aos respectivos ministérios da área de atuação das entidades, citamos, por curiosidade, a regra constante da Resolução CNAS n. 181/05, que dispõe sobre convênios de parceria entre entidades e gestores, alterada pela Resolução CNAS n. 49/07. Prevê a primeira Resolução citada:

Art. 1º Estabelecer que as Entidades Beneficentes de Assistência Social possam celebrar convênios especiais entre si ou, ainda, entre estas e aquelas que não possuem o Certificado Beneficente de Assistência Social - CEBAS, fornecido pelo CNAS, porém, inscritas nos conselhos de assistência social municipais ou estaduais ou do Distrito Federal, conforme o caso.

3. CONCLUSÕES E RESPOSTA AOS QUESITOS

À guisa de conclusão, diante das considerações acima tecidas, é possível sintetizar, à luz do caso concreto apresentado, que:

3.1 - Com as modificações legais posteriores a sua criação, a Fundação X passou a qualificar-se como fundação estatal com personalidade jurídica de direito privado, característica que mantém até o presente momento.

3.2 - Em virtude dessa qualificação de sua personalidade jurídica, a Fundação consulente passa a reger-se pelos regramentos previstos pelo direito privado; entretanto, por não deixar de ser fundação estatal, deverá se submeter às exigências básicas de algumas regras de direito público, como expressamente analisado no item 2.5.

3.3 - Diante de sua qualificação como fundação pública de direito privado, torna-se possível o enquadramento da entidade nos moldes do que preconiza a Lei n. 12.101/09, podendo a FUNDAÇÃO X vir a obter o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Fundações Públicas e o Novo Código Civil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n.º. 20 – dez./Jan./Fev. 2009/2010.

BRASIL, STF, RE 101126, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno, j. 24/10/1984, DJ 01-03-1985.

BRASIL, STF, RE 219900, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 1. Turma, j. 04/06/2002, DJ 16-08-2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 15. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. v. 4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. As fundações estatais e as fundações com participação estatal. In: MODESTO, Paulo (Coord.). “Nova Organização Administrativa Brasileira”. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MÂNICA, Fernando B. O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MODESTO, Paulo. Nova Organização Administrativa Brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MUKAI, Toshio. As Fundações de Direito Público e de Direito Privado na Constituição de 1988. Boletim de Direito Administrativo. 02/91.

NETO DE ARAÚJO, Edmir. As Fundações Públicas e a Nova Constituição. Revista da Procuradoria Geral do Estado, dez. 1989.

PAES, José Eduardo Sabo. Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

RAFAEL, Edson José. Fundações e Direito 3º Setor. 1. Ed. São Paulo: Editora Pontifícia Universidade Católica, 1997.

SALGADO, Plínio. A Natureza Jurídica das Fundações instituídas e mantidas pelo Estado. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, v. 6, nº 1.

SUNDFELD, Carlos Ari et al. Introdução ao Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundações Governamentais. Revista de Direito Público, ano 24, n. 97.

Publicado na Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, Ano 5, n. 9, p. 107-127, Jan/Jun de 2011. Parecer

1.6 | As (in)certezas do Terceiro Setor

O Terceiro Setor já é mais do que realidade no Brasil. Sua participação pulou de 1,5 para 5% do PIB, de 1999 para 2003, conforme informa Luiz Carlos Merege, professor da FGV/EAESP. São inegáveis os benefícios que as entidades sem fins lucrativos trazem à população e aos órgãos do Poder Público que com elas se relacionam. É bem verdade que temos exemplos de malversação de dinheiro público. Os que assim agem devem ser punidos de forma exemplar em todos os aspectos.

À medida que a participação de entidades do Terceiro Setor na vida da população avança, por meio do desenvolvimento de suas próprias atividades e em razão da sua aproximação com o Poder Público, é inexorável que questionamentos sejam feitos. E é bom que seja assim. A transparência nas relações é salutar e necessária.

O problema é que a legislação não acompanha a velocidade da evolução da sociedade. Assim, os operadores do Direito são obrigados a tratar de um assunto novo (como é o Terceiro Setor) aplicando-lhe normas, conceitos e princípios das várias modalidades do Direito por analogia. E isso pode gerar algum desalinhamento.

Há princípios de Direito Administrativo que, teoricamente, devem ser aplicados ao Terceiro Setor. Porém, não necessariamente há a possibilidade de se fazer isso de forma absoluta e concreta.

Convênios, contratos administrativos, termos de parceria, contratos de gestão e várias outras formas de repasse de recursos do Poder público para a iniciativa privada possuem regulação própria. Todavia, dependendo do alcance da parceria que se quer firmar, pode não haver total confluência legal para que os partícipes daquela relação tenham segurança jurídica em relação ao ato que estão praticando.

Entretanto, só se chegará à melhor e ideal forma de relacionamento entre o Poder Público e as entidades do Terceiro Setor na medida em que as partes envolvidas formalizarem as relações jurídicas com base nas normas já existentes ou inovarem em tal relação, tendo os princípios jurídicos como parâmetro, obviamente. Os órgãos fiscalizadores, ao exercerem sua função, ajudarão na formação do melhor modelo a ser utilizado. Além disso, o Poder Judiciário também decidirá as questões concretas que lhe forem submetidas e ajudará no estabelecimento de critérios objetivos a serem observados.

Existem normas que podem ser seguidas pelas partes para que a relação jurídica a ser estabelecida entre elas seja pautada pela transparência e legalidade. Todavia, somente a evolução natural do assunto, a atuação dos seus diversos atores e a consequente criação de normas (legais) específicas trará luz à questão.

Os advogados e demais operadores do Direito desempenharão papel estratégico nisso, pois caberá a eles a responsabilidade pela formalização da relação jurídica de forma eficaz e legal.

Publicado no Enfoque Jurídico n. 2,
Abr/Mai/Jun de 2006 e no site www.jteixeira.com.br

1.7 | Imunidade tributária – Panorama atual e perspectivas

RESUMO: As entidades sem fins lucrativos, incluindo as que atuam na área da saúde, estão sendo acudadas e tendo direitos tributários restringidos por leis inconstitucionais e não aptas a regulamentar a questão. Neste artigo, trazemos a contextualização do assunto e relatamos os últimos acontecimentos jurídicos acerca da imunidade tributária, que é vital para a sobrevivência e eficaz desenvolvimento de tais entidades. Convocamos as entidades a refletir sua postura em relação ao assunto.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de Imunidade. 3. A Assistência Social. 4. Destinatários da Imunidade. 5. Panorama atual. 5.1. A Lei 9.732/98. 5.2. Os efeitos produzidos pela MP 446/08 e a sua consequência constitucional. 5.3. A Ação Civil Pública. 6. A nova lei da filantropia: nº 12.101/09. 7. O confronto da MP 446/08 com a Lei nº 12.101/09. 8. Conclusão. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

durá-las daquelas circunstâncias para atingir o objeto maior de sempre: a arrecadação.

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

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

2. CONCEITO DE IMUNIDADE

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

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

Todavia, há certas pessoas jurídicas que não estão ao alcance dos entes políticos no que diz respeito à instituição da cobrança de tributos. E isso acontece porque a própria CF não autorizou aqueles entes políticos a agirem assim.³ O título da I - IR; ISSQN; IPTU - AgRg. no AI n° 501.686, STF, Súmula STF n° 724; IPVA; ITR; ITBI - RE n° 235.737, do STF; ICMS - ACi n° 198.855-2/0, TJ/SP; ED em RE n° 210.251. Ensinam Cristiano Carvalho e José Augusto Dias de Castro que, “em tese, não se enquadrariam nos impostos alcançados pela imunidade o IPI, o ICM, o IOF e o Imposto de Importação e Exportação, por não se tratarem de impostos incidentes sobre renda, patrimônio e serviços. Todavia, em recente decisão em sede de agravo regimental em agravo de instrumento, o Supremo Tribunal Federal decidiu por considerar que as entidades de assistência social têm direito à imunidade também em relação ao IPI e ao Imposto de Importação: AI 378.454. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal também incluiu o ICMS na importação como alcançado pela imunidade: RE-ED-EDv 186.175.” Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor. Cristiano Carvalho, Marcelo Magalhães Peixoto (coord.). 2. ed., rev. e atual. São Paulo: MP Ed., 2008. p. 16/17. 2 - Cristiano Carvalho e José Augusto Dias de Castro observam que “Em relação às contribuições das entidades de assistência social e de educação sem fins lucrativos, a imunidade alcança as contribuições sobre receita bruta mensal (PIS e COFINS), sobre folha (Contribuição Previdenciária) e sobre lucro (CSLL), bem como a última contribuição criada pela Lei Complementar n. 110, de 2001, incidente sobre despedida sem justa causa e sobre remuneração paga ao empregado (Contribuição social ao FGTS).” Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor. Cristiano Carvalho, Marcelo Magalhães Peixoto (coord.). 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: MP Ed., 2008. p. 18.

3 - “O constituinte escolheu determinadas situações, bens e pessoas que ficam fora desse campo im-

seção que antecede o artigo 150 da CF é “Das Limitações ao Poder de Tributar”. Limitação, no bom português, é a restrição de alguém em fazer alguma coisa. Os entes políticos possuem um campo previamente delimitado, demarcado, que não podem adentrar. Eles estão contidos, refreados, reprimidos pela Lei Maior.

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

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

Hugo de Brito Machado ensina que “imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência aquilo que é imune. É limitação da competência tributária.”⁵

3. A ASSISTÊNCIA SOCIAL

A assistência social delimita o campo social e, na visão de Maria Luiza Mentriner⁶, “compreende um conjunto de ações e atividades desenvolvidas nas áreas positivo; por essa razão as imunidades delimitam a competência tributária. Ensinam Aires F. Barreto e Paulo Ayres Barreto que: ‘O poder tributário – enquanto atributo de soberania de que dotado o Estado – tem, no Brasil, o seu exercício disciplinado inteira e rigidamente pela Constituição. As pessoas político-constitucionais (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) receberam da Constituição faixas circunscritas de competência tributária (isto é, competência legislativa para instituir tributos). Isso significa que o âmbito da competência tributária, constitucionalmente outorgada, é demarcado pelas balizas postas pela própria Constituição. Dentre elas, estão as chamadas ‘imunidades tributárias’, que consistem, exatamente, na exclusão da competência tributária em relação a certos bens, pessoas e fatos. Quer dizer: a própria Constituição, ao traçar a competência tributária, proíbe o exercício em relação a eles.’ Imunidades tributárias: limitações ao poder de tributar, p. 9.” In LUNARDELLI, Regina Andrea Accorsi. Tributação do Terceiro Setor. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 172/173.

4 - Imunidades e Isenções Tributárias, p. 70, in MÂNICA, Fernando Borges. Terceiro Setor e Imunidade Tributária: Teoria e Prática. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 137.

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

6 - MENTRINER, Maria Luiza. O estado entre a filantropia e a assistência social. São Paulo: Cortez, 2001. In MACHADO, Maria Rejane Bitencour. Entidades beneficentes de assistência social. Curitiba:

públicas e privadas, com o objetivo de suprir, sanar ou prevenir, por meio de técnicas próprias, deficiências e necessidades de indivíduos ou grupos quanto à sobrevivência, convivência e autonomia social.”

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

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

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

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

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

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

É sabido, entretanto, que as mazelas sociais brasileiras estão longe de ser equacionadas, em razão da utopia que tomou conta dos constituintes. Wagner Balera afirmou, em 1996, que “a questão social se mostra, no Brasil, muito grave.”⁸ Uadi Lammêgo Bulos⁹ adverte, conscientemente, que os constituintes de 1988, Juruá, 2007. p. 34.

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

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

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

“ao inscrever a assistência social no Texto de 1988, recaíram na promessa vaga, sem qualquer condição de ser cumprida, porquanto, no Brasil, os minoritários sociais, os pobres, os necessitados, são maioria. E não há uma efetiva política pública empenhada em destinar recursos à área da assistência social. São inúmeros os indivíduos privados de qualquer bem da vida, inclusive aqueles arrolados no art. 5º. Cresça-se, ainda, o desprestígio da dignidade humana, sem a qual não há liberdade, nem segurança, nem prioridade, nem isonomia.

(...)

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

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

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

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

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

O Estado brasileiro não consegue, sozinho, atender os cidadãos na abrangên-

10 - NALINI, José Renato. Constituição e Estado Democrático. São Paulo: FTD, 1997. p. 242.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. DESTINATÁRIOS DA IMUNIDADE

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

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

VI - instituir impostos sobre; (...)

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

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

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

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

Ser “sem fins lucrativos” significa não distribuir lucros aos associados ou a qualquer outra pessoa que integre a entidade.¹⁹ O eventual superávit financeiro

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

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

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

19 - Sacha Calmon Navarro Coelho ensina: “Por ‘sem fins lucrativos’ deve-se entender aquelas que não se apropriam dos resultados operacionais, ou seja, que não distribuem resultados entre sócios ou mantenedores ou associados, reinvestindo tudo o que ganham e, cada vez mais, em atividades-meios capazes de sustentar os planos educacionais próprios dessas entidades. Caso contrário, a imunidade em tela ficaria conduzida à caridade e à filantropia, o que não esteve nos cálculos do constituinte que

deve ser aplicado no desenvolvimento das atividades da própria entidade. Nada obsta nem proíbe que a entidade pratique atividades econômicas e obtenha lucro, desde que este seja revertido e aplicado na promoção dos objetivos assistenciais dela mesma.²⁰ E isso é tão verdadeiro que, se fosse proibido às entidades sem fins lucrativos realizar ações ou atividades lucrativas, por que existiriam normas jurídicas proibindo a tributação da receita dela advinda? Se isso não fosse possível não haveria a necessidade de tal previsão legal, o que nos parece óbvio.²¹

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

5. PANORAMA ATUAL DA IMUNIDADE DAS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

Não é de hoje que a imunidade é vilipendiada pelo governo, em todos os níveis. A discussão judicial acerca da natureza jurídica da lei (complementar ou ordinária) que regulamenta dispositivo constitucional que limita o poder de tributar está no Supremo Tribunal Federal há mais de dez anos, o que faz que o governo entenda, explore, use e abuse de lei ordinária e Medida Provisória para obter seu dá à sociedade a possibilidade de cooperar com o governo nas esferas de educação e da assistência e previdência sociais (paraestabilidade) com organismos fortes, auto-suficientes e progressistas, certo que sem atividade econômica própria não poderiam tais entes desenvolver as funções educacionais e assistenciais a que se propuserem.” Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 358. In Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor. Cristiano Carvalho, Marcelo Magalhães Peixoto (coord.). 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: MP Ed., 2008. p. 259.

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

21 - Sacha Calmon Navarro Coelho observa que “A ‘gratuidade’ pela qual tantos lutam é maléfica e contraproducente. Se as instituições particulares atuassem gratuitamente a fundo perdido, logo se estiolariam em quantidade e qualidade. A filantropia é cara, e a caridade pouca. A idéia de permitir o lucro e de obrigar sua reinversão no munus educacional ou assistencial enquanto condição para o privilégio da imunidade é verdadeiro motor do ‘instituto’, tornando-o útil e eficaz. A ampliação do campo de abrangência da atuação das entidades, a seu turno, tem sido a grande, a investível contribuição da Suprema Corte, à operacionalidade da imunidade das instituições. Com o decidir, assim, o STF tem propiciado o surgimento de centenas de instituições a servir micro-comunidades, em verdadeiro somatório de esforços visando o fim público inquestionável: a melhoria incessante dos níveis de educação, cultura assistencial do sofrido povo brasileiro.” Curso de Direito Tributário Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 275. Apud Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor. Cristiano Carvalho, Marcelo Magalhães Peixoto (coord.). 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: MP Ed., 2008. p. 149.

22 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232.

23 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 237.718.

24 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN nº 939-7.

intento de arrecadação desvairada e linear. Nós nos filiamos à linha de pensamento de quase todos os doutrinadores tributaristas que defendem a aplicação de lei complementar (Lei 5.172/66, Código Tributário Nacional - CTN²⁵) para regulamentar a limitação do poder de tributar, conforme manda o art. 146, II, CF.²⁶

Já é hora de o Supremo Tribunal Federal julgar os processos que tratam deste assunto, pois, após quase onze anos de embate entre as teses jurídicas defendidas pelas entidades e governo, o relacionamento entre eles já se desgastou o suficiente.

Em se prevalecendo o previsto no art. 146, II, CF, bastaria que as entidade cumprissem os três requisitos que estão dispostos nos artigos 9º.²⁷ e 14²⁸ do CTN.

A se firmar o entendimento²⁹ do governo, que indevidamente trata a imunidade como se fosse isenção, a lei ordinária nº 8.212/91, especialmente o artigo 55³⁰, que foi revogado pelo artigo 44, I, da Lei nº 12.101/09, seria apta para esta-

25 - O Código Tributário Nacional, votado originalmente como lei ordinária, foi recepcionado como lei complementar. Vide art. 19, § 1º., CF/67.

26 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn's n.ºs. 2.028, 2.036, 2.228, 2.621 e 2.545.

27 - CTN, art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) IV - cobrar imposto sobre: a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros; b) templos de qualquer culto; c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo; (redação dada pela Lei Complementar nº 104/01) § 1º O disposto no inciso IV não exclui a atribuição, por lei, às entidades nele referidas, da condição de responsáveis pelos tributos que lhes caiba reter na fonte, e não as dispensa da prática de atos, previstos em lei, asseguratórios do cumprimento de obrigações tributárias por terceiros.

28 - CTN, Art. 14 - O disposto na alínea c do inciso IV do art. 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nelas referidas: I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (redação dada pela Lei Complementar nº 104/01) II - aplicarem integralmente no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão. § 1º - Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do art. 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício. § 2º - Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do art. 9º são exclusivamente os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previsto nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

29 - "Os defensores da lei ordinária se fiam no argumento de que o vocábulo 'lei' foi utilizado sozinho no art. 150, VI, c, da Constituição Federal, e que, caso o legislador quisesse se referir a lei complementar, ele teria complementado a redação e escrito o termo 'complementar'. Entende quem assim pensa que, se a constituição não exigiu expressamente a necessidade de lei complementar, não cabe ao intérprete exigir. É bem verdade que a palavra 'ordinária' também não está escrita no artigo constitucional acima mencionado. (...) A questão é de hermenêutica, passando pela aplicação das técnicas exegéticas aceitáveis e de interpretação sistemática. (...) A tendência do Supremo Tribunal Federal, ao que tudo indica, é pelo reconhecimento da necessidade de lei complementar para regulamentar esta questão constitucional, o que nos parece absolutamente acertado." TEIXEIRA, Josenir e HOHMANN, Ana Carolina. Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTs. ano 1. n. 1, jan./jun. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 196/197.

30 - Texto primitivo da Lei 8.212/91, Art. 55. Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente: I - seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou

belecer os requisitos que as entidades deveriam cumprir para fazer jus ao não pagamento dos impostos previstos nos artigos 150, VI, “c” e 195, § 7º., ambos da CF, o que seria, no mínimo, frustrante.

Como o Supremo Tribunal Federal (STF), em alguns momentos e em dadas situações, faz emergir seu viés político, o que efetivamente o é, também, muito nos preocupa o destino do assunto. A prevalecer a tese defendida pelo governo, o STF sepultaria definitivamente diversas entidades, colocando a derradeira pá de cal no seu leito de morte.

5.1. A LEI N. 9.732/98

O governo já tentou mudar a redação do artigo 55 da Lei nº 8.212/91 por meio da Lei nº 9.732/98, que alterava a redação primitiva do inciso III³¹ e incluía os parágrafos 3º.³², 4º.³³ e 5º.³⁴ O STF freou o ímpeto governamental e suspendeu a eficácia de tais dispositivos, conforme decisão proferida na ADIN 2.028³⁵.

municipal; II - seja portadora do Certificado e do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecidos pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos; III - promova a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes; IV - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título; V - aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais apresentando, anualmente ao órgão do INSS competente, relatório circunstanciado de suas atividades. § 1º Res salvados os direitos adquiridos, a isenção de que trata este artigo será requerida ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, que terá o prazo de 30 (trinta) dias para despachar o pedido. § 2º A isenção de que trata este artigo não abrange empresa ou entidade que, tendo personalidade jurídica própria, seja mantida por outra que esteja no exercício da isenção. O texto deste artigo foi parcialmente alterado pelas Leis nºs. 9.429/96, 9.528/97 e 9.732/98 (suspensa pela ADIN 2.028) e MP 2.187-13/01.

31 - Redação dada pela Lei 9.732/98 a este inciso: “III - promova, gratuitamente e em caráter exclusivo, a assistência social beneficente a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência;”

32 - Redação dada pela Lei 9.732/98 a este parágrafo: “§ 3º Para os fins deste artigo, entende-se por assistência social beneficente a prestação gratuita de benefícios e serviços a quem dela necessitar.”

33 - Redação dada pela Lei 9.732/98 a este parágrafo: “§ 4º O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS cancelará a isenção se verificado o descumprimento do disposto neste artigo.”

34 - Redação dada pela Lei 9.732/98 a este parágrafo: “§ 5º Considera-se também de assistência social beneficente, para os fins deste artigo, a oferta e a efetiva prestação de serviços de pelo menos sessenta por cento ao Sistema Único de Saúde, nos termos do regulamento.”

35 - “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em referendar a concessão da medida liminar para suspender, até decisão final da ação direta, a eficácia do art. 1º., na parte em que alterou a redação do art. 55, inciso III, da Lei nº 8.212, de 24/7/1991, e acrescentou-lhe os §§ 3º., 4º. e 5º., bem como dos arts. 4º., 5º. e 7º., da Lei nº 9.732, de 11/12/1998. Brasília, 11 de novembro de 1999. Carlos Velloso. Presidente.” (grifos no original)

5.2. OS EFEITOS PRODUZIDOS PELA MP 446/08 E A SUA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL

Em 10.11.2008, o governo federal, atropelando a discussão e o andamento do Projeto de Lei n° 3.021/08, de autoria dele mesmo, editou a Medida Provisória (MP) n° 446, que dispunha sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social, regulava os procedimentos de “isenção” de contribuições para a seguridade social e revogava o artigo 55 da Lei 8.212/91³⁶.

Esta MP fez verdadeira revolução no que diz respeito à imunidade tributária das entidades, pois alterou as regras até então praticadas com base na Lei n° 8.212/91 e no Decreto n° 2.536/98 e retirou a competência³⁷ do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), o que feriu o art. 204, II, CF, para conceder o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS), documento até então “imprescindível” para o reconhecimento das entidades como imunes (ou “isentas”, na visão do governo) ao pagamento de impostos e contribuição previdenciária patronal. Esta insegurança jurídica continuará até que o STF julgue a ADIN 2.028. A MP segmentou as entidades por área de atuação e determinou que elas assim buscassem a concessão da certificação substitutiva ao CEBAS (que deixou de existir): as da saúde, no ministério da Saúde; as de educação, no ministério da Educação e as de assistência social, no ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.³⁸ Esta divisão prevalece hoje, em razão do previsto no artigo 21³⁹ da Lei n° 12.101/09.

Além disso, as entidades que desenvolvessem atividades concomitantemente em mais de um campo social (saúde, educação e assistência social) e tivessem receita anual superior a R\$2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais)⁴⁰ seriam obrigadas a criar uma pessoa jurídica para cada uma das suas áreas de atuação, com número próprio no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ)⁴¹, e isso em doze meses.⁴² Tal previsão fere frontalmente o art. 5º., XVIII, da CF, sendo, portanto, inconstitucional, pois é “vedada a interferência estatal” no funciona-

36 - MP 446/08, art. 48, I.

37 - Tal competência foi atribuída pela Lei 8.742/93, art. 18, IV, que teve sua redação alterada pelo art. 47 da MP 446/08.

38 - MP, 446/08, art. 22.

39 - Art. 21. A análise e decisão dos requerimentos de concessão ou de renovação dos certificados das entidades beneficentes de assistência social serão apreciadas no âmbito dos seguintes Ministérios: I - da Saúde, quanto às entidades da área de saúde; II - da Educação, quanto às entidades educacionais; e III - do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, quanto às entidades de assistência social.

40 - MP, 446/08, art. 24.

41 - MP, 446/08, art. 35.

42 - MP, 446/08, art. 35, § 2º.

mento das associações. A discussão do projeto de lei durante vinte meses e a pressão que as entidades fizeram nos parlamentares trouxeram bons ares à democracia, pois a cisão das entidades não aparece no texto da Lei nº 12.101/09, da mesma forma que desapareceu qualquer referencial à receita delas. A nova lei prevê, no artigo 22, que a entidade que atue em mais de uma área (saúde, educação e assistência social) deverá requerer a certificação e sua renovação no Ministério responsável pela área de atuação preponderante da entidade, sendo esta definida como atividade econômica principal no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) do Ministério da Fazenda.

Em 19.11.2008, o Senado Federal devolveu a MP 446/08 à Presidência da República, por entender que sua proposição lhe parecia contrária à CF. Em 02.12.2008, o governo federal propôs o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 462, que repetia o texto da MP 446, mas, ao invés do deferimento de pedidos de renovação de CEBAS, da extinção de recursos e do prejuízo das representações, conforme previsto originalmente nos extintos artigos 37, 38 e 39 dela, previu que estes processos sejam encaminhados aos ministérios correspondentes à área de atuação das entidades, que deverá julgá-los até 31.12.2009 “observando a legislação em vigor à época de sua protocolização original”. O PLS não nasceu para o mundo jurídico e perdeu o objeto em razão da edição da Lei nº 12.101/09.

A Câmara dos Deputados, por sua vez, rejeitou a MP em 10.02.2009.⁴³ Neste ínterim, em cumprimento ao artigo 37 da MP 446/08, o CNAS editou as Resoluções nºs. 3 (23.01.09), 7 (03.02.09), 8 (04.02.09) e 12 (09.02.09), que deferiram a renovação de 7.107 CEBAS que ali tramitavam.

Diante da postura do Congresso Nacional, os olhos dos operadores do Direito se voltaram para o previsto no art. 62, §§ 3º. e 11, da CF, pois esperava-se pelo decreto legislativo que iria disciplinar as relações jurídicas decorrentes daquela Medida Provisória. Ele não surgiu no mundo jurídico, o que deveria ter acontecido até 12.04.2009. Este fato atraiu a aplicação do § 11, art. 62, CF, que prevê que “as relações jurídicas constituídas e decorrentes dos atos praticados durante sua vigência (da MP) conservar-se-ão por ela regidas.”

Os parlamentares Luciana Genro (PSOL/RS) e Raul Jungmann (PPS/PE) protocolaram os projetos de decretos legislativos (PDL) nºs. 1.378 e 1.379, em 03.03.2009 e 05.03.2009, respectivamente, na Câmara dos Deputados, ambos tratando da regulamentação dos efeitos da MP 446/08.

O primeiro PDL, composto de apenas um artigo, propunha a revogação de qualquer efeito produzido pela MP em questão, durante seu prazo de vigência. A

43 - DOU 12.02.2009, p. 1, Atos do Congresso Nacional.

explicação da ementa do PDL era a seguinte: “Revoga os efeitos da aplicação da Medida Provisória que permitiu a renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS), para inúmeras entidades irregulares ou com pedidos indeferidos.”

O segundo PDL continha apenas um artigo, assim redigido: “Art. 1º Em decorrência da rejeição da Medida Provisória nº 446, de 07 de novembro de 2008, ficam convalidados todos os atos decorrentes da aplicação de seus dispositivos, à exceção do disposto nos Arts. 37 e 39, para os quais a convalidação dar-se-á até o dia 10 de abril de 2009.” Ambos os PDLs foram arquivados, pois não foram votados no tempo determinado pela Constituição Federal.⁴⁴

5.3. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Eis que, em 03 de abril de 2009, a juíza de direito da 13ª. Vara Federal do Distrito Federal concedeu liminar numa Ação Civil Pública⁴⁵ ajuizada pelo Ministério Público Federal em dezembro de 2008 contra a União Federal, e determinou que a Secretaria da Receita Federal do Brasil constituísse imediatamente (“proceda ao lançamento”), e depois suspendesse, a exigência do crédito tributário, até decisão contrária daquele juízo, todos os (pretensos) “créditos de contribuições devidas à seguridade social, em face das entidades que tinham pedidos de concessão e renovação de Certificados de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) e Representações Administrativas, que estavam pendentes de julgamento no Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, quando da edição da Medida Provisória 446/08, bem como das que aguardavam decisões em Recursos/Pedidos de Reconsideração dirigidos ao Ministro da Previdência Social (Art. 7º., § 1º do Decreto 2.536/98 e parágrafo único do art. 18 da Lei 8.742/93) relativamente aos fatos ocorridos dentro dos períodos de validade ou análise dos Certificados de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) solicitados.”

Determinou a magistrada que o autor da ação deveria apresentar a lista de todas as entidades que foram beneficiadas pela MP 446/08 e que deveriam ter (pretensos) débitos inscritos na dívida ativa da União Federal.

44 - Declaração de prejudicialidade - Nos termos do art. 62, § 11, da Constituição, não editado decreto legislativo até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. Verifico que a Medida Provisória nº 446, de 2008, foi rejeitada pelo Plenário do Senado Federal aos 10 de fevereiro de 2009. Portanto, havendo transcorrido in albis o prazo constitucional, estão prejudicados os Projetos de Decreto Legislativo nºs 1.378 e 1.379, ambos de 2009, pelo que determino o arquivamento das proposições na forma do art. 164, I e § 4º, do Regimento Interno. Em 5/5/09 – Michel Temer, Presidente.

45 - nº dos autos: 2008.34.00.038314-4.

Havia a convicção que tal despacho, devido ao seu ineditismo e diante da flagrante fragilidade jurídica, seria cassado pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região por meio de recurso da Advocacia Geral da União (AGU). Todavia, não foi o que aconteceu. Um juiz federal convocado, fazendo as vezes do desembargador federal designado para a relatoria, em 27 de julho de 2009, ao analisar o Agravo de Instrumento⁴⁶, indeferiu o efeito ativo pretendido pela União Federal “em face da inconstitucionalidade dos artigos questionados pelo MPF”. Entendeu o juiz que os artigos 37, 38 e 39 da Medida Provisória “são inconstitucionais por ofenderem a razoabilidade, proporcionalidade e igualdade, invadir atribuições do Executivo e o disposto no art. 195, § 7º. da Constituição.” Continuou o magistrado: “O deferimento de certificado indistintamente aos requerentes, bastando haver pedido ou reclamações tramitando, pedido de renovação, pedidos de reconsideração ou recursos pendentes no CNAS, ofende a razoabilidade e o dever de fundamentação das decisões administrativas, além do princípio da igualdade. Permite inclusive que uma entidade que descumprisse todas as regras para gozo do benefício e já o tivera indeferido se valesse das benesses das referidas normas, bastando contar com pedido, reclamação ou recurso tramitando junto ao CNAS. Noutro giro, ofendem a especialização de atribuições entre Legislativo e Executivo, pois cabe a esse concretizar a norma genérica no caso concreto. No caso, as normas invalidaram completamente essa divisão de atribuições de determinou (sic), certamente em face do assoberbamento do Executivo, a concessão do CEBAS sem qualquer análise e, pior, em casos que tal documento já havia sido indeferido e contava com recurso ou pedido de reconsideração pendente. Finalmente, e mais evidente é que a norma ofende o disposto no art. 195, § 7º. da Constituição. (...) Se a lei praticamente dispensa o cumprimento de qualquer requisito, mas condiciona apenas à existência de mero pedido de renovação, reclamação ou recurso, pendentes de análise, ela ofende de morte a necessária regulamentação em sentido material estabelecida na Carta Magna. Cabe ressaltar, a liminar tutela interesse público relevante de constituição de créditos tributários que caminham para a decadência, sem o devido cuidado da própria entidade com atribuição constitucional para os respectivos lançamentos – a União (Fazenda Pública) – que pede em sentido contrário.”⁴⁷

A União Federal, então, tentou outro caminho: ajuizou pedido de Suspensão de Liminar⁴⁸. O TRF da 1ª Região suspendeu a execução da medida liminar defe-

46 - N° dos autos: 2009.01.00.029151-6/DF.

47 - Páginas 2 e 3 do despacho.

48 - Autos n° SLAT 2009.01-00.052337-7/DF.

rida pela decisão monocrática da juíza da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal por entender que “a decisão atacada, à primeira vista, coloca em rota de colisão os Poderes da República, em razão do que dispõe o art. 62, § 3º. Supra, configurando grave lesão à ordem pública.”

A constituição do suposto crédito tributário do governo federal, em face das entidades, está suspensa, enquanto se espera pela análise do mérito da ação.

A fiscalização governamental não ficará inerte, pois o seu viés arrecadatário não a permite agir assim. Muito provavelmente ela interpretará as normas que dizem respeito ao assunto de forma restritiva e autuará as entidades, que, mais uma vez, deverão procurar no Judiciário a garantia ao respeito dos seus direitos, onde a discussão consumirá vários anos do sossego delas.

Aliás, não é outro o sentido do previsto no artigo 40 da Lei nº 12.101/09, que determina aos ministérios da Saúde, da Educação e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome que informem à Secretaria da Receita Federal do Brasil os pedidos de certificação originária e de renovação deferidos, bem como os definitivamente indeferidos.

6. A NOVA LEI DA FILANTROPIA: N. 12.101/09

Enquanto tudo isso acontecia, o presidente Lula editou a Lei nº 12.101/09, publicada em 30 de novembro de 2009, que dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social, regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social, altera a Lei nº 8.742/93, revoga dispositivos das Leis nºs 8.212/91, 9.429/96, 9.732/98, 10.684/03 e da Medida Provisória nº 2.187-13/01.

Como não poderia deixar de ser e mantendo coerência com a postura adotada desde o primeiro mandato, o atual governo editou lei ordinária, ao invés de complementar, mesmo diante do disposto no artigo 31 da nova lei, que prevê que “o direito à isenção das contribuições sociais poderá ser exercido pela entidade a contar da data da publicação da concessão de sua certificação.”

A nova lei é a materialização do PL 3.021/08 e de outros que a ele estavam pensados, e a sua intenção principal está estampada no artigo 21: “A análise e decisão dos requerimentos de concessão ou de renovação dos certificados das entidades beneficentes de assistência social serão apreciadas no âmbito dos seguintes Ministérios: I - da Saúde, quanto às entidades da área de saúde; II - da Educação, quanto às entidades educacionais; e III - do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, quanto às entidades de assistência social.”

Isso retirou do CNAS a legitimidade de conceder ou renovar o CEBAS, o que,

em nossa modesta opinião, fere o artigo 204, II, da CF, conforme acima manifestado.

Tal disposição legal alterou a LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social - nº 8.742/93) no seu artigo 18, III e IV, passando o CNAS a ter por atribuição apenas o “acompanhamento” e “fiscalização” do processo de certificação das entidades e organizações de assistência social no Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e a “apreciação” do relatório anual que conterà a relação de entidades e organizações de assistência social certificadas como beneficentes, devendo “encaminhá-lo” para conhecimento dos Conselhos de Assistência Social dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. Tudo isso por força do artigo 42 da Lei nº 12.101/09.

A total separação das entidades de acordo com a sua atuação e atividade, pretendida pelo governo, não será absolutamente factível. Veja-se, por exemplo, o previsto no parágrafo 3º do artigo 13 da nova lei: caso a entidade que atua na educação não consiga cumprir os requisitos estabelecidos no parágrafo primeiro de tal artigo, ela poderá, “complementarmente, (...) contabilizar o montante destinado a ações assistenciais”. E o que são “ações assistenciais”? Voltamos, então, à reflexão, incertezas, indefinições e subjetivismos extraídos na legislação que norteia o tema: CF, arts. 5º. e 203; LOAS; Decreto 6.308/07; Resolução CNAS nº 191 etc. Além disso, os assustadores pareceres das Consultorias Jurídicas dos Ministérios da Previdência e do Desenvolvimento Social também serão utilizados pela fiscalização governamental para encurtar o alcance das atividades desenvolvidas pelas entidades sem fins lucrativos.

Ao longo de 45 artigos, a nova lei traz as regras que devem ser observadas desde 30 de novembro de 2009 pelas entidades sem fins lucrativos. Todavia, a própria lei se refere por dez vezes a “regulamentos” que deverão ser editados pelos ministros das respectivas pastas para institucionalizar os requisitos que deverão ser cumpridos pelas entidades. Até o início de março de 2010, entretanto, nenhum dos três ministérios tinha editado qualquer regulamento para aplicação da lei, mesmo ela já estando em vigor há quase noventa dias.

Essa inércia nos permite concluir que o previsto no artigo 35 da nova lei não acontecerá. Tal artigo prevê que os pedidos de renovação de CEBAS protocolados (no CNAS) e ainda pendentes de julgamento serão julgados pelo Ministério da área no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, ou seja, até 30 de maio de 2010, aproximadamente. E o julgamento deve ser feito pelo Ministério responsável com base na “legislação em vigor à época da protocolização do requerimento”, em razão da irretroatividade da nova lei.

E isso gera outra preocupação às entidades. Pessoas que não têm qualquer familiaridade com a prática empregada pelos técnicos do CNAS e que não conhecem a legislação anterior é que julgarão os processos, o que, no mínimo, amedronta as entidades. É claro que tudo pode ser aprendido. Porém, isso é, no mínimo, preocupante. Esperamos que a luz do Divino Salvador ilumine a mente de tais pessoas para que as entidades não sucumbam ante a ignorância delas.

O CEBAS era um dos requisitos exigidos pelo artigo 55 da Lei nº 8.212/91, revogado pela nova lei da filantropia, e imprescindível para o requerimento do reconhecimento da “isenção” da cota patronal perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), por meio de processo administrativo específico. Daí a sua importância para permitir às entidades gozarem de tal benefício que, na prática, é verdadeira “imunidade”.

A nova lei avançou ao prever, no artigo 31, que “o direito à isenção das contribuições sociais poderá ser exercido pela entidade a contar da data da publicação da concessão de sua certificação.” Elimina-se, assim, o processo administrativo que era obrigatório perante a SRFB, em que pese a obtenção do novo certificado se constituir em verdadeiro processo administrativo, também, mas agora no âmbito dos ministérios.

7. O CONFRONTO DA MP 446/08 COM A LEI N. 12.101/09

A MP em questão causou polêmica por deferir, prejudicar e extinguir processos e representações que tramitavam no CNAS. Como visto acima, os efeitos produzidos pela MP, durante a sua vigência, se convalidaram. A Ação Civil Pública (ACP) que pretende cassar os efeitos produzidos pela MP ainda tramita e, ao que tudo indica, demorará alguns anos até o assunto se resolver de forma definitiva. A situação de hoje nos permite inferir que os efeitos produzidos pela MP estão válidos, diante da inexistência de decisão judicial na ACP. Portanto, hoje, é válido concluir que os processos de concessão originária e de renovação de CEBAS que tramitavam no CNAS estão deferidos, que as representações estão prejudicadas e que os recursos estão extintos.

Ignorando a concretude de tal fato jurídico, decorrente da aplicação de preceito constitucional, a Lei nº 12.101/09 ressuscitou situação jurídica que já estava fulminada, trazendo, de novo, insegurança jurídica que as entidades não mereciam.

Eis o comparativo entre os textos legais da MP e da nova lei da filantropia:

| MP 446/08 | Lei nº 12.101/09 |
|---|---|
| <p>Art. 37. Os pedidos de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social protocolizados, que ainda não tenham sido objeto de julgamento por parte do CNAS até a data de publicação desta Medida Provisória, consideram-se deferidos.</p> <p>Parágrafo único. As representações em curso no CNAS propostas pelo Poder Executivo em face da renovação referida no caput ficam prejudicadas, inclusive em relação a períodos anteriores.</p> | <p>Art. 35. Os pedidos de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social protocolados e ainda não julgados até a data de publicação desta Lei serão julgados pelo Ministério da área no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da referida data.</p> <p>§ 1º As representações em curso no CNAS, em face da renovação do certificado referida no caput, serão julgadas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei.</p> |
| <p>Art. 38. Fica extinto o recurso, em tramitação até a data de publicação desta Medida Provisória, relativo a pedido de renovação ou de concessão originária de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social deferido pelo CNAS.</p> | <p>Art. 34. Os pedidos de concessão originária de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social que não tenham sido objeto de julgamento até a data de publicação desta Lei serão remetidos, de acordo com a área de atuação da entidade, ao Ministério responsável, que os julgará nos termos da legislação em vigor à época da protocolização do requerimento.</p> |
| <p>Art. 39. Os pedidos de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social indeferidos pelo CNAS, que sejam objeto de pedido de reconsideração ou de recurso pendentes de julgamento até a data de publicação desta Medida Provisória, consideram-se deferidos.</p> | |

Constata-se do quadro acima que os pedidos de renovação do CEBAS que ainda não tinham sido julgados pelo CNAS foram deferidos e assim estão até hoje por força de imperativo constitucional. Todavia, a nova lei da filantropia mandou que os Ministérios da área de atuação da entidade os julguem em 180 dias a contar de 30 de novembro de 2009 (data da publicação da Lei nº 12.101/09). É esperar para ver.

Ora, ou a Constituição Federal vale alguma coisa e produz efeitos, no caso os previstos no parágrafo 11 do artigo 62, ou a sociedade brasileira, nela incluídas as entidades sem fins lucrativos, estará fadada a conviver eternamente com a insegurança jurídica, como nunca antes se tinha visto na história deste país.

Cabe às entidades atuarem para que a legalidade de nosso sistema jurídico seja efetivamente respeitado e a efetividade dele decorrente se concretize, em prol da paz social.

8. CONCLUSÃO

A situação das entidades sem fins lucrativos, incluindo as que atuam na saúde, que era indefinida, definiu-se. Mas isso continua causando enorme insegurança jurídica e interfere no planejamento estratégico delas. Este quadro está ficando insustentável. E pior: o futuro não é nada animador, consequência, principalmente, do imobilismo inacreditável delas diante de questões tão importantes que lhe dizem respeito diretamente, mas que foram relegadas a segundo plano, num ato de ceticismo e subestimação da força da fiscalização governamental.

As entidades sem fins lucrativos, principalmente as que atuam na saúde, devem buscar o efetivo reconhecimento de seu protagonismo no atendimento do cidadão brasileiro dependente do Sistema Único de Saúde (SUS). Elas fazem, por amor ao próximo e voluntarismo, mais do que o Estado brasileiro deve fazer, por obrigação que lhe é imposta pela Constituição Federal. Mas, infelizmente, a população não vê isso com esses olhos.

Caso as entidades não combatam de frente a sanha arrecadatória do governo federal, com todas as forças, inclusive no Judiciário, se for preciso, o preço de tudo isso sairá caro demais, pois elas estarão “na mão” do Poder Executivo, fazendo apenas o que ele entender que deve ser feito, retirando totalmente a sua liberdade e espontaneidade de criação e atuação. Ou as entidades se recusam a dançar a música tocada pelo governo ou estarão fadadas a se “acabarem” numa trilha sonora que não lhes apetece.

Cabe às entidades colocar os pingos nos is e mostrar à sociedade as benesses que suas atividades lhe trazem, exigir do governo, seja ele qual for, o respeito e

reconhecimento que merecem e não se curvarem a arremedos ditatoriais concretizados em legislação verdadeiramente tupiniquim (perdoem-me os índios capixabas por usar indevidamente o substantivo que identifica o seu povo) que as estrangulam.

9. REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

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

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GOULART, Karine Borges. Entidades beneficentes & contribuições sociais. Curitiba: Juruá, 2004.

LUNARDELLI, Regina Andrea Accorsi. Tributação do Terceiro Setor. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MACHADO, Maria Rejane Bitencourt. Entidades beneficentes de assistência social. Curitiba: Juruá, 2007.

MÂNICA, Fernando Borges. Terceiro Setor e Imunidade Tributária: Teoria e Prática. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MENTRINER, Maria Luiza. O estado entre a filantropia e a assistência social. São Paulo: Cortez, 2001.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 6. ed. atual. até a EC n.º. 52/06. São Paulo: Atlas, 2006.

NALINI, José Renato. Constituição e Estado Democrático. São Paulo: FTD, 1997.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: MP Ed., 2008.

ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). Contribuições Previdenciárias – Questões Atuais. São Paulo: Dialética, 1996.

TEIXEIRA, Josenir e Ana Carolina Hohmann. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS. ano 1. n. 1, Jan./Jun. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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

Publicado no livro “História dos 15 anos da CNS” – Confederação Nacional de Saúde, Alexandre Zanetti (org.) ... [et al.], Porto Alegre/RS, 2010, p. 133-157, e, originariamente, na Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, Ano 3, n. 5, p. 79-92, Jan/Jun de 2009.

1.8 | O atentado contra as filantrópicas

Está aberta a temporada de caça às bruxas, ou melhor, às entidades filantrópicas. O governo tem intensificado ainda mais seu bombardeio a elas, abatendo-as em pleno voo (ou em plena prestação de serviços a quem deles necessita). Nunca se viu união de forças e afinação de discurso tão eficaz entre os burocratas do governo.

Na verdade, vemos que o governo federal, em que pese não conseguir barrar os verdadeiros causadores da milionária evasão dos cofres públicos (especificamente do INSS) retratada diariamente pela mídia, fulmina entidades que agem de forma complementar ao Poder Público e que tentam, de alguma forma, amparar a população por meio da prestação de serviços hospitalares, assistenciais e educacionais que disponibilizam.

É fácil atingir quem é organizado, tem endereço certo e obrigação legal de registrar seus passos contábeis e econômicos, como são as entidades filantrópicas. E o INSS sabe disso. É o aumento de receita, mesmo que maquiavélico, que importa. E são justamente neste sentido as atitudes que o governo vem tomando.

Por óbvio que as entidades filantrópicas, como as empresas em geral, devem ser rigorosamente fiscalizadas pelo governo. E sempre o foram. O “poder de polícia” é faculdade inerente ao Estado e contra ele ninguém pode se insurgir, eis que legal. Acontece que se deve observar o “princípio da proporcionalidade” que impõe que se evite utilizar medida mais enérgica do que a necessária à obtenção do resultado pretendido pela lei.

Ao que parece, as entidades filantrópicas é que são o câncer da sociedade. Elas são as malvadas. Elas são as fraudadoras. Elas são as irresponsáveis. Elas são as ilegais.

Quem as conhece sabe muito bem que não é isso. É inegável que são as entida-

des filantrópicas, localizadas em quase todos os municípios brasileiros, que conhecem as necessidades daquele cidadão que ali reside e necessita de ajuda básica e que seus gritos, por mais fortes que sejam, não conseguem chegar aos ouvidos dos nossos (?) representantes na longínqua Brasília, que têm gabinetes fechados e ar condicionado que os gelam, inclusive a alma.

Quiçá o Poder Público pudesse propiciar a todos nós, brasileiros, as condições ideais de vida e dignidade previstas na Constituição Federal e não se precisasse de entidades filantrópicas para complementar os serviços públicos.

Se as entidades filantrópicas deixarem de existir, alguns brasileiros, jogados à própria sorte, deixarão de existir junto com elas.

Publicado no Indicador Jurídico n. 1, Out/Nov de 2001.

1.9 | O desvio de finalidade das ONGs

A legislação determina que o estatuto das entidades do Terceiro Setor preveja as suas finalidades de maneira clara. Tal documento deve ser consultado toda vez que um projeto for idealizado para certificar-se que ele está intrinsecamente ligado aos objetivos delineados pela entidade. Isso porque, uma vez estabelecidos os fins a serem alcançados, a entidade não pode deles se desviar, sob pena de punições legais tanto a ela quanto a seus dirigentes.

É necessária a busca por receita e de novas formas de sustentação pelas entidades do Terceiro Setor, principalmente no Brasil, onde o costume de doar não faz parte de nossa cultura, ao contrário do exemplo do povo norte-americano. Porém, os dirigentes destas entidades devem estar absolutamente atentos à observância das formas de obtenção da sustentabilidade delas, o que também deve estar expresso no seu estatuto. As ações adotadas por uma entidade sem fins lucrativos devem estar concatenadas com os seus objetivos e com as formas de atingi-los.

O Código Civil prevê que, “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

A mídia tem retratado os (hipotéticos) atos praticados por algumas entidades cariocas que estão sendo acusadas de desvio de finalidade, podendo seus dirigentes ser enquadrados nos crimes previstos na lei de improbidade administrativa. O enquadramento nesta legislação específica, apesar de as entidades serem pessoas jurídicas de direito privado, dá-se em razão do recebimento de recursos públicos (por elas), tendo esta possibilidade sido pacificada pelos tribunais, inclusive pelo

Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A desconfiança de desvio de finalidade de entidades do Terceiro Setor não é privilégio dos cariocas. A mídia nos informa sobre diversas outras entidades, em várias partes do Brasil, que têm se envolvido em situações que merecem ser esclarecidas.

Agindo o dirigente de uma entidade do Terceiro Setor com excesso de poder, este conceituado como sendo a prática de atos com infringência à lei, ao estatuto social, aos contratos ou ao mandato (procuração), ele poderá ser diretamente responsabilizado pelo que fez, devendo sofrer os processos administrativos, civis e criminais cabíveis e suficientes para coibir a sua conduta. Praticar ato para o qual não foi autorizado, que extrapola os poderes recebidos ou que foge ao padrão da normalidade e à praxe dos negócios, são exemplos de situações em que as atitudes do dirigente podem ser questionadas. Questionando-se os atos do dirigente, as ações da entidade também serão colocadas na berlinda, o que também pode lhe trazer sérias consequências.

O dirigente de uma entidade do Terceiro Setor tem o dever de executar seus atos regularmente (conforme as regras), com diligência (cuidado, zelo, interesse), lealdade (fidelidade, sigilo), prestar informações (relatório, comunicação, números), respeitar as leis, o estatuto e as demais normas e evitar conflito de interesse (pessoal versus entidade).

Atuando desta forma, além de contribuir com o exercício da cidadania e aprimorar o respeito da sociedade para com o Terceiro Setor, o dirigente da ONG evitará processos e prejuízos pessoais. Pense nisso, caro leitor!

Publicado no site www.jteixeira.com.br
Escrito em 2006.

1.10

O Supremo Tribunal Federal e as entidades beneficentes de assistência social

Comentários à decisão do ministro Ricardo Lewandowski no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 27.234-5

Josenir Teixeira [...]

Juliana Gomes Ramalho

Advogada da área de Direito do Terceiro Setor do escritório Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr e Quiroga Advogados. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Formada pelo Curso de Responsabilidade Social e Investimento Social Estratégico do Instituto para o Desenvolvimento do Investimento Social - IDIS. Mestre em direito (LL.M) pela Universidade de Columbia, Nova York, Estados Unidos. Associada estrangeira do escritório Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton LLP.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O Supremo Tribunal Federal e a imunidade das contribuições para seguridade social 3. A decisão. 4. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

Na última edição desta Revista de Direito do Terceiro Setor comentamos a Súmula nº. 352 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), fruto de decisões da sua Primeira Seção que analisaram o direito adquirido das entidades beneficentes de assistência social à isenção prevista pela Lei nº 3.577/59.

Ao analisarmos a decisão objeto destes comentários retomamos este mesmo tema, mas agora sob o enfoque do Supremo Tribunal Federal (STF).

Nossa análise, todavia, pretende ir além da referida decisão. O objetivo é analisar o atual posicionamento do STF diante da “isenção” das contribuições para a seguridade social prevista no art. 195, § 7º, da Constituição Federal.

A decisão do ministro Ricardo Lewandowski é apenas esboço de uma visão que tem se expandido na nossa Corte Maior: a de que a “isenção” prevista no art. 195,

§ 7º, pode ser regulamentada por lei ordinária.

Conhecemos as celeumas que envolvem o tema e não pretendemos esgotá-lo, mas, com todas as vênias, não é possível silenciar diante da visão equivocada que tem predominado no STF, guardião que é da Constituição Federal.

Sabemos que o direito, muitas vezes, é utilizado como instrumento de política pública para solucionar problemas. É fato inegável que, atualmente, muitas entidades sem fins lucrativos não são merecedoras dos benefícios fiscais garantidos pela Constituição Federal. Todavia, nessa “caça às bruxas”, não podem ser diminuídas as garantias que o legislador constituinte pretendeu estabelecer em favor do contribuinte. É a partir dessa certeza que apresentamos nossos comentários.

2. A IMUNIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES PARA SEGURIDADE SOCIAL

Prevê o artigo 195, § 7º, da Constituição Federal: “São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.”

Veja-se que o texto constitucional menciona *isenção* e não *imunidade*. Contudo, como é sabido, os casos de incompetência tributária ou as chamadas limitações constitucionais ao poder de tributar determinados pela Lei Maior consistem em imunidade, não mera isenção. Sobre o tema, válida é a lição de Roque Antonio Carrazza¹:

“Segundo estamos convencidos, a palavra “isentas” está empregada no Texto Constitucional, no sentido de “imunes”. É que, no caso, está-se diante de uma hipótese de não incidência tributária constitucionalmente tributária (sic.). Ora, isto tem um nome técnico: “imunidade”. Assim, onde o leigo lê “isentas”, deve o jurista interpretar “imunes”.

A boa doutrina, pacificamente, acompanha o autor transcrito, defendendo que a incompetência tributária *constitucionalmente qualificada* é a imunidade, ao passo que a exclusão do crédito tributário, levada a efeito por *lei ordinária*, é a isenção.

A inteligência por nós conferida ao artigo 195, § 7º, CF/88, foi sustentada pelo ministro Celso de Mello, em 1995:

“A cláusula inscrita no art. 195, § 7º da Carta Política – não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para a seguridade social – contemplou

1 - Entidades Beneficentes de Assistência Social (filantrópicas) – imunidade do artigo 195, § 7º, da CF – inconstitucionalidades da Lei nº 9.732/98 – questões conexas in *Direito Tributário Constitucional*, p. 23.

as entidades beneficentes de assistência social com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei.”²

O posicionamento do ministro Celso de Mello é bem aceito no STF. Contudo, “as exigências estabelecidas em lei” previstas no citado dispositivo têm sido, ao nosso ver, equivocadamente interpretadas por aquele tribunal. O dispositivo em comento, ao fazer menção à regulamentação legal, não discriminou expressamente a qual “tipo” de lei se referia, ensejando conclusões distorcidas. Entretanto, a simples interpretação sistemática da Constituição Federal nos permite afirmar que o legislador constituinte, sem sombra de dúvida, se reportava à lei complementar.

A imunidade é considerada pela Constituição Federal como limitação ao poder de tributar. É certo, portanto, que a lei a que se refere o constituinte é, necessariamente, a complementar, por força do que estabelece o artigo 146, II, da própria Constituição Federal:

“Art. 146 - Cabe à lei complementar:

(...)

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.”

Não resta espaço para interpretação adversa. E não poderia ser de outra forma; se as imunidades estivessem ao alcance do legislador ordinário poderiam ser desvirtuadas e restringidas livremente, sempre que o Estado sofresse pressões arrecadatórias para o cumprimento de suas metas orçamentárias, como ocorre diuturnamente no país.

O STF, até recentemente, entendia desse mesmo modo.

Sobre o tema, remetemos o leitor aos riquíssimos ensinamentos jurídicos que podem ser colhidos do julgamento do Mandado de Injunção n° 232, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, que começou em fevereiro e terminou em agosto de 1991, e do qual participaram os mais célebres ministros de que se tem notícia. Tratava o caso de Mandado de Injunção ajuizado pelo Centro de Cultura Prof. Luiz Freire, do Rio de Janeiro, entidade de assistência social e filantrópica, contra o Congresso Nacional, para que aquela casa legislativa editasse a norma adequada para regulamentar a imunidade prevista no art. 195, § 7º, da Constituição Federal. Do longo debate que se travou, em que os ministros Moreira Alves (relator), Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Célio Borja, Octávio Gallotti, Sydney Sanches,

² - Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n° 22.192-9 – 1º T., j. 28.11.95 – p. 19.12.96, p. 51.802.

Aldir Passarinho, Néri da Silveira, Marco Aurélio e Celso de Mello manifestaram suas opiniões, é possível constatar a aridez e indefinição do tema, desde aquela época.

Assim se manifestou o ministro Moreira Alves, no seu relatório:

“Sucede, porém, que, no caso, o parágrafo 7º. do artigo 195 não concedeu o direito de imunidade às entidades beneficentes de assistência social, direito esse que apenas não pudesse ser exercido por falta de regulamentação, mas somente lhes outorgou a expectativa de, se vierem a atender as exigências a ser estabelecidas em lei, verã nascer, para si, o direito em causa. O que implica dizer que esse direito não nasce apenas do preenchimento da hipótese de incidência contida na norma constitucional, mas, depende, ainda, das exigências fixadas pela lei ordinária, como resulta claramente do disposto no referido parágrafo.”³

Seguiu o ministro Moreira Alves, agora no voto mérito:

“Não há dúvida de que ainda não foi editada a lei a que alude o § 7º. do artigo 195 da Constituição, consignando as informações apenas a existência de projetos de lei que dizem respeito a essa matéria especificamente, ou que dela cuidam entre outras normas relativas à seguridade social.”⁴

O ministro Carlos Velloso assim se pronunciou naquela oportunidade:

“O direito está concedido desde que atendidas as condições e os requisitos inscritos em lei. Que requisitos seriam esses? A impetrante quer sabê-los, quer conhecê-los. Poderiam ser requisitos que estabelecessem exigências além da situação ontológica da entidade beneficente? Penso que não! Uma entidade que na realidade seja beneficente – e não há qualquer impugnação a essa condição da impetrante, ou que não fosse ela, na verdade, entidade beneficente – e que atenda, por exemplo, os requisitos inscritos no Código Tributário Nacional para o gozo da imunidade relativamente aos impostos (art. 14 do Código Tributário Nacional), tem, licitamente, a pretensão de gozar daquilo que a Constituição no art. 195 chama de ‘isenção’ e que, concedo, seja, na realidade, uma imunidade. Destarte, essa entidade não exercita o direito que a Constituição lhe concede, por ser entidade beneficente, em razão da inércia do legislador, que não fixa os requisitos, ou as exigências referidas pela Constituição.”⁵

3 - Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção ° 232, RJ. p. 27

4 - Idem, p. 48.

5 - Idem, p. 30.

Disse o ministro Sydney Sanches, sucintamente:

*“O § 7º. do art., 195 da Constituição não confere a toda e qualquer entidade beneficente de assistência social a imunidade ali prevista. Portanto, essas entidades, inclusive a autora, não têm ainda um direito constitucionalmente reconhecido, cujo exercício dependa de norma regulamentadora. Na verdade, a Constituição remeteu à lei a criação do próprio direito, segundo as exigências que fizer. Aliás, o que a lei não pode fazer é conferir a imunidade a qualquer entidade de assistência social, sem fazer qualquer exigência. Porque o parágrafo 7º do art. 195 impõe que a lei faça exigência. Enquanto não o fizer, não há direito da autora, cujo exercício dependa de regulamentação.”*⁶

Sustentou o ministro Aldir Passarinho:

*“No caso concreto, a própria entidade, em si, dependerá do atendimento de determinados requisitos para que possa obter o benefício da imunidade. A própria caracterização, portanto, da pessoa que deve exercer esse direito ainda está indefinida, precisando da lei que a regulamente. Parece que assim, sem que a lei estabeleça exatamente as características básicas que devem ser atendidas por aquelas entidades de assistência social para que possa obter esse benefício, não podemos admitir, de pronto, sua legitimidade ‘ad causam’, se essa própria caracterização da pessoa jurídica que exercerá esse direito não está definida.”*⁷

O ministro Moreira Alves interrompeu a manifestação do ministro Aldir Passarinho e afirmou:

“Se já existe o direito constitucionalmente outorgado, essa entidade já tem esse direito, não há dúvida. Quer dizer, não pode vir a lei a exigir um requisito que ela não possa preencher; como, por exemplo, o de ser ela uma entidade fechada e a lei só concede a entidades abertas. Então estamos admitindo que a lei posterior possa vir retirar um direito que já reconhecemos em abstrato para ela. O que mostra, obviamente, que não é o caso de mandado de injunção. Estamos permitindo que a lei ordinária possa restringir a Constituição. Isso quando se admite, são aquelas normas constitucionais de aplicação imediata e eficácia contida, ou seja, aplica-se de imediato e a lei posterior pode estabelecer restrições, mas aqui nem isto é, aqui é possível que a lei retire esse direito constitucionalmente garantido, porque estamos dizendo que ela tem direito em abstrato, e para concretizar esse direito é preciso que ela preencha os requisitos. Agora, se a lei pode estabelecer requisitos que jamais serão preenchidos, como o problema de localização - não pode estender-se para o exterior, não pode ser fechada, só aberta - então ela não tem o direito, por-

6 - Idem, p. 42

7 - Idem, p. 44.

*que não é possível tê-lo em abstrato, pois a lei pode retirá-lo. Acho difícil entender como a Constituição dá um direito, o reconhecemos, mas admitimos que a lei possa retirá-lo.*⁸ (destacou-se)

O ministro Aldir Passarinho assim respondeu ao ministro Moreira Alves (relator), depois da intervenção: “V.Exa. trouxe mais argumentos ao meu ponto de vista e também aos dos Ministros Octavio Gallotti e Sydney Sanches. Acompanho o eminente relator.”⁹

Na confirmação de seu voto, o ministro Moreira Alves concluiu:

“No caso, em face dos votos divergentes, ou se aplica a norma do Código Tributário Nacional por estar ela em vigor, e, conseqüentemente, não há omissão que dá margem ao mandado de injunção, ou se está legislando, sem que a Constituição tenha dado ao Poder Judiciário competência para legislar, competência essa que, no Estado democrático, é dos Poderes Políticos – o Legislativo e o Executivo -, que recebem seus mandatos pelo voto popular.” (destacou-se)

A solução dada pelo ministro Moreira Alves, na sua confirmação de voto, é exatamente a ementa do julgamento:

“Mandado de Injunção.

- Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no § 7º. do artigo 195 da Constituição Federal.

- Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional.

Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo, sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.”¹⁰

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.028, de 1999, o assunto restou assim ventilado:

“De há muito se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão com referência a determinada matéria, o que implica dizer que quando a Carta

8 - Idem, p. 44/45.

9 - Idem, p. 45.

10 - Idem, p. 18.

Magna alude genericamente a “lei” para estabelecer princípio de reserva legal, essa expressão compreende tanto a legislação ordinária, nas suas diferentes modalidades, quanto a legislação complementar.

No caso, o artigo 195, § 7º, da Carta Magna, com relação a matéria específica (as exigências a que devem atender as entidades beneficentes de assistência social para gozarem da imunidade aí prevista), determina apenas que essas exigências sejam estabelecidas em lei. Portanto, em face da referida jurisprudência desta Corte, em lei ordinária. - É certo, porém, que há forte corrente doutrinária que entende que, sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, embora o § 7º do artigo 195 só se refira a “lei” sem qualificá-la como complementar - e o mesmo ocorre quanto ao artigo 150, VI, “c”, da Carta Magna -, essa expressão, ao invés de ser entendida como exceção ao princípio geral que se encontra no artigo 146, II (“Cabe à lei complementar: II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar”), deve ser interpretada em conjugação com esse princípio para se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa.

A essa fundamentação jurídica, em si mesma, não se pode negar relevância, embora, no caso, se acolhida, e, em conseqüência, suspensa provisoriamente a eficácia dos dispositivos impugnados, voltará a vigorar a redação originária do artigo 55 da Lei 8.212/91, que, também por ser lei ordinária, não poderia regular essa limitação constitucional ao poder de tributar; e que, apesar disso, não foi atacada, subsidiariamente, como inconstitucional nesta ação direta, o que levaria ao não-conhecimento desta para se possibilitar que outra pudesse ser proposta sem essa deficiência. (...).

Embora relevante a tese de que, não obstante o § 7º do artigo 195 só se refira a “lei”, sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, é de se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa, no caso, porém, dada a relevância das duas teses opostas, e sendo certo que, se concedida a liminar, revigorar-se-ia legislação ordinária anterior que não foi atacada, não deve ser concedida a liminar pleiteada.”¹¹ (destacou-se)

Na Ação Direta de Constitucionalidade nº 1.802, de 1998, que visava suspender a vigência de artigos da Lei nº 9.532/97 (e que teve a liminar deferida), o ministro Sepúlveda Pertence, relator, pontificou:

“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

¹¹ - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.028. Disponível em www.stf.jus.br.

funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune; não, o que diga respeito aos lindes da imunidade, que, quando susceptíveis de disciplina infra-constitucional, ficou reservado à lei complementar.

(...)

Concedo que a regra de imunidade discutida efetivamente se refira à lei ordinária, como é de entender, na linguagem da Constituição, sempre que não haja menção explícita à lei complementar.”¹²

No já citado Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n° 22.192-9, o Ministro Celso de Mello assim se pronunciou:

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

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

(...)

Desse modo, entendo assistir plena razão ao eminente Ministro Oscar Corrêa, quando, em substancioso parecer - em que respondeu a consulta formulada pela Associação Paulista da Igreja Adventista do Sétimo Dia - conclui, com inteira procedência que:

“I- O texto constitucional do art. 150, VI, ao vedar à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a taxação das instituições de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei, objetivou estimular a prestação de serviços, que elas realizam, em nome dele Estado, e seria um contra-senso taxar atividades que se exercem para complementar as que não têm condições de cumprir.

II- Da mesma maneira, ao isentar as entidades assistenciais de beneficência social das contribuições para a seguridade social, teve o mesmo objetivo de facilitar-lhes a expansão da prestação dos serviços, desonerando-as desse ônus que as atingiam.

III - Tratando-se de normas inseridas no texto constitucional, são comando para

12 - Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.802.

Disponível em www.stf.jus.br.

todos, a começar do legislador ordinário, que a elas deve obediência, e representam a imunidade que veda sejam atingidas por normas de inferior hierarquia.

IV – Só os requisitos da lei são exigência válida para o gozo do benefício, quer a vedação do art. 150, VI, quer a imunidade do art. 195, §7 da Constituição, e resumem-se nos termos do art. 14 do CTN (lei complementar, nessa parte recepcionada pelo texto constitucional).

V- Exigir que as entidades descentralizadas tenham sido constituídas antes de qualquer norma legal, seria pôr limites temporais à assistência social, vale dizer, não poderiam prestá-la as que criassem depois, o que é impensável, por contrariar a própria natureza das instituições que a Constituição quer favorecer.

VI- Tem, pois, a Consulente direito líquido e certo à imunidade, de que, como instituição reconhecida legalmente, preenchidos os requisitos da lei, goza. O que o Supremo Tribunal Federal reconhece”.¹³ (grifou-se)

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu questões envolvendo a matéria:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. INSS. IMUNIDADE. ENTIDADE BENEFICENTE DECLARADA DE UTILIDADE PÚBLICA. CTN ART. 14. CONSTITUIÇÃO FEDERAL ART. 195, § 7º.

1. Sendo a Entidade Beneficente declarada de utilidade pública, não se submete à obrigação de recolher quota patronal de contribuição social ao INSS, em face da imunidade tributária que lhe é conferida pelo art. 195, § 7º, da Constituição Federal, em consonância com o art. 14 do Código Tributário Nacional.

2. Na espécie, o Tribunal recorrido, mediante exame do substrato probatório, verificou o suprimento, pela Instituição Beneficente, de todos os requisitos legitimadores à concessão da imunidade tributária referenciada, sendo certo que o reconhecimento de tal condição deve operar efeito “ex tunc”, uma vez que se limita a declarar situação anteriormente existente.¹⁴

Ainda, em julgamentos mais recentes de tribunais inferiores, percebe-se a prevalência do entendimento da necessidade de lei complementar para regulamentar dispositivo constitucional de limitação do poder de tributar:

TRIBUTÁRIO – CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA – LEI EM TESE – IMUNIDADE – INSTITUIÇÃO BENEFICENTE – QUOTA-PATRONAL – ARTIGO 195, § 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A

¹³ - Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n° 22.192-9 – 1° T., j. 28.11.95 – p. 19.12.96, p. 51.802.

¹⁴ - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 495.975, RS, DJU 20.10.2003. Disponível em www.stj.jus.br.

imunidade prevista no artigo 195, § 7º é condicionada aos pressupostos estatuídos por Lei, e deve ter natureza complementar, por obediência ao princípio da hierarquia de Leis. As alterações implementadas pela Lei nº 8.212/1991, artigo 55, inciso III, pela Lei nº 9.732/1991 e pela Lei nº 10.260/2001, estão evadidas de inconstitucionalidade. 4. A Lei nº 9.732/1991 teve a sua eficácia suspensa, em decisão liminar proferida na ADIN nº 2.028-5/DF, Relator Ministro Moreira Alves, referendada, por unanimidade, pelo Plenário da Suprema Corte (DJ de 16.06.2000, pág. 30, Julgamento em 11.11.1999), e a Lei nº 10.260/2001 também está com sua eficácia suspensa, em virtude do julgamento unânime da ADIN nº 2545-7-DF pelo mesmo colegiado (Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 07.02.2003 PÁG. 21).¹⁵ (destacou-se)

TRIBUTÁRIO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – Entidade beneficente de assistência social. Imunidade tributária. Necessidade de Lei Complementar. Nos termos do artigo 195, § 7º, da CF/88, a entidade beneficente de assistência social possui imunidade tributária. Tratando-se de regra que confere imunidade, sua alteração não pode se efetuar por Lei ordinária (art. 146, II CF/88), motivo pelo qual não se lhe aplica o artigo 55 da Lei nº 8.212/91.¹⁶

Por outro lado, sempre existiram setores da doutrina que entendiam que somente é exigível a lei complementar quando expressamente discriminado no texto constitucional.

Contudo, a tese da lei ordinária, no caso das imunidades, é construída ao arripio do que dispõe o artigo 146, II, CF/88, que exige a lei complementar para a regulação das limitações constitucionais ao poder de tributar.

A este respeito, vejamos a posição de Hugo de Brito Machado:

“Afastamos desde logo, porque absolutamente infundado, o argumento segundo o qual a lei complementar só é exigível nos casos em que a norma da Constituição refere-se expressamente a essa espécie normativa. Muita vez, a Constituição refere-se a lei, e está a reportar-se, indubitavelmente, tanto à lei ordinária quanto à lei complementar. Assim, quando consagra o princípio da legalidade tributária refere-se a lei, mas ninguém de bom senso há de considerar válido o tributo criado por lei ordinária em se tratando do exercício de competência residual. Afinal existe regra expressa a exigir, no caso, lei complementar.

A imunidade é uma forma de limitação constitucional ao poder de tributar, e a Constituição estabelece expressamente que essa matéria deve ser tratada por lei complementar.”¹⁷

¹⁵ - Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 38000012687, MG, DJU 24.09.2003.

¹⁶ - Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Agravo de Instrumento nº 2003.04.01.028655-0, SC, DJU 19.11.2003.

¹⁷ - in Imunidade Tributária das Instituições de Educação e de Assistência Social e a Lei 9.532/97, in

Porém, como pode ser visto da decisão monocrática ora comentada e de outras decisões abaixo mencionadas, o STF tem aderido a esse posicionamento.

3. A DECISÃO

A decisão monocrática do ministro Ricardo Lewandowski é apenas sinalização de posicionamento que tem sido equivocadamente adotado pelo STF de modo recente. De acordo com a referida decisão, não há direito adquirido a regime jurídico de imunidade tributária sobre contribuições sociais. Para o ministro,

“o cumprimento dos requisitos do art. 1º, parágrafo 1º, do Decreto-Lei 1.572/1977 não a escusa, ao final do prazo de concessão do benefício, de satisfazer as exigências de lei superveniente (Lei 8.212/1991, art. 55, II) pois é certo que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, direito adquirido à imutabilidade de regime-jurídico tributário.”

Sem entrar no mérito da legitimidade do pronunciamento do STF quanto a essa matéria, fato é que, com essas palavras, o ministro enterrou a tese do direito adquirido já afastada pela Súmula 352 do STJ e, indo mais adiante, deixou claro que a Lei 8.212/91 seria a norma regulamentadora do benefício constitucional previsto no art. 195, § 7º., CF/88.

Na decisão ora comentada¹⁸ e em pelo menos outras duas decisões (RMS 27.300/DF (08/05/2008) e RMS 27.093-8/DF (02/09/2008)), que também trataram sobre o direito adquirido, foi mencionado o posicionamento adotado no acórdão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 428.815-0-AM. Por meio deste acórdão, o STF se posicionou no sentido de que a exigência de emissão e renovação periódica prevista no art. 55, II, da Lei 8.212/91, não ofende os arts. 146, II e 195, § 7º, CF/88. Essa decisão (datada de 07/06/2005) é tida como paradigmática.

Seguindo esse mesmo entendimento, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330, de 2008, que discute a constitucionalidade da lei do PROUNI (nº 11.096/05), o ministro Carlos Ayres Britto assim se manifestou:

“20. O que se alega, inicialmente, é que os arts. 10 e 11 da Lei nº. 11.096/05 ofendem o inciso II do art. 146 e o § 7º. do art. 195 da Lei Maior. Isso porque, ao ampliar o conceito de “entidade beneficente de assistência social”, tais dispositivos legais criaram condições para que várias instituições gozassem de desoneração

ROCHA, Valdir de Oliveira. Grandes questões atuais do direito tributário. São Paulo: Dialética, 1999. p. 150. 18 - O Acórdão RMS nº 27.032 - Rel. Min. Eros Grau - mencionado pelo ministro Ricardo Lewandowski como paradigmático, não é localizável no site do STF. De acordo com o andamento, o referido processo foi encaminhado ao Pleno.

fiscal. Benefício, esse, que operaria uma verdadeira limitação ao poder estatal de tributar e, por isso mesmo, submetido à ressalva de lei complementar.

21. *Não é bem assim. (...)*

22. *É exatamente aí, nesse § 7º. do art. 195, que o termo “isenção” outra coisa não traduz senão imunidade tributária. E o fato é que essa espécie de desoneração fiscal tem como destinatárias as entidades beneficentes de assistência social que satisfaçam os requisitos estabelecidos em lei. Logo, o discurso normativo-constitucional foi que instituiu um novo óbice ao poder estatal de tributar as pessoas jurídico-privadas a que se referiu, embora transferindo para a lei – e lei ordinária, enfatize-se – a tarefa de indicar os pressupostos de gozo do favor fiscal. Não o favor em si.”*

Sem dúvida, afastar o direito adquirido garantido pelo próprio parágrafo 1º. do art. 55 da Lei 8212/91 já é motivo suficiente para preocupar as entidades beneficentes de assistência social, mas a afirmação de que a Lei 8.212/91 seria a lei que regulamenta a imunidade às contribuições para a seguridade social é uma afronta ao determinado pela própria Constituição Federal.

Ao mesmo tempo, o STF reconheceu a repercussão geral em Recurso Extraordinário n.º 566.622-1/RS, publicada na última edição desta RDTS, para que aquela Corte se pronuncie “sobre a higidez, ou não, do artigo 55 da Lei n. 8.212/91” e para que a decisão “ganhe contornos vinculantes”. No mencionado recurso, a recorrente – uma entidade beneficente de assistência social – “aduz ter jus ao gozo da imunidade tributária quanto ao recolhimento das contribuições previdenciárias, considerando o fato de que o parágrafo 7º do artigo 195 da Carta veicular verdadeira regra de não-incidência. Diz da inconstitucionalidade formal do artigo 55 da Lei 8.212/91. Em face do disposto no inciso II do artigo 146 da Constituição Federal, entende aplicáveis à espécie os requisitos previstos no artigo 14 do Código Tributário Nacional, aos quais, conforme consignado no acordão de origem, atendeu plenamente.”

A repercussão geral visa “auxiliar na padronização de procedimentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos do Poder Judiciário, de forma a atender os objetivos da reforma constitucional e a garantir a racionalidade dos trabalhos e a segurança dos jurisdicionados, destinatários maiores da mudança que ora se opera.”¹⁹ Ou seja, a repercussão norteará o julgamento de processos semelhantes.

Contudo, se o entendimento materializado na decisão monocrática do minis-

19 - Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>.

tro Ricardo Lewandowski prevalecer, a repercussão geral acima descrita pode representar a completa desconsideração do previsto na Constituição Federal, o que não pode ser admitido.

4. CONCLUSÃO

A imunidade constitucional não é um favor gracioso do legislador. Pelo contrário. É dever moral do Estado, o qual, ciente de suas deficiências, não deve sujeitar ao pesado ônus da tributação situações jurídicas (fatos, atos e pessoas) que expressem os valores sociais fundamentais e contribuam diretamente para o desenvolvimento da Nação.

Deveras, é inquestionável que o Estado deve proporcionar assistência social à população em vulnerabilidade social. Em não o fazendo de forma adequada, como é o caso deste país, deve ao menos facilitar que outros o façam. Não há lógica em tributar uma entidade privada que desempenha função de caráter público.

Nesse sentido, recorre-se a lição de Ives Gandra da Silva Martins, para quem “As imunidades tributárias, neste caso, ao contrário do que apregoam os detentores do poder, não são uma renúncia fiscal, um “favor” que o Poder Público presta à sociedade, mas, ao contrário, é um favor que a sociedade presta ao Estado em aceitá-las, pois, ao deixarem apenas de pagar impostos, **tais entidades que gastam muito mais do que recebem em desonerações fiscais, fazem pelo Poder Público e para o povo o que é de obrigação do Estado fazer e que não faz.**”²⁰ (destacou-se)

O legislador constituinte, ciente do inquestionável papel das entidades beneficentes de assistência social, garantiu sua imunidade não só aos impostos sobre renda, patrimônio e serviços, mas também determinou que o Estado não poderia exigir dessas entidades o recolhimento das contribuições para a seguridade social. No entanto, condicionou tal benefício ao preenchimento de requisitos previstos em lei – lei complementar.

O STF, como guardião da Carta Magna, deve cumprir o seu papel e prestigiar o estipulado pelo legislador constituinte. É inadmissível que o nosso Tribunal Supremo olvide-se do seu papel e desconsidere o previsto na Constituição Federal.

Desse modo, nossa esperança é que, na decisão final no processo de repercussão geral acima referido, o STF se posicione da maneira desejada não só pelas entidades beneficentes de assistência social, mas, sobretudo, imposta pela nossa Carta Magna.

1.11 | O Terceiro Setor avança

Apesar dos pesares e das forças contrárias, o Terceiro Setor avança. Entidades sem fins lucrativos sérias e comprometidas com a evolução da sociedade, em seus diversos aspectos, continuam a promover ações em prol dos esquecidos pelos governantes.

Essas entidades não estão preocupadas em incrementar suas atividades somente a cada 4 anos. Ao longo de todos os anos elas atuam da mesma forma e com a intenção de aumentar sua abrangência para que possam atender mais pessoas.

O município de São Paulo editou decreto em julho/2006 regulamentando lei de janeiro/2006 que trata da participação de entidades sem fins lucrativos na gestão de estabelecimentos públicos de saúde, após a sua qualificação como Organização Social (OS). É mais um passo para que um forte segmento do Terceiro Setor mostre sua força, organização e competência para ajudar a atender com dignidade e resolutividade o cidadão que necessita do Sistema Único de Saúde (SUS).

O Ministério Público Federal de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública contra o município de São Paulo e a União Federal e requereu que o Judiciário determinasse ao primeiro que não qualificasse entidades do Terceiro Setor como OS e que com elas não firmasse contratos de gestão para prestar serviços públicos de saúde.

Este pedido foi atendido pela juíza federal de primeira instância mas a sua decisão foi cassada pelo Tribunal Regional Federal de São Paulo, o que, na prática, autoriza o município de São Paulo a contar com as entidades sem fins lucrativos para melhorar o atendimento da população e cumprir a sua função constitucional, tal qual faz o Estado de São Paulo desde 1998, sem que ninguém tenha se

insurgido contra este modelo até hoje.

Já está passando da hora de esquecermos nossas mazelas intelectuais e tendências pessoais e pensarmos na coletividade, pois só assim chegaremos a algo diferente da mesquinhez egoísta que insiste em nos rodear.

Não podemos nos deixar influenciar pelo pensamento do filósofo George Berkeley (nomeado bispo na Irlanda), que considerava que o mundo era apenas uma ilusão. Ao contrário, devemos praticar e aplicar o empirismo e o pragmatismo em prol do bem estar de todos nós.

Publicado no Enfoque Jurídico n. 3,
Jul/Ago/Set de 2006 e no site www.jteixeira.com.br

1.12 | Terceirização ou privatização da saúde? Nenhum dos dois: parceria

As relações entre o Poder Público e as entidades sem fins lucrativos têm evoluído de forma exponencial nos últimos anos, principalmente na última década, quando se consolidaram em alternativa viável para a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão, com destaque para a saúde.

Exemplos exitosos grassam em vários Estados e municípios espalhados pelo país. É verdade que em alguns lugares, entretanto, a aproximação entre a Administração e as entidades não deram tão certo, principalmente em razão do descumprimento das obrigações assumidas por uma ou outra parte titular da relação jurídica. Quando as partes não respeitarem o que combinaram, no tempo e na forma que ajustaram, a relação jurídica não dará certo, por óbvio. E isso não é privilégio da área da saúde, mas acontecerá em toda e qualquer circunstância e setor.

É interessante assistir como as pessoas manipulam as palavras e as situações dependendo do lado do campo em que estão jogando. Quando não se concorda com determinada postura governamental, a oposição busca *pêlo em ovo* e qualquer coisa serve de mote para discursos pífios inflamados e contrários ao que a sua volúvel ideologia sugere. E dá-lhe alteração até dos significados das palavras.

Quando a oposição vira governo e a sociedade indica que o que deve ser feito é exatamente aquilo contra o qual se lutou a vida inteira, pode parecer que nasceu um dilema e que a ética e a coerência impedirão que se aja daquela forma. Que nada! A coerência não parece ser absoluta quando o que está em jogo é a manutenção do poder. E dá-lhe relativização. Quando a situação assim se mostra, há que se render àquilo contra o que sempre se criticou, pois assim exige o mundo contemporâneo.

As relações entre o Poder Público e as entidades sem fins lucrativos têm evoluído

de forma exponencial nos últimos anos, principalmente na última década, quando se consolidaram em alternativa viável para a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão, com destaque para a saúde.

Exemplos exitosos grassam em vários Estados e municípios espalhados pelo país. É verdade que em alguns lugares, entretanto, a aproximação entre a Administração e as entidades não deram tão certo, principalmente em razão do descumprimento das obrigações assumidas por uma ou outra parte titular da relação jurídica. Quando as partes não respeitarem o que combinaram, no tempo e na forma que ajustaram, a relação jurídica não dará certo, por óbvio. E isso não é privilégio da área da saúde, mas acontecerá em toda e qualquer circunstância e setor.

É interessante assistir como as pessoas manipulam as palavras e as situações dependendo do lado do campo em que estão jogando. Quando não se concorda com determinada postura governamental, a oposição busca pêlo em ovo e qualquer coisa serve de mote para discursos pífios inflamados e contrários ao que a sua volúvel ideologia sugere. E dá-lhe alteração até dos significados das palavras.

Quando a oposição vira governo e a sociedade indica que o que deve ser feito é exatamente aquilo contra o qual se lutou a vida inteira, pode parecer que nasceu um dilema e que a ética e a coerência impedirão que se aja daquela forma. Que nada! A coerência não parece ser absoluta quando o que está em jogo é a manutenção do poder. E dá-lhe relativização. Quando a situação assim se mostra, há que se render àquilo contra o que sempre se criticou, pois assim exige o mundo contemporâneo.

Instado a se explicar para a opinião pública, o discurso de quem assim agiu atenta contra a inteligência do homem médio e chega a ser verdadeira desonestidade intelectual. Quando há que se transparecer alguma mudança entre o passado e o que agora se pretende fazer, as palavras, os conceitos e até a sua etimologia são alterados com desfaçatez, sem nenhum remorso mental. O que é agora era no passado, mas querendo parecer diferente.

Há décadas se discute acerca da competência exclusiva de o Estado realizar ou oferecer alguns serviços à população, dentre eles, o da saúde. Pseudo hermeneutas interpretam a Constituição aos pedaços, ao invés de aplicarem a forma sistemática que deve governar esta ciência. Ao assim pensarem, esses homens médios renegam a possibilidade de o Estado contar com a ajuda de terceiros para conseguir cumprir a contento a obrigação constitucional de oferecer saúde às pessoas. Ledo engano!

A Constituição Federal é expressa ao possibilitar a participação da iniciativa

privada na área da assistência à saúde de forma complementar do sistema único de saúde, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos [art. 199 e § 1º].

Em nenhum momento a Constituição Federal, quanto a esse assunto, menciona os substantivos terceirização ou privatização. Ela prevê a “participação” da iniciativa privada.

A legislação infraconstitucional também nada prevê a respeito de privatização ou terceirização da saúde pelo Poder Público. Então, porque diabos sempre ouvimos insinuações ou até mesmo afirmações convictas de que teria havido privatização ou terceirização da saúde quando, na verdade, o que aconteceu foi a parcerização entre a Administração Pública e entidade sem fins lucrativos pertencente ao Terceiro Setor? Sabe-se lá ... Ou melhor, sabe-se muito bem o motivo do desvio proposital da discussão e a tentativa de impingir falsas premissas aos desavisados que não possuem conhecimentos ou argumentos para separar as informações e entender seus contextos específicos de aplicação.

Como diria o importante e atualíssimo filósofo Tim Maia “uma coisa é uma coisa e outra coisa é outra coisa”!

O adágio da reforma administrativa concebida em 1995 foi a constatação da crise do Estado (fiscal, do modo de intervenção na economia, do aparelho estatal etc.), que provocou sua prolongada estagnação e a necessidade de realização de mudanças constitucionais que buscavam o “revigoramento da capacidade de gestão e de formulação e implementação de políticas nos aparatos estatais” para que fosse possível “a retomada do desenvolvimento econômico e o atendimento às demandas da cidadania por um serviço público de melhor qualidade”, conforme consta de várias manifestações do seu idealizador, o ex-ministro da Administração Federal e Reforma do Estado Luiz Carlos Bresser Pereira (LCBP).

Buscava-se, em última análise, o abandono de uma política burocrática, excessivamente formal, de viseira cavalariça, que primava pela centralização impensada e retrógrada e que focava o controle por processo, para a imprescindível busca da eficiência, da eficácia, da qualidade e da profissionalização do Estado para melhor atender o cidadão nas suas diversas necessidades. E uma das formas de se atingir este objetivo seria por meio da implantação e aplicação de “modelos e técnicas de gestão da Administração Gerencial” autônomas que “visam transformar a Administração Pública brasileira em poderoso instrumento do desenvolvimento econômico e social”. (LCBP)

Aquele “Estado tutelador, executor direto e onipresente, mas ineficaz no seu

desempenho, prisioneiro de estruturas burocráticas verticalizadas e orientadas pela cultura do controle, do formalismo e do tecnicismo burocrático” não deve mais existir. No seu lugar, o “Estado que desejamos será orientado pelo modelo da Administração Gerencial, mais ágil, flexível, com ênfase na eficiência, redução de custos, gestão flexível, participação e controle sociais”, conforme sugeriu Bresser Pereira.

A sociedade brasileira entendeu por bem aceitar essa condução e seus representantes aprovaram a Emenda n. 19/98, que incluiu o parágrafo 8º no artigo 37 da Constituição Federal, no qual se lê: A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade.

Bem antes disso, todavia, em 1967 (há 45 anos), o Estado brasileiro já havia dado importante passo em direção à superação do modelo burocrático tradicional pregando a descentralização e desconcentração da sua atuação para que fosse mais ligeiro e elástico no cumprimento das suas funções típicas e de prestação de serviços, o que fez por meio da edição do Decreto-lei n. 200/67, que dispõe sobre a organização da Administração Federal e está em vigor, e que prevê: Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. [...] § 7º. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Não se lê da orientação doutrinária e nem da legislação infraconstitucional qualquer insinuação ou sugestão de privatização ou de terceirização.

O que a lei previu foi o estabelecimento de parceria entre o Poder Público e a “iniciativa privada desenvolvida e capacitada” para que seus componentes realizassem o gerenciamento das tarefas inerentes à execução das atividades.

Parceria é a reunião de indivíduos (públicos e privados, inclusive) para alcançar um objetivo comum, a partir do delineamento e cumprimento obrigatório de obrigações recíprocas. Esta modalidade implica em inegável soma de esforços, cujo resultado depende da atuação comum e direcionada ao mesmo fim por

ambas as partes.

Terceirizar é transferir a outra as atividades-meio de uma empresa. Isso é muito diferente de parceria. Privatizar é transferir o que é estatal para o domínio da iniciativa privada (transferência de ativos). Isso é mais diferente ainda da parceria.

A mistura intencional desses institutos e situações tão distintas sem que se desenhem os exatos contornos de aplicação de cada uma é tentativa de tergiversação do indivíduo para encobrir os seus significados e alcances científicos.

Foi justamente por conta da possibilidade do estabelecimento de parceria com as pessoas jurídicas privadas que os governos estaduais e municipais criaram centenas de lei que qualificam entidades sem fins lucrativos como Organizações Sociais, a partir do cumprimento de diversos requisitos por elas, e que visa fazer nascer ajuste do qual se originarão Contratos de Gestão (ou de Gerenciamento), que são instrumentos jurídicos específicos que registram as obrigações mútuas e os detalhes de tal relacionamento.

Às entidades privadas sem fins lucrativos, que têm preferência de atuação com o poder público, é plenamente possível gerenciar a prestação de serviço público de saúde, desde que seja reservada ao Poder Público a gestão do sistema de saúde como um todo. Independentemente de a gerência dos estabelecimentos prestadores de serviços de saúde competir a ente estatal ou privado, a gestão de todo o sistema de saúde é que é, necessariamente, de competência do Poder Público e exclusiva desta esfera de governo, conforme se lê na Norma Operacional Básica n. 01/96, aprovada pela Portaria n. 2.203/96 do gabinete do Ministro da Saúde.

É preferível tentar o novo ao invés de insistir em modelos arcaicos e defasados que sabidamente não conseguiram atender a população de forma minimamente satisfatória.

Pelo menos se sai da inércia constrangedora que imperava na Administração Pública.

Publicado na revista Notícias Hospitalares n. 70, ano 2012, Abr/Mai/Jun, p. 34, 35 e 36.

1.13

Terceiro setor: não dá para não tê-lo

A sociedade não pode abrir mão das entidades que fazem as vezes do Estado em diversos segmentos. São elas, compostas por pessoas abnegadas e imbuídas do desejo de ajudar desinteressadamente o próximo, que levam alento, ajuda, capacitação, educação, amparo e tantas outras benesses aos mais necessitados, em locais aonde o governo oficial ainda não chegou, ou porque foi por ele “esquecido” ou porque a ajuda estatal teve seu curso desviado no caminho.

Está mais do que provado que um país com dimensões continentais como o nosso, cuja legislação abrange todo o território nacional de forma isonômica, sem levar em consideração peculiaridades locais importantes, acaba por privilegiar alguns em detrimento de outros. E essa desproporcionalidade é agravada ainda mais pela corrupção, que, infelizmente, parece estar enraizada em nosso país. É nesse contexto que o Terceiro Setor acaba por se firmar e contribuir com relevantes (e único, às vezes) serviços em prol da comunidade carente, em cumprimento ao mandamento constitucional.

É inegável que determinados segmentos da sociedade, principalmente nos locais mais distantes, desenvolvem-se de forma sustentável, organizada e capacitada, impulsionados por alguma entidade do Terceiro Setor.

O Estado, que num primeiro momento deveria assistir o cidadão nas suas necessidades, mas não o faz, acaba adotando atitudes lineares que fulminam ações, atividades e as próprias instituições, com a desculpa de “moralizar” o setor. Não há a imprescindível e necessária separação do joio do trigo. É tudo joio. E o trigo que se vire para provar que não deve ficar naquele mesmo balaio. Tudo isso fruto da inoperância do Estado em fiscalizar eficazmente a sociedade, em todos os seus segmentos.

Não é privilégio do Terceiro Setor se deparar com condutas que acabam por desvirtuar e extrapolar as finalidades das instituições e da própria legislação. Também há contaminação no Primeiro e Segundo Setores. Mas isso é assunto para outra conversa.

A atual gestão da OAB/SP, na pessoa do seu presidente Dr. Luiz Flávio Borges D'Urso, sensível e atenta à revolução que o Terceiro Setor promove na sociedade, criou, instalou e faz funcionar a Comissão do Terceiro Setor, para ajudar, apoiar e se juntar às instituições que trabalham em prol da garantia da dignidade dos cidadãos e contribuir com a capacitação técnica dos profissionais que militam nesta área. Visa a OAB/SP, também, tornar-se foro para discutir e apresentar propostas para melhorar, aperfeiçoar e cooperar para o reconhecimento e eficácia do Terceiro Setor, o que será feito com a participação das entidades e de todos aqueles que nele atuam.

A sociedade pode ter na Comissão do Terceiro Setor da OAB/SP o apoio institucional e jurídico necessários para seu fortalecimento e ampliação, visando assegurar o bem-estar da família e dos seus componentes, que têm suas diferenças e devem ser tratados e respeitados na medida de suas desigualdades.

Convidamos todos para participarem das discussões e trabalhos daquela Comissão, que podem ser acompanhados pelo www.oabsp.org.br. Fale com a Comissão pelo e-mail terceiro.setor@oabsp.org.br.

Comissão do Terceiro Setor da OAB SP

Josenir Teixeira – Presidente interino

Lúcia Maria Bludeni – Ex-Presidente

Publicado no Indicador Jurídico n. 16,
Jan/Fev/Mar de 2006 e, por algum tempo, no site www.oabsp.org.br,
no ícone da Comissão de Direito do Terceiro Setor.

2

Saúde

Saúde

2.1 | Ai, que loucura !

Saúde se faz com dinheiro e gestão. E vontade política. A tarefa da política é identificar qual é a melhor forma de governo e as instituições capazes de garantir a felicidade coletiva. O indivíduo não vive sem o Estado, ensinava Aristóteles, há alguns anos. A política é uma necessidade humana. Então, se é assim, de nada adianta repelirmos a política, pois ela é a intrínseca à democracia. E é bom que assim seja.

A tal da vontade é um sentimento que incita alguém a atingir um fim. Logo, e sendo pragmático, vontade política é a decisão de se percorrer um caminho, por meio de ações, para se chegar a um resultado. Uma etapa para isso é o diálogo, que se efetiva de várias formas. Dentre estas, a realização de seminários, reuniões, debates e coisas do gênero.

Os homens e as mulheres, executores da política, são vaidosos e narcisistas por natureza. O ego é um substantivo difícil de explicar. A definição de egoísmo facilitada, pois é egoísta aquele que possui amor excessivo ao bem próprio, sem consideração aos interesses alheios.

Política e políticos são indissociáveis. A inexorabilidade desta afirmação aponta para uma mazela bastante tupiniquim.

Participei de uma etapa da democracia recentemente. Quero compartilhar esta experiência com o leitor, pois, como não tinha nada de útil para fazer, pelo menos gastei o tempo escrevendo este artigo, a partir do joeiramento e junção de alguns conceitos e do que presenciei.

A pessoa pode ser vazia e não saber nada de nada. Mas ela sente a necessidade premente de se mostrar e mostrar que representa alguém, como se aquilo tivesse a força arrebatadora de resolver, por osmose ou num passe de mágica, questões

complexas que se arrastam por anos a fio.

E não basta a presença do gajo. Ele tem que fazer lambe-lambe. É interessante como são enaltecidas circunstâncias normais e inerentes às coisas como se fosse um grande desprendimento das pessoas que ocupam cargos públicos e como se não fosse exatamente essa a obrigação delas. E a questão principal continua da mesmíssima forma que estava antes da cerimônia: estacionada.

Mas aquele momento serviu para que os assessores de comunicação trabalhassem, junto com os vários fotógrafos que lá estavam, às pencas, de prontidão, para registrar qualquer piscada dos presentes. Se a pessoa estiver perto de uma celebridade, então, melhor ainda, pois vai parecer que o fato delas estarem num mesmo ambiente, mesmo que uma não saiba da existência da outra, já seria suficiente para “resolver” as coisas.

Quase duzentas pessoas participaram daquela sessão. Cada autoridade trazia o seu cortejo, que ficava na lateral do plenário, assistindo e aplaudindo. Olhando para o palco, viam-se autoridades carimbadas, querendo aparecer em qualquer evento, desde que elas sejam vistas e o tal acontecimento vire notícia, mesmo que frívola. As tais autoridades participam de debates sobre energia nuclear e saúde com a mesma desenvoltura: acéfala, axiomático, que em nada acrescenta nem avança em nenhum dos dois assuntos e apenas gasta o tempo das pessoas.

Ia me esquecendo da participação especial dos puxadores de aplausos, que também estavam excitados e batiam palmas para qualquer número que alguma autoridade falasse. Fazia tempo que eu não via os números serem tão aplaudidos.

Os discursos? Todos falaram exatamente o que se esperavam deles: o óbvio; o que se lê em qualquer veículo de comunicação, em artigos escritos hoje e há décadas, por sinal. E bota óbvio nisso. Eu ouvi que a população carece de saúde e que ela é fundamental para o ser humano. Ouvi falas sobre a precariedade do financiamento do SUS (Sistema Único de Saúde), de onde vem ou deveria vir o recurso financeiro para aprimorá-lo, dos problemas com os recursos humanos, da necessidade de regulamentação da Emenda Constitucional n. 29 e tudo o mais que diz respeito à saúde. Tudo sem profundidade ou definição da ação ou atitude concreta a ser adotada, implementada, incrementada ou coisa que o valha. Tudo sabido e conhecido há décadas, mas que era colocado como se fosse o último assunto discutido na Corte. Tudo para inglês (ou brasileiro) ver. Uma pena.

Várias falas se seguiram sem nenhuma vinculação de uma com a outra. Era natural, pois as pessoas têm prioridades subjetivas diferentes. Mas o evento tinha um tema, um objetivo, um assunto. Mas, na ânsia de falar, as pessoas diziam sobre

o assunto que lhes interessavam, sem nenhuma preocupação de ligação entre ele e o tema central, o que obviamente não seria (e não foi) produtivo.

É incrível a capacidade que as pessoas têm em dizer o óbvio e querer debatê-lo, mesmo que o tal debate fique exatamente no mesmo ponto. O mais impressionante ainda é a capacidade que as pessoas têm em aceitar o óbvio. E tome aplausos. As palavras da moda são as de sempre: oportunidade histórica, agenda positiva, identificação de formas de contribuição, momento histórico, incrementação do diálogo e por aí vai.

No meio disso tudo, profissionais arrumam um jeitinho de defender seus interesses corporativistas, com colocações desassociadas do tema principal. Não se pode perder a oportunidade de aparecer. Isso eles sabem fazer. Usava-se a palavra e, após alguns minutos, quem a pronunciou se retirava, talvez para deixar de perder tempo ou se dedicar a algo mais produtivo. Estava dado o recado. Sequer se esperava pela eventual réplica da autoridade convidada, até porque já havia se passado três horas de falatório interminável.

É verdade que algumas intervenções se concatenaram com a ordem do dia e isso foi falado claramente para as autoridades. Logo alguém se apressava em sugerir uma “agenda” para discutir aquilo, pois o assunto era chato ou sério demais para aquela oportunidade. E a fala era sufocada pelas demais, ocas. Mas o que me encucou de verdade é que todos concordavam com tudo. Sempre. E tome troca de elogios.

Observei que nenhuma autoridade anotava nada. Ou elas tinham enorme capacidade de memória ou não anotavam de propósito, para esquecer. Será que alguém iria ver a gravação depois (três horas de novo?) para anotar os pontos principais? *No lo creo*. E os vários assuntos foram se sucedendo, por meio na monopolização da palavra pelas próprias autoridades. E tome brincadeirinhas sem graça de algumas autoridades, pretendendo, talvez, ser tidas pelos presentes como “gente boa”.

E a fila de cumprimentos das autoridades? Prefiro crer, na minha ingenuidade, que eram cumprimentos de antigos amigos, pois, se for pelo conteúdo das falas, talvez eu tenha que rever meus conceitos.

Todos fomos embora com o sentimento do dever cumprido, pois todos fizemos exatamente o que se espera de tais momentos. E mais uma tarde se passou.

2.2 | Enquanto se tem saúde, quietos estão os santos!

Os legisladores da Constituição Federal de 1988 não devem ter feito conta para estimar o custo que os direitos nela assegurados gerariam para o Poder Público. Os cofres oficiais não têm profundidade suficiente para fazer frente às despesas geradas pela efetivação dos direitos sociais dos cidadãos e, ao mesmo tempo, sustentar a corrupção tupiniquim.

Mais de R\$ 1,5 trilhão em impostos foram arrecadados em 2011. Destes, mais de R\$ 70 bilhões foram para a saúde. Estas cifras reavivam o surrado discurso: é muito ou pouco dinheiro? Precisamos ou não de outra fonte de recursos exclusiva para a saúde? E que não venha outro embuste, como foi feito com a CPMF, quando a Fazenda retirou o repasse da Saúde, que ficou apenas com a arrecadação daquela contribuição. As verbas não se somaram. Trocaram-se seis por meia dúzia.

Saúde não tem preço, mas tem custo. E a tecnologia modernista impacta sobremaneira nesta conta. A mídia informa os arroubos de avançamento promovidos pelo Sistema Único de Saúde, que custeia cirurgias de mudança de sexo, troca de próteses de silicone, reimplantes e reconstrução de membros e vários outros procedimentos que a sociedade reclama. Todavia, o básico fica a desejar. Nas capitais, médias e pequenas cidades o problema é o mesmo: a cidadã não consegue realizar todas as consultas de pré-natal com o ginecologista, ela não tem pediatra para atender o seu filho, não há neurologista no pronto-socorro e por aí vai.

Não vamos abordar a falta de médicos no Brasil, nem o desinteresse deles pela pediatria, nem a escassez de anesthesiologistas e nem os percalços que gravitam em torno do assunto. Também não vamos discutir a dificuldade do SUS em concretizar o seu modelo de atendimento de forma efetiva para quem dele necessita, subdividida em três vertentes: universalização, financiamento e gestão. Basta acompa-

nhar a mídia para constatar os exemplos diários das falhas de atendimento, e mortes, que a falta de atitude eficiente dos governantes provoca.

Em meio a esse tenebroso e “tradicional” cenário, eis que surge importante ferramenta para ser utilizada em prol da melhoria do atendimento da população e, porque não, para pressionar os governantes a imprimir eficiência na saúde: a Campanha da Fraternidade, realizada anualmente pela Igreja Católica e que objetiva despertar a solidariedade dos seus fiéis e da sociedade em relação a um problema concreto que envolve a sociedade brasileira, buscando caminhos de solução.

O tema escolhido para 2012 é apropriado e atual: Fraternidade e Saúde Pública. O lema, que explicita em que direção se busca a transformação, é arrojado: Que a saúde se difunda sobre a terra, o que se faz, inclusive, por meio da melhoria do sistema público. Isso mostra a preocupação da igreja com as situações existenciais do povo, de forma introspectiva e coletiva.

Colhe-se que um dos objetivos da Campanha é “suscitar o espírito fraterno e comunitário das pessoas na atenção dos enfermos”, exatamente como ensinou São Camilo de Lellis há mais de quatrocentos anos. A Campanha ressalta aspecto que pode justificar o estágio de penúria da saúde pública brasileira: a saúde deixou de ser “caridade” e se transformou em “direito”, que se transfigurou em “negócio” num mercado sem coração.

O Direito é ciência humana e social que protege a vida. A saúde é direito fundamental da pessoa, primordial para o gozo da vida e deve ser preservada prioritariamente pela Administração Pública. Este ano é propício para que a qualidade da saúde pública evolua sem hipocrisias, diante do impulso da sua discussão pela Campanha da Fraternidade. A ela, portanto.

Publicado no site www.jteixeira.com.br, em 2012.

2.3 | Gestão + Verba = Saúde?

O ex-ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos classificou a homologação da reserva indígena Raposa/Serra do Sol, localizada em Roraima, como “a obra mais importante” do governo Lula. Pode ser. Não tenho nada contra os índios. Nem a favor.

Todavia, como cidadão pagador de impostos, de segurança particular na minha rua, de plano de saúde particular, de escola e faculdade particulares, de seguros (carro, residência etc.) e mais um sem número de necessidades pessoais diante do seu não oferecimento de forma digna pelo governo (seja ele qual for), eu esperava que “a obra mais importante” do governo fosse mais impactante para a coletividade. Eu ansiava mais do meu “sócio majoritário”.

Meu desconforto se acentua porque, como profissional militante na área da saúde há quase duas décadas, inclusive no contencioso, como conhecedor do previsto na Constituição Federal (Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.), como expectador da embromação que está sendo feita em relação à regulamentação definitiva da Emenda Constitucional n. 29, aprovada em 13 de setembro de 2000 (há quase oitos anos), sinto-me bastante decepcionado com a atuação do governo e com a façanha espetacular à qual se referiu o ex-ministro.

Há décadas discutimos os motivos pelos quais a prestação de serviços na saúde brasileira não atinge o nível esperado. Também há décadas sabemos exatamente qual é a resposta. Não precisamos de nenhum “grupo de trabalho” para chegar a essa conclusão. A saúde não deslancha e não se nivela por cima porque os fatores

da equação “gestão + verba” nunca estão presentes de forma concomitante, o que não propicia o equilíbrio desejado. E se assim não estiverem, podemos continuar com a discussão do assunto por várias outras décadas e não sairemos da mesmice e inércia atuais.

A constatação disso é bastante simples. Basta ler os jornais. Quais são os hospitais públicos que melhor assistem a população? Por que conseguiram atingir este nível? Qual foi a “mágica” feita pelo gestor público para conseguir isso? Se você, caro leitor, está razoavelmente informado, verá que os resultados que pululam à nossa frente, de uma forma ou outra, simplesmente foram obtidos porque se chegou ao produto da operação “gestão + verba”.

Lembro-me de audiência da qual participei como advogado de uma Santa Casa do interior de São Paulo que foi vítima de intervenção judicial, a pedido do Ministério Público. Durante anos (mais de cem, para ser exato), a Santa Casa pediu ao município que a ajudasse na manutenção do seu custeio, visando melhorar os serviços disponibilizados para a população, já que era o único hospital da cidade. O governo municipal, por questões políticas, por não gostar de alguns membros da diretoria da Santa Casa, ou seja lá por qualquer outro fator, nunca aportou recursos naquela instituição. Ou melhor, destinava algo em torno de R\$7 mil mensais para ajudar a pagar a conta que chegava a R\$400 mil mensais. Como a Santa Casa não conseguia sair daquele círculo vicioso que a impossibilitava de obter receita extra para incrementar seus serviços, estes começaram a definharem, como é natural, situação que não a difere de centenas de entidades. Na audiência, fiquei por quase duas horas discutindo com o prefeito, os secretários de saúde e o de finanças e o Promotor de Justiça sobre a necessidade de se cumprir o art. 23 da Constituição Federal (É competência comum da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;), ao passo que os governantes insistiam na surrada tese de “má gestão”, que utilizavam como argumento impeditivo para o não repasse de recursos. Não era o caso específico daquela Santa Casa. É claro que sempre há espaço para melhorias administrativas, mas, decididamente, o batido rótulo de “má gestão” não se aplicava naquele caso concreto. O que aconteceu depois da discussão e da audiência? Nada. O Judiciário determinou a intervenção e, pasme, caro leitor, transformou o município, que era réu da ação civil pública junto com a Santa Casa, em interventor. Ou seja, colocou a raposa para cuidar do galinheiro. Agora como “interventor”, o município aporta algo em torno de R\$400 reais mensais naquela Santa Casa e “resolveu” o problema de saúde. Fácil,

não? Se o município destinasse menos da metade desse valor à Santa Casa, que era o pleito dela, ela teria conseguido desenvolver suas atividades com mais qualidade e segurança para a população. Mas não. Enquanto o município não tinha o “poder de mando” do hospital não havia dinheiro para a saúde. Agora que tem, o dinheiro apareceu. Tenho certeza que o leitor conhece vários exemplos iguais ou muito parecidos com o acima relatado, infelizmente. Só quero ver o que vai acontecer quando o município tiver que devolver o hospital à Santa Casa, pois a intervenção judicial é sempre provisória. Será que o dinheiro que hoje abunda irá desaparecer?

Voltando ao cerne da discussão, o governo (de todas as esferas) tem que parar com pirotécias e enfrentar o problema de frente, com recursos e gestão, pois, caso contrário, as firulas continuarão a ser improdutivas. Recente pesquisa, baseada em dados do ministério da Saúde e do IBGE, concluiu que “a maioria dos recursos aplicados em saúde no país já vem do setor privado”, sendo que o SUS (Sistema Único de Saúde) responde por 49% dos gastos contra 51% dos planos e particulares. Resumindo: eu e você, leitor, estamos financiando aquilo que os impostos que recolhemos deveriam pagar.

Fico ainda mais “assustado”, digamos assim, quando leio nos jornais que “o ministro da Saúde, José Gomes Temporão, diz que o maior problema da saúde pública é a falta de dinheiro e que diariamente tenta convencer a equipe econômica do governo a liberar mais recursos.” (Folha de S.Paulo, 28.04.08) Ora, que a saúde é subfinanciada nós já sabemos há muito tempo. Qual é o compromisso dessa “equipe econômica” com a sociedade ao não “liberar” os tais recursos para a saúde? Qual é o compromisso dos governos com a obediência à Constituição Federal que, dizem, é a lei maior do Brasil?

Veja, leitor, que neste artigo sequer toquei no assunto da CPMF (Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira) ou da CSS (Contribuição Social para a Saúde) que o governo tenta fazer nascer, pois não vale a pena.

Termino esta breve opinião com a transcrição de resposta que o ministro da Saúde deu à seguinte pergunta, feito pelo jornal acima mencionado:

“Folha – O Brasil algum dia vai ter uma saúde de Primeiro Mundo?”

TEMPORÃO – Os melhores exemplos são a Inglaterra e o Canadá, que têm sistemas de saúde universais. A pessoa paga seus impostos e tem atendimento em tudo. O Brasil tem um sistema misto, com mais de 140 milhões de brasileiros que dependem do sistema público para tudo e 40 milhões que pagam seguro e plano de saúde. A tendência no Brasil é a convivência harmônica dos dois sistemas.

O SUS é uma importante política de redução de desigualdade social. As pessoas não param para pensar nisso. Nós aqui avaliamos tão mal o sistema, mas os estrangeiros ficam perplexos com a filosofia, a organização, o planejamento e os resultados do SUS.”

Entendeu, caro leitor?

Publicado em Notícias Hospitalares n. 57,
Ano 5, Mai/Jun/Jul de 2008.

2.4 | Para que tantos leitos ?

O jornal “Folha de São Paulo” do dia 07.10.2000 trouxe alguns dados divulgados pelo IBGE que fazem parte do trabalho das Estatísticas da Assistência Médico-Sanitária. É interessante analisarmos alguns aspectos. Há, na reportagem, uma verdade e uma mentira: acerta quando afirma que há má distribuição dos leitos existentes no Brasil e erra quando diz que há déficit deles. Temos leitos hospitalares até demais por aqui. Ainda segundo a matéria, o Ministério da Saúde pretende abrir mais 20 mil leitos até 2002. O Ministério continua a enfrentar a consequência do problema e não a sua causa. Mas isso é assunto para outro artigo.

Concentremo-nos no problema da redução do atendimento ao SUS em decorrência da saída dos hospitais privados do sistema. É público e notório o valor ridículo que o governo federal paga pelos atendimentos realizados pelo SUS e que os hospitais aceitam receber. O valor de uma consulta médica continua a ser remunerada pela mesquinha quantia de R\$2,55 (dois reais e cinquenta e cinco centavos). O valor atual da diária para internação básica paga pelos SUS está em R\$3,84 (três reais e oitenta e quatro centavos). E isso depois de um aumento de 25% que era aguardado desde a URV. Pergunta-se: quem, em sã consciência, vai querer atender o SUS? Resposta: as entidades filantrópicas que, apesar de sempre atacadas pelo governo, sustentam o atendimento médico-hospitalar da população brasileira.

A matéria da “Folha” diz que “os hospitais privados conveniados ao SUS reduziram em 55,7% a oferta de leitos ao sistema público no Estado (de SP), entre 92 e 2000.” Os “hospitais privados” ali mencionados, deixe-se bem claro, são os lucrativos. O artigo não se refere aos hospitais filantrópicos, mesmo porque estes devem não só atender ao SUS como devem fazê-lo em percentual não inferior a

60%, conforme determina o Decreto 2.536/98. As entidades filantrópicas ficam na condição de espectadoras, vendo os hospitais lucrativos simplesmente deixarem o atendimento ao SUS, sem maiores delongas, diante da impossibilidade de gerarem riqueza. Os hospitais filantrópicos assistem, impassíveis, cada vez mais, ao aumento da sua demanda, pois, querendo ou não, as pessoas continuam a precisar de médicos. Diz a matéria que “os leitos dos hospitais particulares ainda representam 70% dos 485.945 disponíveis no país”. Ou seja, se não for o setor privado, notadamente as entidades filantrópicas, o que será dos cidadãos brasileiros se dependerem unicamente do governo? E este, ao invés de reconhecer isso e ajudar, sempre arranja um jeitinho de atrapalhar, editando normas e portarias que contêm exigências que poucas entidades filantrópicas conseguem cumprir.

A média de ocupação dos leitos brasileiros não passa de 50%. O processo de “deshospitalização” e a evolução tecnológica da medicina, como bem retratou a “Folha”, contribuiu, e muito, para que o paciente não mais permaneça por dias a fio ocupando um leito hospitalar. Todavia, a realidade brasileira exige que, para que seja alcançada a viabilidade de um hospital, ele necessita de uma média de permanência variável entre 70 e 80%. Como tal média está reduzida no patamar acima informado, a consequência natural e aqui prevista é que o Brasil continuará a perder leitos nos próximos anos, diante da inviabilidade e consequente fechamento, iminente e paulatino, de hospitais. O fechamento de hospitais privados, especificamente os filantrópicos, dá-se, juntamente à administração amadora de alguns, pela falta de capacidade econômica para sua manutenção, o que afasta, sem maior pudor, o investidor que espera retorno de sua aplicação. A consequência disso é que os hospitais filantrópicos estão cada vez mais sucateados, obstando investimento em modernas tecnologias visando a competição em nível de igualdade (o que demorará algumas décadas). Consequentemente, os hospitais filantrópicos, não conseguindo competir com os grandes hospitais lucrativos, não conseguem receita com o atendimento a pacientes particulares nem firmar convênio com as medicina de grupo.

Os recursos de alta tecnologia na área da medicina hoje são utilizados por parcela reduzida de cidadãos brasileiros que podem pagar plano privado de assistência à saúde. A grande massa populacional está fora do alcance de tais métodos. O que se vê são grandes grupos médicos ficarem cada vez maiores por intermédio da construção de centros médicos de referência para atendimento de sua clientela credenciada, locais em que são disponibilizados modernos equipamentos disponíveis no mercado internacional. Além disso, a utilização da tecnologia não é o

fator determinante para a redução dos leitos hospitalares. Segundo a matéria publicada na “Folha de S. Paulo”, o Brasil tem 3 (três) leitos para cada grupo de 1000 (um mil) habitantes. Os Estados Unidos da América, país mais desenvolvido tecnologicamente do mundo, tem 4 (quatro) leitos hospitalares por cada grupo de mil habitantes. Vê-se claramente que não é o nível de desenvolvimento tecnológico que determina a redução do número de leitos em relação à população. Houve sim alguma redução do número de leitos nos EUA, mas a equação ainda continua superior à do Brasil.

Portanto, a perda de leitos no Brasil se dá pela inviabilidade financeira que as entidades encontram na manutenção dos hospitais.

Publicado na revista Notícias Hospitalares nº 27,
Ano 3, Out/Nov 2000, p. 25.
Paulo Camara colaborou com este artigo.

2.5 | Top, top, top

O gesto obsceno, imbecil e despropositado de alto assessor da presidência da República chocou a todos, devido à sua impertinência e insensibilidade em relação ao momento em que foi praticado: “dois dias depois da maior tragédia de que se tem notícia na aviação comercial brasileira, quando centenas de pessoas ainda enxugavam as lágrimas, outras enterravam seus mortos e muitos ainda viviam o desespero de encontrar e identificar o marido, a mãe ou o filho querido”, nas palavras de Ferreira Gullar. Não sei o que foi pior: o gesto propriamente dito ou a tentativa de explicação.

Fiquei pensando no significado daquele gesto e na envergadura da autoridade governamental que o praticou. Fiquei pensando se outras autoridades também não têm a mesma reação, na sua “privacidade”, em relação a importantes assuntos que tiram o sono de muitos. Fiquei pensando se as autoridades que lidam com a saúde brasileira, num lampejo de empolgação privada, teriam a mesma ideia daquele assessor especial. Confesso que parei de pensar, pois poderia me decepcionar ainda mais.

A imensa maioria das Santas Casas agoniza em meio a dívidas com fornecedores, médicos, folha, encargos, bancos e com o governo. Os valores repassados pelo SUS continuam a nem fazer cócegas nos custos. Não pense o caro leitor que será pagando R\$7,50 (sete reais e cinquenta centavos) por uma consulta médica que o governo federal irá agregar qualidade ao atendimento (o custo da consulta para o hospital é de R\$21,00 - vinte e um reais). Não será.

Não vemos o governo agir de forma contundente, determinante e eficaz, como a maioria das situações exige. Observe o leitor que não falo de partidos políticos, mas de governo, seja ele qual for, pois o assunto transcende siglas. O diabo é que

o tal problema nunca começa a ser resolvido. Portanto, não há como acabar de resolvê-lo. Por isso, hospitais reduzem atendimento e alguns fecham suas portas, pois não aguentam mais a defasagem e o contexto em que atuam. Como “prêmio”, os dirigentes de entidades sem fins lucrativos recebem citações judiciais de processos que cobram fortunas. O Judiciário, como mero aplicador das leis elaboradas pelo Legislativo, como a que prevê a desconsideração da personalidade jurídica, por exemplo, bloqueia patrimônios, penhora contas bancárias e aplicações de toda uma vida de pessoas que se dedicaram de corpo e alma à causa da filantropia e da saúde, mas que sucumbem, literalmente, em todos os sentidos. É quase um top, top, top. Agora para valer.

É verdade que há governos que tentam, de alguma forma, socorrer o setor em que atuamos. Mas são ações pontuais, únicas, isoladas, e não consequência de planejamento estratégico específico, amplo, profissional e que implicaria em mudança de postura e de paradigma em relação a questões com o qual convivemos há décadas. Eu sou novo nas áreas da saúde e da filantropia, nas quais atuo há pouco mais de 17 anos. Tenho amigos e conhecidos que nelas estão há mais de 40 anos e relatam que a situação nunca melhorou de vez. Nossos hospitais (os que trabalham com o SUS) não sabem o que é viver com qualidade há muitos anos. Apenas sobrevivem.

Para fugir do assunto técnico, bandeamos para as manchetes das ONGs filantrópicas, que existem e maculam a imagem das sérias, que têm culpa no cartório, sim, ao não reagirem à altura em relação àquela categoria na qual também são incluídas pela inércia de não ajudarem na separação do joio do trigo.

Ainda para fugir do assunto, podemos discutir formas mirabolantes de esconder o déficit da Previdência, alocando números numa rubrica diferente da habitual e, como num passe de mágica, quase zeramos uma conta que incomodava a todos. A título de curiosidade, prevê-se que as entidades sem fins lucrativos participem com algo em torno de 17% do total dos incentivos do governo federal em 2007, o que coloca o setor em segundo lugar no ranking, liderado pelas micro e pequenas empresas (25%) e seguido pela Zona Franca de Manaus (11,5%). Enfim, assunto é o que não falta para desviarmos a atenção dos nossos problemas agudos.

O ministro da Saúde, em encontro realizado em São Paulo em abril passado, disse que “O Estado sozinho não resolverá a questão da medicina no Brasil” e que a saúde deve ser tratada como investimento e não como custo. Ele pediu apoio da iniciativa privada para ajudar a solucionar os problemas da saúde no Brasil. Pois é,

ministro, as entidades do Terceiro Setor estão tentando. Mas está difícil.

A Santa Casa de Santos foi fundada em 1543, a de Salvador em 1549 e a de Olinda em 1560, e ainda tem gente que acha que as entidades privadas não podem atuar na área da saúde, a não ser de forma complementar. Aliás, o que seria atuar de forma “complementar”? Uma entidade privada sem fins lucrativos, uma Irmandade da Santa Casa de Misericórdia, por exemplo, que mantém o único hospital de um município, atua de forma “complementar”? Cadê o governo municipal que não provém saúde à população, como manda a Constituição Federal? Se o governo não consegue criar um hospital naquele município, será que aquela Santa Casa está fadada a fechar sob a alegação de que ela não pode atuar de forma substitutiva do governo, mas apenas “complementar”? Ora, poupem-me.

Vemos o governo colocar diversas atividades, essenciais ou não, nas mãos da iniciativa privada, que sabe fazer e faz melhor que ele, em razão de diversas circunstâncias, o que não desnatura nem compromete sua eficiência. Um município paulista foi além e transferiu a administração municipal para uma empresa criada por lei aprovada pela Câmara. Porque a saúde, que talvez seja a área que mais possui entidades experientes e centenárias na ativa, não pode? É claro que pode. Basta a sociedade querer e assim exigir. É a sociedade que move a democracia. Ou a democracia que move a sociedade. Como queiram. O Supremo Tribunal Federal, no início de agosto, indeferiu a liminar requerida em 1998 para suspender alguns artigos da lei federal que criou o título (que evoluiu para um “modelo”) de OS - Organizações Sociais. Considerou o ministro Gilmar Mendes que a lei em questão “institui um programa de publicização de atividades e serviços não exclusivos do Estado, como o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde, transferindo-os para a gestão desburocratizada a cargo de entidades de caráter privado e, portanto, submetendo-os a um regime mais flexível, mais dinâmico, enfim mais eficiente”.

E assim vamos, aos trancos e barrancos, com toda a insegurança jurídica que nos rodeia. É verdade que o mesmo STF, no mesmo agosto, decidiu pela proibição de a administração pública contratar pessoas por meio da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). Podem fazê-lo apenas pelo regime jurídico único, o que poderá inviabilizar a criação da tal Fundação Pública de Direito Privado, alardeada pelo governo federal, pois este ponto é um dos mais importantes do projeto. E por aí vamos de novo.

Por isso precisamos de pessoas corajosas que saiam da sua zona de conforto,

que inovam e criam mecanismos, mesmo que não tenham certeza de nada. Está aí a experiência do Estado de São Paulo com as entidades sem fins lucrativos que não me deixa mentir. A lei estadual de São Paulo que criou a qualificação de OS (Organização Social) foi publicada apenas 19 dias após a lei federal, que ainda está na berlinda jurídica. Isso em 1998. O município de São Paulo trilha o mesmo caminho, além de várias dezenas de outros deles. O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que a lei municipal de São Paulo que criou a qualificação de OS é constitucional. E assim caminha a humanidade.

O modelo do Estado brasileiro está falido. Por vários motivos. E isso não aconteceu mês passado. Faz tempo. Só não vê quem não quer ou compromissos corporativos não permitem. Precisamos de alternativas de modelos. E que sejam viáveis. Precisamos que a sociedade civil organizada participe e atue efetivamente na criação das políticas públicas. Não há mais como a sociedade esperar por milagres governamentais que rareiam cada vez mais.

Clóvis Rossi escreveu que “o Estado brasileiro serve para dar expediente mas não para resolver problemas.” Alguém precisa resolver os problemas. E a sociedade civil organizada está ajudando nisso de forma eficiente. Ainda falta muito. Mas precisamos começar, ao invés de simplesmente fazer digressões acéfalas e gestos grosseiros.

Publicado na revista Notícias Hospitalares n. 54,
Ano 2008, Nov/Dez/Jan, p. 34 e 35.

3 | Assuntos Hospitalares

Assuntos Hospitalares

3.1 | A cobiça dos Conselhos Profissionais

No número 5 deste “Notícias Hospitalares” (dez/98) escrevemos artigo denominado “O assanhamento dos Conselhos Regionais” onde afirmávamos que os hospitais e demais estabelecimentos de saúde deviam registrar-se somente junto ao Conselho Regional de Medicina do Estado onde se localizam. Algumas correspondências provenientes de Conselhos Regionais chegaram à redação questionando os dizeres de tal artigo. Respondemos a todas reafirmando nossa posição, acobertado pela jurisprudência.

Necessário voltar ao tema para municiar os hospitais e estabelecimentos de saúde na luta contra a intenção ilegal de alguns Conselhos Profissionais em obrigá-los a neles se inscreverem e, claro, pagarem a respectiva mensalidade.

Dissemos em nosso primeiro artigo que a intenção dos Conselhos Regionais era (e continua sendo) receber o valor da mensalidade. A juíza Regina Costa, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na Apelação Cível n. 97.03.048402-6, assim se manifestou: “A *mens legis* do dispositivo transcrito (art. 1º da Lei 6.839/80) é a de coibir os abusos praticados por alguns Conselhos que, em sua fiscalização de exercício profissional, obrigavam ao registro e pagamento de anuidades as empresas que contratavam profissionais para prestar tão-somente serviços de assessoria ligado a atividades produtivas próprias.” (AMS n. 3250, Rel. Juiz Grandino Rodas). Vê-se, pois, que não estamos sozinhos em nosso pensamento.

Citamos mais alguns julgados que podem auxiliar os estabelecimentos de saúde a contestar a pretensão dos Conselhos Profissionais diferentes do de Medicina, que devem ser utilizados por analogia:

Administrativo. Conselho Regional de Química, Indústria de Massas Alimentícias. Não obrigatoriedade de registro. (...)

I – O critério legal para a obrigatoriedade de registro junto aos Conselhos Profissionais e dado pelo art. 1º da Lei 6.839/80 determina-se pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pelas empresas.

II – Empresa voltada à produção de massas alimentícias não se sujeita a tal exigência, vez que o emprego de profissionais em química é de caráter meramente auxiliar de seu processamento industrial. [...]

(Apelação Cível n. 03002601-91-SP, TRF da 3ª Região, Relator Juiz Márcio Moraes)

Administrativo. Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA – Empresa que não tem atividade básica relacionada à Engenharia. Registro.

I – A vinculação de registro nos Conselhos Profissionais, nos termos da legislação específica (Lei 6.839/80, art. 1º) é a atividade básica ou a natureza dos serviços prestados. [...]

(Apelação Cível n. 97.03.048402-6, TRF da 3ª Região, Relatora Juíza Regina Costa)

O Supremo Tribunal Federal, corte máxima de justiça do país, decidiu:

CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CRITÉRIO PARA VINCULAÇÃO DE EMPRESAS OU ENTIDADES.

- Os Conselhos de Fiscalização do exercício profissional consideravam que o emprego dos serviços profissionais transformava a empresa e os utiliza em prestadora dos próprios serviços, numa clara e abusiva inversão de valores.

- A Lei 6.839, de 1980, veio a coibir os abusos praticados, consagrando o critério de obrigatoriedade do registro das empresas ou entidades nos Conselhos somente nos casos em que sua atividade básica decorrer do exercício profissional, ou em razão da qual prestam seus serviços a terceiros.

- Sentença que decidiu segundo esse entendimento, anteriormente à lei, merece confirmação.” (RE 90.910-CE, Relator Ministro Carlos Madeira) In Apelação em Mandado de Segurança nº 154,796-SP, Relatora Juíza Eva Regina, 3ª Turma, julgamento em 16.12.1998)

O que vai definir a qual Conselho Profissional a empresa ou a entidade deve registrar-se será seu objeto social, constante do contrato ou do estatuto social. O fato de uma empresa possuir, em seu quadro de pessoal, profissional especializado

para assessorá-la em suas atividades produtivas não acarreta a obrigatoriedade de registro no respectivo conselho de fiscalização do exercício profissional, com o consequente pagamento de anuidades.

Um assessor jurídico de um Conselho Profissional de determinado Estado da região Norte do país recentemente publicou artigo discordando dos entendimentos esposados no artigo publicado em dezembro/98, ora aqui complementado. Na ânsia de defender seu Conselho Profissional (o que é louvável), confundiu o colega “direito de fiscalização do exercício da profissão” com exigência do registro da instituição hospitalar em seu quadro. A função dos Conselhos Profissionais é justamente fiscalizar o exercício das respectivas profissões, conforme lembrou o advogado.

Citamos como exemplo o Conselho de Enfermagem. Diz a Lei n. 5.905/73, que dispôs sobre a criação dos Conselhos Federal e Regionais de Enfermagem, em seu art. 2º: “O Conselho Federal e os Conselhos Regionais são órgãos disciplinadores do exercício da profissão de enfermeiro e das demais profissões compreendidas nos serviços de enfermagem.” Aliás, o Conselho Federal de Enfermagem até ultrapassa sua competência legal quando exerce tal fiscalização. O COFEN fez publicar as Resoluções 168 e 189 que tratavam do registro de responsável técnico perante o COREN e do dimensionamento do quadro de profissionais de enfermagem nas instituições de saúde. O SINDHOSP (Sindicato dos hospitais de São Paulo) ajuizou ação contra tal exigência, sendo que assim se posicionou a juíza Marisa Vasconcelos, da Justiça Federal de São Paulo:

Alega o Autor (SINDHOSP) que o réu (COREN/SP) passou a exigir dos estabelecimentos prestadores de assistência de saúde certidão de responsabilidade técnica (CRT) de enfermeiro para receberem autorização ou alvará de funcionamento (Resolução COFEN 168) e que a resolução n° 189 estabelece parâmetros para dimensionamento do quadro de profissionais de enfermagem nas instituições de saúde.

[...]

Assim, é claro que as atribuições do Conselho de Enfermagem devem se restringir à fiscalização dos profissionais a ele relacionados, não podendo atingir terceiros, como determina a resolução n° 168 que ‘toda instituição de saúde onde existe atividade de enfermagem, obrigatoriamente, deverá requerer anotação de responsabilidade técnica do COREN de sua jurisdição’.

Diante do exposto, CONCEDO a tutela antecipada face a verosimilhança das alegações para determinar a suspensão dos efeitos das Resoluções COFEN n° 168

e 189, até ulterior decisão.”

(18ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, autos 1999.61.00.011213-3, j. em 22.04.1999)

Reafirmamos categoricamente que o registro dos hospitais e demais estabelecimentos de saúde deve ser feito, única e exclusivamente, no Conselho Regional de Medicina do Estado onde ele se localiza. A intenção de exigir o registro dos hospitais em outros Conselhos Profissionais (principalmente o de Enfermagem) deve ser rechaçada e questionada judicialmente até a última instância jurídica, se necessário for, diante do entendimento pacífico da jurisprudência e da doutrina sobre a matéria.

Publicado na revista Notícias Hospitalares n. 13,
Ano 2, Agosto de 1999, p. 6.

3.2 | A eficácia da alta a pedido

Quando o paciente está internado em instituição hospitalar sob os cuidados de médico, é a este que cabe decidir acerca do melhor momento para concessão (ou não) da alta hospitalar, pois que é ele quem detém os conhecimentos técnicos e poderá prever as consequências de sua atitude, dentro das circunstâncias normais esperadas.

Porém, há casos em que o próprio paciente, por diversos motivos, não quer ser atendido neste ou naquele hospital e nem por este ou aquele médico. Também acontece de os familiares do paciente (estando este inconsciente ou sendo menor) quererem sua transferência de hospital e para os cuidados de outro médico, por razões várias.

Quando o quadro do paciente é estável e não requer cuidados tão rigorosos, a princípio, não haveria problema em se concordar com a saída do paciente do hospital onde se encontra internado. O problema surge quando o quadro clínico apresentado pelo enfermo não autoriza sua saída do hospital, sendo a transferência contraindicada naquele momento, sob pena de agravamento de seu estado de saúde, com possíveis consequências mais graves e até fatal. O que o médico e o hospital devem fazer neste momento de impasse?

Caso todos os argumentos usados pelo médico com o paciente ou com a família (caso inconsciente ou menor) não sejam suficientes para fazê-los mudar de ideia e não se retirar ou remover o paciente naquele instante, o médico e o hospital deverão redigir, de forma legível, sendo a digitação o mais indicado, documento que normalmente chamamos de TERMO DE RESPONSABILIDADE POR ALTA A PEDIDO, que deverá ser arquivado juntamente com o prontuário do paciente. Este documento relatará o quadro clínico do paciente da forma mais detalhada

possível, indicando o tratamento a que ele deve ser imediatamente submetido e informando as consequências que poderão advir pela não adoção daquelas recomendações.

A redação do termo deverá conter a parte técnica mas também uma parte em que seja usada linguagem acessível e que “ traduza ” o estado de saúde do paciente, para que a pessoa que o está retirando contra a orientação médica não alegue desconhecer qual era o real estado de saúde do doente naquele momento.

Deve-se colher a assinatura do paciente, do parente ou do seu responsável em tal documento, identificando-o com o nome completo, profissão, número de RG e CPF, endereços e telefones comercial e residencial e celular, além de colher a assinatura de, pelo menos, duas testemunhas que presenciaram o fato, visando, com isso, preservar os direitos do médico e do hospital em eventual questionamento de suas atitudes.

Esquemáticamente, o documento deve conter, no mínimo, a seguinte estrutura:

TERMO DE RESPONSABILIDADE POR ALTA A PEDIDO

- Nome do paciente
- Leito n.
- Quadro clínico atual: redações técnica e leiga
- Motivo pelo qual o paciente deve permanecer internado
- Riscos a que o paciente está sujeito caso seja transferido/removido
- Providência imediata que se deve adotar caso o paciente seja removido
- Mencionar dia e hora da redação do termo
- Assinaturas: do médico, da direção administrativa do hospital, do paciente e/ou seus responsáveis/parente e de duas testemunhas que presenciaram os fatos.

Este documento, somado às anotações que também devem ser feitas diretamente no prontuário do paciente, deve ser utilizado para justificar a atitude do médico, procurando evitar que lhe sejam imputadas responsabilidades civil, criminal e/ou administrativa.

Caso o paciente, seus parentes ou responsável não queiram assinar o termo indicado sugere-se que ele seja feito da mesma forma e que se colha a assinatura de, no mínimo, duas testemunhas que presenciaram os acontecimentos, inclusive a recusa em assiná-lo. O relato dos fatos também deve ser feito no próprio prontuário do paciente, o mais detalhadamente possível.

Mesmo que o quadro do paciente mostre-se o pior possível, o médico e o hospi-

tal não poderão impedir a sua saída, desde que haja solicitação expressa, com o preenchimento do documento aqui sugerido. E é assim porque o Código Penal define como crime o ato de quem, sem fundamento legal, cerceie o direito de liberdade de ir e vir das pessoas, mesmo em caso de doença. O médico, além de não poder decidir por outrem a respeito da sua pretensão de obter alta, corre o risco de ser acusado de praticar crime de cárcere privado (Código Penal, art. 148) caso se recuse a permitir que alguém, maior ou menor, se retire (ou seja retirado) de estabelecimento no qual tenha entrado para tratar da saúde. Para que este direito pudesse ser eventualmente restringido, no caso de doença, é necessário que a lei defina em que circunstâncias e a partir da ordem de qual autoridade isso poderia ocorrer. Nenhuma lei dá ao médico o poder de cercear a liberdade das pessoas, mantendo-a internada contra sua vontade, qualquer que seja o motivo ou pretexto para isso.

Mas, como fica a situação do médico que está convencido de que será uma temeridade a retirada do doente, especialmente se este for pessoa incapaz? Sugerimos que ele autorize a saída do paciente, preenchendo-se o termo indicado e encaminhando imediatamente ao representante do Ministério Público local relatório a respeito das condições de saúde do doente. Caso o Ministério Público entenda que deva tomar alguma providência para acautelar interesse de pessoa incapaz, requererá ao Poder Judiciário o que lhe pareça adequado. Além disso, sugerimos que o médico procure a delegacia de polícia mais próxima e faça elaborar boletim de ocorrência retratando os acontecimentos, visando preservar seus direitos em eventual queixa.

Haverá situações extremas em que o médico, de consciência, está convicto de que, se autorizar a retirada de criança doente, ela morrerá. Nestes casos, estar-se-á diante de situação não tão incomum: a Moral aponta uma direção e o Direito outra. Sendo assim, caso o médico retenha a criança e venha a ser processado criminalmente por isso, certamente ele contratará um bom advogado que alegará a ocorrência de uma justificativa jurídico-penal para buscar sua absolvição: o estado de necessidade de terceira pessoa. [Orientação de Aduauto Suannes - Desembargador aposentado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e advogado – in artigo denominado “O sapateiro e as sandálias”, com a qual concordamos]

O termo de responsabilidade por alta a pedido é ótimo instrumento, somado a outros, para defender o ato praticado por médicos e hospitais.

3.3 | A FIFA e as Santas Casas

Era uma vez um homem muito rico, dono de todos os apartamentos de um prédio localizado na zona nobre de São Paulo. Um dia, um faxineiro o procurou e, constrangido, explicou a situação financeira difícil pela qual passava em razão da saúde debilitada de sua esposa. Mais constrangido ainda, ele pediu adiantamento de R\$500,00 do seu salário para pagar despesas não previstas. Em meio a improperios (ele era – e é - mal educado), o empresário passou um esculacho no empregado e negou o pedido. O faxineiro, resignado, retirou-se e foi dar outro jeito.

Passadas algumas horas, o filho do empresário foi ao escritório e lhe pediu R\$1.500,00 para comprar um novo modelo de equipamento eletrônico que acabara de chegar nas lojas. Sem pestanejar, o pai tirou o dinheiro da gaveta e lhe deu.

Não sei porque lembro-me desta história quando leio as notícias relativas à Copa do Mundo de 2014, a ser realizada em nosso país tupiniquim.

O Brasil fez de tudo para sediar o evento. De tudo mesmo. O leitor atento deve se lembrar da festa que os políticos e convidados fizeram em Zurique, na Suíça, em 30.10.2007, no momento em que o presidente da FIFA mostrou a ficha com o nome *Brazil*. O então presidente Lula caiu no choro no ombro do ministro dos Esportes, do presidente da CBF (Confederação Brasileira de Futebol), do Pelé, do Dunga, do Romário, do escritor Paulo Coelho, de alguns governadores e de outros *aspones*. Não me lembro de ver nenhum empresário macaqueando nos braços dos selecionados que ali se encontravam. Ganhamos o direito de acolher a Copa do Mundo. Mas, a que custo e sob quais circunstâncias?

A FIFA (*Fédération Internationale de Football Association*) é uma entidade privada,

constituída de acordo com a legislação suíça. Sua missão é “desenvolver o esporte, sensibilizar o mundo, construir um futuro melhor”, igual ao objetivo de tantas outras entidades brasileiras que se dedicam, também, a “construir um futuro melhor”, a partir da sua atuação em diversos segmentos em prol dos cidadãos.

A FIFA exige uma série inacreditável de coisas e condições do país que se propõe a sediar a Copa do Mundo. É a FIFA quem escolhe tudo ou diz como quer que seja feito, inclusive o nome dos parceiros que ela quer que sejam contratados para fazer isso ou aquilo, com auxílio da CBF, no caso, por óbvio. Até a consistência e a data da plantação do gramado dos estádios é ela quem determina. A FIFA exige que o país-sede conceda incentivos fiscais para os seus parceiros, o que, na prática, imuniza todos que gravitam em torno do evento, especialmente quanto ao pagamento de impostos que qualquer pessoa “normal” pagaria. E aí do governo que não atender as suas exigências.

Obviamente que o Brasil está fazendo o dever de casa e atendendo a todas as exigências da FIFA, como estrela pop mundial única e superpoderosa que é. Assisti, emocionado, o esforço feito pelos nossos políticos para aprovar regras específicas, facilitadoras, flexíveis e mais do que especiais (apelidadas de RDC - Regime Diferenciado de Contratações) para as empresas que participarão da infraestrutura e dos itens que compõem a Copa do Mundo. Apesar de eu nunca duvidar de nada, custei a acreditar na proposta da Medida Provisória do Executivo federal de imposição de sigilo no orçamento das propostas das concorrentes até a conclusão da licitação ou mesmo a possibilidade de inexistência desta, ou da realização de “licitações-relâmpago”, em prol da rapidez necessária para a implementação das ações. E olha que sabemos da nossa escolha desde 2007. Até os limites legais de percentuais dos aditivos ao contrato principal deixariam de existir, pois a Copa é um evento no qual o Brasil não pode falhar. Afinal, ela será “a vitrine do país para o resto do mundo”. Contive o choro. No fim, o Congresso Nacional restringiu alguns desejos delirantes e incontidos do governo federal e restabeleceu o bom senso. Mas o que mais surpreende é a ideia inicial.

O governo idealizou e definiu regras flexibilizadoras para que a Caixa Econômica Federal e o BNDES dispensem a apresentação, pelas empresas, de alguns documentos técnicos, inclusive projetos básicos, para a liberação de recursos financeiros, até a título de “despesas inadiáveis”, que serão na casa dos bilhões de reais.

Foi constrangedor ouvir do secretário-adjunto de planejamento do Tribunal de Contas da União que, apesar de o TCU se posicionar contrariamente à flexibilização das regras constantes da proposta governamental, ele sabia que o processo

“era assim mesmo, que a regra do jogo é essa”, ou algo muito parecido. Bom, todos vimos que o ex-presidente Lula espezinhou o TCU sempre que pode. Não haveria motivo para o governo federal agir de modo diferente agora.

O governo deu uma banana para as recomendações dos órgãos de controle, do Ministério Público e das demais vozes e autoridades que ousaram criticar as medidas desburocratizadoras e agilizadoras gestadas por ele. E assim se fez. É claro que a encenação das discussões e de audiências públicas aconteceu. Como sempre.

Enfim, nada mais adianta, pois a Medida Provisória n. 527/11 foi negociada e muito provavelmente será aprovada. Só nos resta comprar um grande televisor de tela plana para assistir os jogos e curtir o feriado, pois há projeto de lei no Congresso Nacional neste sentido, proposto por deputado claramente antenado e preocupado com os anseios dos cidadãos brasileiros.

E as Santas Casas e as entidades filantrópicas que atendem os cidadãos por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), o que têm elas a ver com isso? Tudo. Elas são o faxineiro da história acima contada. Elas pleiteiam aumento, incremento e diversificação de custeio de suas atividades em momento não oportuno para o governo. Elas são inconvenientes, pois sempre vêm com assuntos que destoam do momento em que a conjugação de forças dos governos para viabilizar a Copa do Mundo é a ação principal e única a ser pensada. Será que elas não se mancam?

Às entidades filantrópicas da saúde é aplicado o rigor da lei, como deve ser com todos, aliás. Delas se exigem projetos, documentos, declarações, certidões, registros, plantas, fotos, assinaturas e tudo o mais o que nossas as normas jurídicas são capazes de prever com tanta facilidade e distanciamento da realidade. Para os parceiros da FIFA, não. As prestações de contas delas são abertas e reabertas pelos órgãos de controle, sem que estes observem (ou ignorem?) os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, que são de aplicação obrigatória em suas ações. Para os parceiros da FIFA, não. As Santas Casas não são a vitrine do Brasil para os estrangeiros, apesar de a implantação do SUS nos Estados Unidos da América ter sido recomendada pelo ex-presidente Lula ao presidente Barack Obama.

As Santas Casas e as entidades filantrópicas não foram objeto de pensamento nem destinatárias de um Regime Diferenciado de Contrações para os seus fornecedores ou para ser utilizado nas reformas físicas e investimentos. De nenhum Poder. O papel delas é continuar a seguir o seu caminho no mundinho de dificuldades no qual estão mergulhadas. Elas que se virem fazendo quermesses, bingos, bazares e outras atividades que visam arrecadar receita complementar para tapar

o buraco que a tabela do SUS deixa em seus orçamentos, facilmente comprovado pelos balanços.

Quem sabe, um dia, algum político resolva sugerir a criação de um Regime Diferenciado de Contratações para as Santas Casas e demais entidades filantrópicas que atuam na área da saúde, ou para o Terceiro Setor, em geral, recheado com benesses e incentivos fiscais que efetivamente façam a diferença para que elas interrompam o ciclo de miséria e arrochos que vivenciam ao longo das últimas décadas.

Sugiro, como exemplo, a renúncia fiscal de R\$ 421 milhões que o município de São Paulo concedeu ao Sport Club Corinthians Paulista para que ele construa o seu estádio de futebol e, que, de quebra, seja utilizado para abrigar a cerimônia e o jogo de abertura da Copa do Mundo, este evento tão esperado por todos nós desde 1950! Só para constar, a cidade de São Paulo possui outros quatro estádios de futebol. Mas, ao que tudo indica, eles não são suficientes nem adequados.

Contribua para que isso aconteça, caro leitor. Interpele o vereador, deputados estadual e federal, senador, prefeito, governador e presidente em quem você votou. Exija dele ações neste sentido. Realize eventos em sua cidade e convoque tais políticos para que expliquem, de viva voz, o que estão fazendo em prol das entidades atuantes na área da saúde da sua região.

A Copa do Mundo deve durar dois meses. Antes e depois dela, as Santas Casas e as entidades filantrópicas continuarão a atender voluntariamente os brasileiros que necessitam de serviços de saúde, obrigação constitucional primariamente imposta ao Estado e que ele descumpre diuturnamente. Não é incrível?

E que venha o Hexa!

Publicado na revista Notícias Hospitalares n. 67,

Ano 7, Jun/Jul/Ago de 2011, p. 24 e 25.

Este artigo foi publicado nos jornais A Cidade e Diário de Votuporanga, nas edições de 26 de agosto de 2011, ambos de Votuporanga/SP.

Josenir Teixeira recebeu Moção de Congratulações encaminhada pelo presidente da Câmara Municipal de Aquidauana/MS, presidida pelo vereador Clezio Bley Fialho, por iniciativa do vereador Eulálio Abel Barbosa, que destacou na justificativa: “[...] Fica, portanto, registrada a minha manifestação de congratulações ao nobre articulista pela relevância do artigo que, além de traduzir o meu pensamento, deveria servir de objeto de reflexão para a classe política brasileira. Sala de Sessões, 23 de agosto de 2011.”

3.4 | A obrigatoriedade de pagamento de direito autoral pelos hospitais

A visão do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A regulamentação do direito autoral no Brasil. 3. O ECAD: conceito, atuação e legitimação para cobrar direitos autorais. 4. Os devedores de direitos autorais. 5. O descabimento de aplicação de multa. 6. Conclusão.

RESUMO: A disponibilização de aparelhos de televisão e rádio (inclusive rádios-relógios e mesmo que independentes) em ambientes de frequência coletiva de pessoas, como as clínicas e os hospitais, por exemplo, ou mesmo nos quartos ou aposentos individuais de internação, gera a obrigatoriedade de pagamento de direitos autorais das obras artísticas executadas, que são legitimamente cobrados pelo ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição e posteriormente distribuídos entre os artistas. É a essa conclusão que se chega após o estudo de dezenas de julgados do Superior Tribunal de Justiça, que compõem a base de sustentação da opinião exarada neste artigo.

1. INTRODUÇÃO

A consequência de ouvir músicas pelo rádio (ou pela internet – webcasting, streaming¹ etc.) ou assistir a programas de televisão em nossa casa ou no carro é diferente de realizar os mesmos atos em público. A prática dos primeiros não acarreta o pagamento de direito autoral para quem foi o autor das canções ou o escritor do programa.

Porém, quando as mesmas músicas ou programas são disponibilizados ou utilizados para entreter um público, há a necessidade de se remunerar os autores intelectuais das obras. E essa obrigatoriedade de pagamento surge mesmo quando

1 - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Civil n. 0174958.45.2009.8.19.0001. Quinta Câmara Cível. Revisor designado para o acórdão Desembargador Antônio Saldanha Palheiro. Julgamento em 12.04.2011.

não há interesse lucrativo por parte de quem disponibilizou ou facilitou aquela situação, seja pessoa jurídica de direito privado ou de direito público.^{2 3}

Exemplificando: o fato de o hospital ou uma clínica deixar um aparelho de televisão ligado na sala de recepção ou de espera para a realização de exames, para entreter o paciente enquanto aguarda a sua vez para ser atendido, gera para tais estabelecimentos a obrigatoriedade de pagamento de direitos autorais. A sistemática adotada pelo Brasil, e validada pelo Superior Tribunal de Justiça, indica que os pagamentos deverão ser feitos para o ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, a quem cabe distribuir os valores arrecadados aos autores das obras.

Pretendemos lançar luzes sobre este assunto e apontar a postura do Superior Tribunal de Justiça sobre ele, por meio da análise de recentes decisões.

2. A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO AUTORAL NO BRASIL

Os direitos autorais são tratados pela Constituição Federal no artigo 5º, incisos XXVII⁴ e XXVIII⁵.

Para regulamentar referidos dispositivos constitucionais editou-se a Lei n. 9.610/98, que regula os direitos autorais (que são considerados bens móveis), entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos. A leitura da lei nos remete a sequenciamento de previsões que permite a exata compreensão do assunto, passo a passo.

O autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica (art. 11) e pertencem a ele os direitos morais (que são inalienáveis e irrenunciáveis, art. 27) e patrimoniais sobre a obra que criou (art. 22). Depende de sua auto-

2 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 524.873. Segunda Seção. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. DJ 17.11.2003. Ementa: CIVIL. DIREITO AUTORAL. ESPETÁCULOS CARNAVALESCOS GRATUITOS PROMOVIDOS PELA MUNICIPALIDADE EM LOGRADOUROS E PRAÇAS PÚBLICAS. PAGAMENTO DEVIDO. UTILIZAÇÃO DA OBRA MUSICAL. LEI N. 9.610/98, ARTS. 28, 29 E 68. EXEGESE. I. A utilização de obras musicais em espetáculos carnavalescos gratuitos promovidos pela municipalidade enseja a cobrança de direitos autorais à luz da novel Lei n. 9.610/98, que não mais está condicionada à auferição de lucro direto ou indireto pelo ente promotor. II. Recurso especial conhecido e provido.

3 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 238.722. Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. DJ 21.08.2000. Ementa: DIREITO AUTORAL. BAILES CARNAVALESCOS E SHOW EM PRAÇA PÚBLICA PROMOVIDOS PELO MUNICÍPIO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. - Dá ensejo ao pagamento dos direitos autorais o aproveitamento da obra, haja ou não alguma vantagem econômica. Recurso especial conhecido e provido.

4 - XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

5 - XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

rização prévia e expressa a utilização da obra por quaisquer modalidades (art. 29). O titular dos direitos autorais, no exercício do direito de reprodução, poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito. (art. 30) Em qualquer modalidade de reprodução, a quantidade de exemplares será informada e controlada, cabendo a quem reproduzir a obra a responsabilidade de manter os registros que permitam, ao autor, a fiscalização do aproveitamento econômico da exploração. (art. 30, § 2º) O autor tem o direito de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado. (art. 38) Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas em representações e execuções públicas. (art. 68)

3. O ECAD: CONCEITO, ATUAÇÃO E LEGITIMAÇÃO PARA COBRAR DIREITOS AUTORAIS

Prevê a Constituição Federal:

Art. 5º. [...]

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

Por sua vez, consta da Lei n. 9.610/98, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais:

Art. 97. Para o exercício e defesa de seus direitos, podem os autores e os titulares de direitos conexos associar-se sem intuito de lucro.

§ 1º É vedado pertencer a mais de uma associação para a gestão coletiva de direitos da mesma natureza.

§ 2º Pode o titular transferir-se, a qualquer momento, para outra associação, devendo comunicar o fato, por escrito, à associação de origem.

§ 3º As associações com sede no exterior far-se-ão representar, no País, por associações nacionais constituídas na forma prevista nesta Lei.

Art. 98. Com o ato de filiação, as associações tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para sua cobrança.

Parágrafo único. Os titulares de direitos autorais poderão praticar, pessoalmente, os atos referidos neste artigo, mediante comunicação prévia à associação a que

estiverem filiados.

Art. 99. As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.

§ 1º O escritório central organizado na forma prevista neste artigo não terá finalidade de lucro e será dirigido e administrado pelas associações que o integrem.

§ 2º O escritório central e as associações a que se refere este Título atuarão em juízo e fora dele em seus próprios nomes como substitutos processuais dos titulares a eles vinculados.

§ 3º O recolhimento de quaisquer valores pelo escritório central somente se fará por depósito bancário.

§ 4º O escritório central poderá manter fiscais, aos quais é vedado receber do empresário numerário a qualquer título.

§ 5º A inobservância da norma do parágrafo anterior tornará o faltoso inabilitado à função de fiscal, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis.

Por conta dos gatilhos constitucional e legal acima mencionados, pessoas jurídicas se reuniram e criaram o ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, que possui natureza jurídica de associação civil sem fins lucrativos, de direito privado, é sediada no Rio de Janeiro/RJ e é composta por “nove associações de música para realizar a arrecadação e a distribuição de direitos autorais decorrentes da execução pública de músicas nacionais e estrangeiras [...]”.

O quadro associativo do ECAD é formado por associações de titulares de direitos autorais⁶, que compõem a sua assembleia geral. São elas as responsáveis pela fixação dos preços e regras de cobrança e distribuição dos valores arrecadados.⁷

Referida associação “é composta por 28 unidades arrecadadoras, 840 funcionários, 52 escritórios de advocacia prestadores de serviço e 99 agências autôno-

6 - Eis as associações integrantes do ECAD: ABRAMUS (Associação Brasileira de Música e Artes), AMAR (Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes), ASSIM (Associação de Intérpretes e Músicos), SBACEM (Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música), SICAM (Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais), SOCINPRO (Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais), UBC (União Brasileira de Compositores). Associações administradas: ABRAC (Associação Brasileira de Autores, Compositores, Intérpretes e Músicos) e SADEM-BRA (Sociedade Administradora de Direitos de Execução Musical do Brasil). Disponível em <http://www.ecad.org.br/viewcontroller/publico/conteudo.aspx?codigo=21>, Acesso em 22 out 2012, 11h33.

7 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 163.543. Terceira Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 13.09.1999. Consta da ementa: Direito autoral. Tabela de preços. Competência do ECAD.1. Não cabe ao Poder Público estabelecer tabela de preços para a cobrança de direitos autorais, ausente qualquer comando legal nessa direção, competente, assim, o ECAD para tanto. [...]

mas instaladas em todos os Estados da Federação. O controle de informações é realizado por um sistema de dados totalmente informatizado e centralizado, que possui cadastrados em seu sistema 536 mil titulares diferentes. Estão catalogadas 3.225 milhões de obras, além de 1.194 mil fonogramas, que contabilizam todas as versões registradas de cada música. Os números envolvidos fazem com que aproximadamente 81 mil boletos bancários sejam enviados por mês, cobrando os direitos autorais daqueles que utilizam as obras musicais publicamente, os chamados “usuários de música”, que somam 443 mil no cadastro do ECAD.”⁸

O objetivo de referida associação é a arrecadação, fiscalização⁹, controle e distribuição dos direitos autorais sobre as execuções musicais, ou lítero-musicais e de fonogramas, nacionais e estrangeiros, e isso de forma exclusiva no Brasil.

A atuação do ECAD está sacramentada pelo Superior Tribunal de Justiça como a entidade legitimada¹⁰ para buscar e realizar a cobrança dos direitos autorais de quem reproduz obras de intelecto e distribuir os respectivos valores aos seus autores, representados pelas associações civis que compõem o seu quadro associativo.¹¹

¹² ¹³

Nessa linha decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

8 - <http://www.ecad.org.br/viewcontroller/publico/conteudo.aspx?codigo=16> - Acesso em 13 out 2012, 11h45.

9 - A fiscalização é feita pelo ECAD por intermédio de pessoa por ele designada que vai até o estabelecimento e constata (vê e ouve) a existência da sonorização pela música ou exibição de imagens pela televisão. Ou menos que isso: há casos em que alguém liga e pergunta se na sala de recepção é disponibilizada música ou televisão. Diante da resposta afirmativa, o estabelecimento é autuado. A partir disso, confirmado que o estabelecimento não faz o pagamento mensal dos valores constantes de tabela progressiva elaborada pelo próprio ECAD, que leva em consideração a metragem quadrada da área sonorizada, ele é autuado.

10 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 826.676. Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJ 09.06.2009.

11 - Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.120.027. Terceira Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 26.11.2009. Consta da ementa: [...] III – Segundo a orientação desta Corte, o ECAD tem legitimidade para a cobrança de direitos autorais independentemente da comprovação da filiação dos artistas representados às associações que o integram. Precedentes.

12 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 958.058. Quarta Turma. Relator Ministro João Otávio de Noronha. DJe 22.03.2010. Consta da ementa: [...] I. O ECAD tem legitimidade para a cobrança de direitos autorais independentemente da comprovação da filiação dos artistas representados às associações que o integram.

13 - Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 709.873. Terceira Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 08.10.2008. Consta da ementa: [...]

II - Conforme pacífica jurisprudência deste Tribunal a legitimidade ativa do ECAD para propositura de ação de cobrança independe de prova de filiação ou autorização dos autores nacionais ou estrangeiros. Precedentes. Súmula 83/STJ.

CIVIL. DIREITO AUTORAL. COBRANÇA. ECAD. LEGITIMIDADE. PRE-QUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. CAPTAÇÃO DE MÚSICA COM AMBIENTAÇÃO POR MEIO DE SONORIZAÇÃO MECÂNICA. BAR/RESTAURANTE E ACADEMIA DE GINÁSTICA. LUCRO INDIRETO. SÚMULA N. 63-STJ. LEI N. 5.988/73.

I. O ECAD tem legitimidade ativa para, como substituto processual, cobrar direitos autorais em nome dos titulares das composições lítero-musicais, inexigível a prova de filiação e autorização respectivas.

II. A captação de música em rádio e a sua divulgação através de sonorização ambiental em estabelecimentos comerciais que dela se utilizam como elemento coadjuvante na atração de clientela, constitui hipótese de incidência de direitos autorais, nos termos do art. 73 da Lei n. 5.988/73.

III. “São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais” - Súmula n. 63-STJ.

IV. Recurso especial conhecido e provido em parte.¹⁴

É assente no âmbito da Corte Superior que o ECAD não atua em nome próprio, mas no interesse de seus associados e dos titulares de direitos autorais, sendo seu papel em juízo o de verdadeira substituição processual.^{15 16 17 18}

É esse o entendimento daquela Corte, como, por exemplo, constou do seguinte julgado:

DIREITOS AUTORAIS. ECAD. LEGITIMIDADE ATIVA. PROVA DE FILIAÇÃO E AUTORIZAÇÃO DOS COMPOSITORES. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. COBRANÇA. RETRANSMISSÕES RADIOFÔNICAS DE MÚSICAS EM APOSENTOS DE MOTEL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO DE TEMA. FINALIDADE PROTETELATÓRIA NÃO CONFIGURADA. SANÇÃO PROCESSUAL (CPC, ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO). DESCABIMENTO.

14 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 111.105. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. DJ 10.02.2003.

15 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 983.357. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJe 17.09.2009.

16 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 142.627. Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. DJ 23.09.2002.

17 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 82.178. Quarta Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJ 07.10.1996.

18 - Para constar, este posicionamento é recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se constata do Recurso Extraordinário n. 103.058. Primeira Turma. Relator Ministro Soares Munoz. DJ 26.10.1984.

- O ECAD tem legitimidade para promover ação de cobrança de direitos autorais em virtude de retransmissão de composições musicais, sendo desnecessária a prova de filiação e da autorização do titular dos direitos reivindicados, conforme pacífica jurisprudência desta Corte.

- É pacífico nesta Corte o entendimento de que a retransmissão radiofônica de músicas em quartos de motéis está sujeita ao pagamento de direitos autorais, mas tendo em conta a taxa média de utilização dos equipamentos de retransmissão, o que será apurado por arbitramento. [...]

- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte.¹⁹

A forma de identificação do valor a ser cobrado pela execução pública de obras artísticas é definida pelo próprio ECAD, por meio de Regulamento de Arrecadação definido internamente pelas suas associadas, o que também é legitimado pelo Superior Tribunal de Justiça. A intimação do devedor de direitos autorais é formalizada por meio de documento identificado como Termo de Verificação de Utilização de Obras Musicais. Decidiu a Corte Superior:

CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. BAILE DE CARNAVAL EM CLUBE. ECAD. REGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO. LEGITIMIDADE PARA A CAUSA. VALORES. TABELA PRÓPRIA. VALIDADE. LUCROS DIRETO E INDIRETO CONFIGURADOS. LEI N. 5.988/73. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS N. 282 E 356-STF.

I. A ausência de prequestionamento impede a apreciação do STJ sobre os temas não debatidos no acórdão estadual.

II. O ECAD tem legitimidade ativa para, como substituto processual, cobrar direitos autorais em nome dos titulares das composições lítero-musicais, inexigível a prova de filiação e autorização respectivas.

III. Caracterização de ocorrência de lucro direto e indireto no caso de promoção, por clube social, de bailes de carnaval.

IV. Os valores cobrados são aqueles fixados pela própria instituição, em face da natureza privada dos direitos reclamados, não sujeitos a tabela imposta por lei ou regulamentos administrativos.

V. Precedentes do STJ.

VI. Recurso especial do autor conhecido e provido. Recurso adesivo da ré não conhecido.²⁰

19 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 157.845. Quarta Turma. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. DJ 26.04.1999.

20 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 73.465. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. DJ 22.08.2005.

No ato de realizar a cobrança de direitos autorais, o ECAD não é obrigado a identificar individualmente os artistas que representa e nem provar que eles são (ou seriam) filiados às associações que compõem o seu quadro associativo. Nesse sentido, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE COBRANÇA. DIREITO AUTORAL. ECAD. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL.

I – O ECAD é parte legítima para ajuizar ação em defesa dos direitos de autores de obras musicais, independentemente de autorização ou prova de filiação destes.

II – A correção monetária da verba indenizatória decorrente de violação do direito autoral deve incidir a partir do ilícito praticado.

III - Recurso especial de Sistema Atual de Radiodifusão Ltda. não conhecido e recurso especial do ECAD conhecido e provido.²¹

Há orientação da Corte Superior no sentido de que a cobrança de direitos autorais pela transmissão radiofônica em quartos de hotel não pode ser pela totalidade dos apartamentos, mas pela média de utilização do equipamento. Eis as ementas de alguns julgados nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. RETRANSMISSÃO POR APARELHO DE RADIO EM QUARTO DE HOTEL. PRECEDENTES DA 2A. SEÇÃO. APLICAÇÃO DA SUMULA N. 63.

1. É devida a cobrança de direitos autorais pela retransmissão radiofônica em quartos de hotel, na medida em que integra o conjunto de serviços oferecidos pelo estabelecimento comercial hoteleiro aos seus hóspedes.

2. A cobrança de direitos autorais pela retransmissão radiofônica em quartos de hotel não pode ser pela totalidade dos apartamentos e sim pela média de utilização do equipamento.

3. Recurso conhecido e provido em parte.²²

DIREITO AUTORAL. SONORIZAÇÃO AMBIENTAL EM QUARTO DE HOTEL. PRECEDENTES DA CORTE.

1. Já decidiu a Corte que o ECAD é parte legítima para ajuizar ação de cobrança de direito autoral, independentemente da prova de filiação dos compositores.

²¹ - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 251.717. Terceira Turma. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. DJ 11.11.2002.

²² - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 102.954. Segunda Seção. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 16.06.1997

2. A Segunda Seção já assentou que a cobrança pela sonorização ambiental em quarto de hotel deve ser feita pela média de utilização do equipamento, como apurado em liquidação.

3. A cobrança de direitos autorais em caso de sonorização ambiental não exige a discriminação dos autores e das músicas tocadas, sob pena de inviabilizar-se o sistema, como bem assinalado em precedente da Corte.

4. Recurso especial conhecido e, em parte, provido.²³

Do total arrecadado pelo ECAD – mais de R\$ 200 milhões em 2010 –, 75,5% destinam-se aos detentores dos direitos autorais, 7,5% às associações que compõem o seu quadro associativo e 17% referem-se à taxa administrativa que ele cobra para executar a sua finalidade.

A título de curiosidade, o compositor Victor Chaves, da dupla sertaneja Victor e Leo, foi o campeão em recebimento de direitos autorais em 2009. O também sertanejo Sorocaba, da dupla com Fernando, também é um dos líderes de arrecadação. Estes dois artistas se revezam na liderança do ranking nacional também em 2012²⁴. O cantor Durval Lelys, vocalista da banda Ásia de Águia, foi o vencedor em 2010.

A sistemática de atuação do ECAD está na berlinda, pois se desconfia da regularidade de sua atuação na distribuição dos recursos financeiros por ele arrecadados. O Ministério da Cultura capitaneia movimento para reforma da legislação e os artistas e ativistas em geral querem a adoção de mecanismos que aumentem a transparência da partilha dos direitos autorais, inclusive com a fiscalização estatal, pois a arrecadação é impositiva. Por outro lado, há quem defenda que a fiscalização deve ser feita pelos próprios artistas.

No Congresso Nacional, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) investiga eventuais irregularidades na distribuição de recursos pelo ECAD, sendo que, no relatório apresentado, o relator da CPI, o senador Lindbergh Farias (PT-RJ), pediu o indiciamento de quinze pessoas, entre integrantes da cúpula da entidade e dirigentes das associações que a compõem. A CPI viu indícios de irregularidades como apropriação indébita de valores, fraude na realização de auditoria, formação de cartel e enriquecimento ilícito.²⁵

23 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 255.387. Terceira Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 04.12.2000.

24 - Disponível em <http://www.ecad.org.br/viewcontroller/publico/RankingAutorial.aspx>, Acesso em 22 out 2012, 10h30.

25 - Disponível em <http://oglobo.globo.com/cultura/cpi-aprova-relatorio-do-ecad-4740665>, Acesso em 22 out 2012, 10h35.

4. OS DEVEDORES DE DIREITOS AUTORAIS

A leitura da Lei nº 9.610/98 nos informa as circunstâncias e os fatos geradores de pagamento de direitos autorais. Prevê referida norma legal:

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

§ 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica.

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

§ 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

[...]

O parágrafo terceiro do art. 68 da lei em questão, acima transcrito, nos informa que as clínicas e os hospitais são considerados locais de frequência coletiva e, caso neles sejam executadas obras intelectuais que se enquadrarem em referida legislação, eles deverão pagar direitos autorais, mesmo que tal execução não vise atrair clientela, não tenha objetivo de lucro²⁶ e que seja somente para a distração dos pacientes. Não importa.

A execução das obras “artístico-musicais”, que pode se dar apenas por meio de ambientação musical e de aparelhos de televisão ligados em programas veiculados na TV aberta ou por meio de assinatura, pode se realizar em ambientes coletivos, 26 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 121.729. Terceira Turma. Relator Ministro Eduardo Ribeiro. DJ 15.05.2000. Ementa: Direitos autorais. Utilização de obras musicais para promover exposição agropecuária. A menção a lucro, constante do artigo 73 da Lei 5.988/73, não era de ser interpretada estritamente. A expressão haveria de entender-se de modo amplo, de maneira a abranger qualquer tipo de proveito, ainda que sem significação econômica.

como as salas de espera e as enfermarias, ou mais restritos, como os apartamentos individuais de internação.

Existindo os aparelhos, configurada está a execução de obras intelectuais, fato gerador do pagamento de direitos autorais, pois se entende que a simples disponibilização deles “íntegra e incrementa o conjunto de serviços oferecidos pelos estabelecimentos [quartos de hotéis, no caso], com a exploração das obras artísticas, ainda que não utilizados tais serviços por todos os hóspedes.”²⁷

Não há dúvida no Superior Tribunal de Justiça acerca da caracterização dos hospitais e clínicas como locais de execução pública, pois tal entendimento decorre da mesma norma que assim qualifica hotéis e motéis.²⁸ Nesse sentido, cita-se a seguinte decisão:

CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. SONORIZAÇÃO DE QUARTOS DE HOSPITAL. COBRANÇA DEVIDA. LEI Nº 9.106/98. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL.

1. A Segunda Seção deste Tribunal já decidiu serem devidos direitos autorais pela instalação de televisores dentro de quartos de hotéis ou motéis (REsp nº 556.340/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 11/10/2004).

2. Deve ser estendido para os quartos de clínicas de saúde ou hospitais o mesmo raciocínio desenvolvido para a cobrança de direitos autorais de transmissões em quartos de hotéis ou motéis. Precedentes.

3. Estando o acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência deste Tribunal Superior, fica o recurso especial obstado pela incidência da Súmula 83 do STJ.

*4. Agravo regimental a que se nega provimento.*²⁹

É claro que a cobrança de direitos autorais pressupõe a prova efetiva da existência e disponibilização de aparelhos de rádio e televisão no(s) ambiente(s), seja ele coletivo ou individual, e que eles sejam (e estejam) aptos a difundir obras musicais e imagens e que efetivamente o façam.³⁰

No passado, e não só nele, mas também hoje em dia, sustentava-se que a “mera

27 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.117.391. Segunda Seção. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 30.08.2011.

28 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 791.630. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrichi. DJ 04.09.2006.

29 - Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.061.962. Quarta Turma. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. DJe 31.08.2011.

30 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 900.520. Quarta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJe 03.11.2008.

captação de sinais de televisão enviados por emissora de TV a cabo não podia ser havida como execução pública”, e, deste modo, não haveria falar-se em fato gerador do dever de pagar direitos autorais.

Também se defendia que “o quarto de hotel deve ser equiparado a ‘casa’, para efeito de proteção legal”, que ele não deveria ser considerado locais de frequência coletiva e que nele não havia “execução pública”, “eis que a utilização dos aparelhos de rádio e televisão instalados ocorre somente pelo hóspede que está utilizando o quarto, de forma privada, que assim como ouve o rádio e assiste televisão em sua casa o fará no hotel em que (está) hospedado, sintonizando na emissora que melhor lhe convier, sem qualquer ingerência neste ponto.”³¹

Há que se dizer que o Superior Tribunal de Justiça entendia indevido o pagamento pleiteado pelo ECAD quando vigorava a Lei n. 5.988/73, revogada pela Lei n. 9.610/98 (exceto o seu artigo 17), sob o fundamento de que a utilização dos rádios receptores dentro dos quartos de hotéis não configurava a execução pública das obras, mas sim execução de caráter privado, dependendo da vontade dos hóspedes em promovê-la.^{32 33 34}

As alegações acima mencionadas vingavam em vários Tribunais de Justiça Estaduais^{35 36 37 38}, mas não prevaleceram no Superior Tribunal de Justiça, que mudou

31 - É o que consta do relatório do Recurso Especial n. 1.117.391. Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 30.08.2011.

32 - Vide voto do Ministro Sidnei Beneti no Recurso Especial n. 1.117.391. Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 30.08.2011, que cita julgados neste sentido: EREsp 76.882/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, DJ 16/11/1999; EREsp 45.675/RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Waldemar Zveiter, Segunda Seção, DJ 02/04/2001 e EREsp 97.081/RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Waldemar Zveiter, Segunda Seção, DJ 30/04/2001.

33 - Vide voto do Ministro Barros Monteiro no Recurso Especial n. 542.112. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Barros Monteiro. DJe 17.10.2005, que cita julgados neste sentido: REsp n. 165.729-SP, relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, no que tange ao rádio receptor; e REsp n. 209.832-SP, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, quanto a aparelho de televisão).

34 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 215.917. Terceira Turma. Relator Ministro Eduardo Ribeiro. DJ 17.12.1999. Ementa: Direitos autorais. Apartamento de hotéis. Aparelhos de televisão. Não são devidos direitos autorais pela empresa administradora de hotel que coloca, nos apartamentos, aparelhos receptores de rádio ou televisão, à disposição dos hóspedes. Precedente da Segunda Seção (ERESP 45.675). Ressalva do ponto de vista do relator.

35 - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0002208-69.2010.8.26.0595. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Teixeira Leite. Julgamento em 14.06.2012.

36 - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 9069144-98.2006.8.26.000. Sétima Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Miguel Brandi. Julgamento em 05.10.2011.

37 - Por outro lado, cite-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, ao analisar recurso de apelação interposto pela Sociedade Espanhola de Beneficência – Hospital Espanhol, se dobrou ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça: Apelação Cível n. 2008.001.38856, Oitava Câmara Cível, Relator Desembargador Orlando Secco, julgamento de 28.10.2008.

38 - Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Apelação Cível n° 52.979, Segunda Câmara Cível,

seu posicionamento a partir da entrada em vigor da Lei n. 9.610, em 20 de junho de 1998, e as afastou por completo por meio de numerosos julgados, basicamente em razão do previsto no parágrafo terceiro do artigo 68 de tal lei, que considerou os hotéis, motéis e assemelhados, inclusive seus quartos privativos^{39 40}, como locais

Relatora Desembargadora Clarice Claudino da Silva. Julgamento em 29.11.2007.

39 - A confirmar este entendimento: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 740.358. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. DJ 19.03.2007.

40 - Há divergência de entendimento, mesmo que vencida, acerca do fato de os quartos individuais serem considerados públicos. Afirmou o Ministro Massami Uyeda: “Conquanto os “motéis” estejam descritos pela norma legal como sendo locais de frequência coletiva (artigo 68, § 3º, da Lei n. 9.610/98), o mesmo não se dá com relação aos seus cômodos individuais. Deve-se, portanto, averiguar se os quartos dos referidos estabelecimentos podem ser considerados como “locais de frequência coletiva”. Se a resposta for afirmativa, não há qualquer vício ou ilegalidade na cobrança pela execução das obras em seus interiores, do contrário, há que se afastar a exação. Analisando detidamente a questão, tenho que os quartos de motéis não podem ser concebidos como “locais de frequência coletiva”, isto porque, em verdade, estes ambientes equiparam-se, no momento de sua utilização pelos hóspedes, a um local privado, íntimo, igualando-se a uma casa para efeito de tutela.

Ora, se não é legítima a cobrança decorrente da exploração de direitos autorais dentro de uma residência privada, não é de se admiti-la se o mesmo ocorrer dentro de um quarto de motel. De fato, para efeito de tutela jurídica o termo “casa” deve ser compreendido de forma ampla, visto que nada mais reflete do que a projeção espacial da pessoa humana (Mendes, Gilmar Ferreira. et al. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 389). É irrelevante, portanto, que a moradia seja fixa ou não (um motor home, um navio, caminhão, por exemplo) ou que se trate de um aposento de habitação coletiva, como os quartos de hotel, motel ou, ainda, pensões (Miranda, Rosângelo de. A proteção constitucional da vida provada. apud Mendes, Gilmar Ferreira. et al. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 389). Não se pode, portanto, confundir um local de frequência coletiva, como por exemplo, um motel, com um ambiente de habitação coletiva, como os cômodos individuais, os quais, quando ocupados, devem ser resguardados, porquanto, diga-se, delimitam geograficamente um espaço dentro do qual o indivíduo exerce e desfruta de sua privacidade, a qual, segundo Tércio Sampaio Ferraz, consiste em: “um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país; cujo conteúdo é a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a moral do titular” (Ferraz, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 1, p. 77). Assim é que um quarto de motel, ambiente de habitação coletiva, é, em verdade, um recinto onde as pessoas buscam privacidade e, por mais transitória que seja a permanência em seus interiores, são protegidos da mesma maneira que uma residência particular. Observa-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que: “(...) o conceito de ‘casa’, para fim de proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo (HC 82.788/RJ, Rel. Min. Celso de Mello – RE 251.445/GO, Rel. Min. Celso de Mello), pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce uma profissão. Esse amplo sentido conceitual da noção jurídica de ‘casa’ revela-se plenamente consensuado com a exigência de proteção à esfera de liberdade individual e privacidade pessoal (RT 214/409 - RT 277/573 - RT 635/341)” (RCH 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/2007).” Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.088.045. Terceira Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. Dje 23.10.2009. Voto vencido do mesmo ministro, idêntico, também vencido, foi proferido no Recurso Especial n. 740.358. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma.

de frequência coletiva e que a execução de obras artísticas neles seria pública (§ 2º do art. 68 da lei em questão). Entenderam os magistrados que “a intenção do legislador foi ampliar a proteção dada aos titulares dos direitos autorais ante a exploração comercial das criações intelectuais.”⁴¹

O Superior Tribunal de Justiça, em 1992, editou a Súmula n. 63, assim redigida:

Direito Autoral - Retransmissão Radiofônica de Música - Estabelecimentos Comerciais.

São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônicas de músicas em estabelecimentos comerciais.

Eis a ementa dos julgados que originaram a edição da Súmula acima mencionada:

CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. MÚSICA AMBIENTE. RETRANSMISSÃO RADIOFONICA.

A retransmissão ⁴²de música, para a sonorização de ambiente, em estabelecimento comercial, pela evidência de lucro, está sujeita a autorização, estando a aprovação da transmissão condicionada a prova do pagamento do valor correspondente aos direitos autorais.

DIREITOS AUTORAIS. MÚSICA AMBIENTE EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. RETRANSMISSÃO. PAGAMENTO DEVIDO. ORIENTAÇÃO FIRMADA. PRECEDENTES.

*Entende a Seção de Direito Privado, por maioria, que a utilização de música em estabelecimento comercial, mesmo quando em retransmissão radiofônica, está sujeita ao pagamento de direitos autorais, por caracterizado o lucro indireto, através da captação de clientela.*⁴³

Coube ao ministro Carlos Alberto Menezes Direito, do Superior Tribunal de Justiça, relatar o Recurso Especial n. 556.340, assim ementado:

DIREITO AUTORAL. APARELHOS DE RÁDIO E DE TELEVISÃO NOS QUARTOS DE MOTEL. COMPROVAÇÃO DA FILIAÇÃO. LEGITIMIDADE DO ECAD. SÚMULA Nº 63 DA CORTE. LEI Nº 9.610, DE 19/2/98.

Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. DJ 19.03.2007.

41 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.117.391. Segunda Seção. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 30.08.2011.

42 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 16.131. Terceira Turma. Relator Ministro Dias Trindade. DJ 05.10.1992.

43 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 11.718. Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 01.06.1992.

1. A Corte já assentou não ser necessária a comprovação da filiação dos autores para que o ECAD faça a cobrança dos direitos autorais.

2. A Lei n° 9.610/98 não autoriza que a disponibilidade de aparelhos de rádio ou de televisão nos quartos de motéis e hotéis, lugares de frequência coletiva, escape da incidência da Súmula n° 63 da Corte.

3. Recurso especial conhecido e provido.⁴⁴

O saudoso ministro traçou de forma nítida as diretrizes nas quais o Superior Tribunal de Justiça firmava seus julgados, além de ter distinguindo as diferenças entre os períodos de vigência das Leis n. 5.988/73 e 9.610/98, tendo ele sido acompanhado unanimemente pelos seus pares naquela oportunidade.

Afirmou o ministro, de forma ampla e abrangente:

No que concerne ao mérito, na minha compreensão, creio necessário novo exame da questão diante da Lei n° 9.610/98, considerando que a jurisprudência cobrindo a decisão do Tribunal de origem foi formada diante da antiga Lei.

De fato, a vigente legislação de direito autoral já no art. 29, VIII, estabelece que depende de prévia e expressa autorização do autor da obra, “por quaisquer modalidades”, indicando dentre outras a “utilização, direta ou indireta” da obra mediante “emprego de alto-falante ou de sistemas análogos”, “radiodifusão sonora ou televisiva”, “captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva”, “sonorização ambiental”, “a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado”, “emprego de satélites artificiais”, “emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados”.

Por outro lado, o art. 68, § 2º, conceitua execução pública como a “utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica”.

E o § 3º, indica como locais de frequência coletiva “os teatros, cinemas, salões de baile, concerto, boates, bares clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas”.

44 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 556.340. Segunda Seção. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 11.10.2004. p. 231.

Vê-se, portanto, que a nova legislação quis impor uma disciplina bem mais estrita para impedir que os titulares dos direitos autorais fossem prejudicados.

Até mesmo o velho conceito de lucro direto ou indireto deixou de vigor. O que importa na nova Lei é a vedação para que a comunicação ao público, por qualquer meio ou processo, nos locais de frequência coletiva, pudesse ser feita sem o pagamento dos direitos autorais.

No caso, um motel, dúvida não existe de que há utilização nos apartamentos das obras como serviço para o deleite daqueles que nele se encontram, o que é suficiente para que se reconheça o direito dos titulares ao recebimento dos valores correspondentes.

Como bem anotado pelo ECAD, verifica-se que “no ramo de motéis, atividade da Requerente, que o tipo de utilização é a execução pública por meio de aparelhos com a finalidade de proporcionar sonorização ambiental ou a exibição de obras audiovisuais nos aposentos colocados à disposição do público” (fl. 49).

Por outro lado, não se pode pensar que nos termos da Lei os motéis não sejam considerados locais de frequência coletiva, porque não se pode confundir o conceito para identificá-lo com espetáculos públicos, ou seja, com a presença de muitas pessoas no local. Isso, com todo respeito, é um equívoco que o legislador não cometeu. Basta a leitura do art. 68 da Lei nº 9.610/98 para espantar essa dificuldade. Lá estão bem claros os conceitos de representação pública, de execução pública e de frequência coletiva. E neste último estão incluídos os hotéis e motéis, espalhado o conceito para outros lugares, ou como diz a Lei “ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas”, como antes indicado.

Essa nova disciplina é muito objetiva. Considera que os motéis e os hotéis são lugares de frequência coletiva, não se podendo imaginar que a nomenclatura destine-se a marcar em tais sítios apenas aqueles lugares comuns, porque tal interpretação, com todo respeito, não está conforme ao que dispõe a Lei.

O legislador incluiu os hotéis e motéis dentre aqueles lugares considerados como de frequência coletiva e, ainda, especificou que se tratava de representação, execução ou transmissão de obras literárias, artísticas ou científicas. Ora, a junção dos dois conceitos legais afasta na nova Lei a circunstância de haver tão-somente os aparelhos de rádio ou de televisão, porque existe em qualquer caso a transmissão de obras protegidas pelo direito autoral. Não se trata mais de criar a diferença do modo de retransmissão, tal o substrato da antiga jurisprudência. Agora o que importa é que exista a transmissão em local de frequência coletiva, isto é, naqueles locais que a Lei indicou como tal, incluídos os motéis e os hotéis.

Demais disso, não se pode imaginar que, por exemplo, as televisões estejam nos quartos exclusivamente para a transmissão dos canais abertos, mas, também, in-

cluem, e nos motéis necessariamente, a transmissão de fitas de vídeo, para diversão dos hóspedes. Aqui está a utilização da obra de titular de direito autoral sem o pagamento devido. O mesmo se diga para os aparelhos de rádio, considerando que transmitem obras musicais, particularmente nos motéis e hotéis com o objetivo de entretenimento dos hóspedes.

No caso, a própria inicial menciona, expressamente, que “não tem cabimento, assim, a exigência de pagamento de direito autoral pretendida, tendo em vista que o motel tem apenas disponibilizado aparelhos de televisão e rádio à disposição dos hóspedes. A disponibilização de aparelhos de rádio em quartos de hotéis assemelha-se a de aparelhos de televisão, sendo que nos dois casos o hóspede é quem decide qual o canal a sintonizar, não havendo neste caso, retransmissão que justifique a cobrança ” (fl. 04).

Não se cuida, repita-se, de retransmissão, mas, sim, de transmissão. Se a própria Lei tratou de sanar a controvérsia para impor o pagamento desde que haja a transmissão, indicando quais os locais de frequência coletiva, incluindo como tais os motéis e hotéis “ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas”, dúvida não pode haver de que a nova Lei não cobre a diferença entre os modos de retransmissão, de maneira a isentar do pagamento de direitos autorais os hotéis e motéis que ponham à disposição dos hóspedes os aparelhos de televisão e de rádio, que efetivamente transmitem obras dos criadores do espírito. Veja-se que o art. 29, antes citado fala da “utilização, direta ou indireta” da obra mediante “emprego de alto-falante ou de sistemas análogos”, “radiodifusão sonora ou televisiva”, “captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva”, “sonorização ambiental”, “a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado”, “emprego de satélites artificiais”, “emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados” (os negritos são do Relator).

Há, destarte, um detalhamento distinguindo as diversas hipóteses de modo a impedir que prevaleça qualquer distinção em sentido oposto à proteção das obras protegidas pela legislação especial.

Com isso, na minha compreensão, fica superada a jurisprudência fixada nessa Segunda Seção ao tempo da Lei antiga que afasta da cobrança dos direitos autorais em casos como o presente, ou seja, quando o estabelecimento hoteleiro põe à disposição do hóspede o aparelho de rádio ou televisão (EREsp nº 45.675/RJ, Relator para o acórdão o Senhor Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 2/4/01, EREsp nº 97.081/RJ, Relator para o acórdão o Senhor Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 30/4/01).

A Lei nova, na minha compreensão, não mais autoriza que tais situações escapem da Súmula nº 63 desta Corte, diante da expressa manifestação do legislador

*de 1998 voltada para a integral proteção dos direitos autorais, prestigiando a vida cultural e a proteção dos titulares, dos criadores do espírito.*⁴⁵

O estudo de dezenas de julgados leva à inegável conclusão que esta linha de raciocínio adotada é a que prevalece até os dias de hoje, até porque, segundo o Ministro Sidnei Beneti, do Superior Tribunal de Justiça,

[...] é importante para a tranquilidade das relações sociais que haja estabilidade na orientação interpretativa das relações jurídicas no país. A matéria já foi julgada, há cinco anos, pela C. 2ª Seção deste Tribunal, a qual reúne ambas as Turmas de Direito privado, de modo que já estabilizada a orientação jurisprudencial a respeito. [...] A legislação não mudou, de modo que não há razão para alterar a orientação já firmada.

Persistindo o art. 68, § 3º, da Lei nº 8.610/98 a caracterizar o todo, isto é, o motel, como local de frequência coletiva, não há como escandir esse todo em suas diversas partes, para excluir os quartos da caracterização legal de frequência coletiva ou distinguir entre suas diversas dependências.

Nem há argumentos novos capazes de fazer derruir a solidez de todos os fundamentos do julgado – a que se reporta este voto.

O debate ao nível infra-constitucional deve ser levado ao Poder Legislativo, pelos setores envolvidos. Se alterada a lei de regência, naturalmente o Poder Judiciário aplicará novos termos legais. Mas, sem a alteração da lei, não há razão para reabrir o debate a respeito de jurisprudência já estabilizada.

A esta altura, os agentes setoriais da sociedade brasileira já estarão, em regra, adequados, ou adequando-se ao sentido do precedente, inclusive quanto aos custos envolvidos na exploração comercial da atividade.

Não será razoável, data venia, voltar a convulsionar as relações jurídicas envolvidas pela matéria, com a reabertura da judicialização da discussão sobre ela.

[...]

O julgamento discrepante de orientação firmada pela C. 2ª Seção seria desincentivo à observância do precedente de mais elevada qualificação deste Tribunal em matéria de Direito Privado. Se este Tribunal pretende que sua jurisprudência seja observada pela Magistratura e pela sociedade, deve provir o exemplo de atendimento.

Reafirmando o imenso respeito pelo pensamento do E. Ministro Relator, pelo meu voto dá-se provimento ao Recurso Especial, nos termos do julgado pelo REsp. 556.340/MG, 2ª Seção, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ

45 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 556.340. 2ª Seção. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 11.10.2004. p. 231.

11.10.2004.⁴⁶

O Ministro Luís Felipe Salomão, também do STJ, defende o acatamento de precedentes do Tribunal e afirma que “após a edição da Lei 9.610/98, a jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido da legitimidade de cobrança do direito autoral pela disponibilização de aparelhos de rádio e televisão em quartos de motel, em paradigmático precedente da Segunda Seção, assim ementado: [...]”⁴⁷ Ele cita o Recurso Especial n. 556.340, aqui já referenciado.

Exemplificamos a posição atualmente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto com os seguintes julgados, dentre vários outros que poderiam ser aqui colacionados⁴⁸:

DIREITOS AUTORAIS. RECURSO ESPECIAL. ECAD. CLÍNICA MÉDICA. LEGITIMIDADE DE COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO AUTORAL POR EXIBIÇÃO PÚBLICA DE OBRA ARTÍSTICA.

1. A Lei de Direitos Autorais, regulando a matéria de forma extensiva e estrita, aboliu o auferimento de lucro direto ou indireto pela exibição da obra como critério indicador do dever de pagar retribuição autoral, erigindo como fato gerador da contribuição tão somente a circunstância de se ter promovido a exibição pública de obra artística em local de frequência coletiva, por quaisquer processos - inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade (art. 68, § 2º, da Lei 9.610/1998).

2. Por seu turno, o parágrafo 3º do mesmo dispositivo enumera uma série de locais considerados como de frequência coletiva, entre eles as clínicas e hospitais.

3. A cobrança da retribuição autoral, no caso sob análise, mostra-se legítima, uma vez que é fato incontroverso nos autos que a recorrida - clínica médica de ortopedia e fisioterapia - disponibiliza, em sua sala de espera, aparelhos de televisão como forma de entretenimento dos clientes. Incidência da Súmula 63 do STJ: “São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais”.

46 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.088.045. Terceira Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 23.10.2009.

47 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.067.706. Quarta Turma. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. DJe 19.06.2012.

48 - Neste sentido, citam-se as seguintes decisões do STJ: Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 977.715, Terceira Turma, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJe 10.02.2009; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 957.081, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJe 12.05.2008; Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Agravo de Instrumento n. 938.715, Relator Ministra Nancy Andriighi, DJe 23.05.2008; Agravo Regimental no Recurso Especial n. 809.766, Quarta Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe 22.03.2010; Recurso Especial n. 174.464, Quarta Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ 16.06.2003.

4. Recurso especial provido.⁴⁹

AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL. DIREITOS AUTORAIS. TELEVISORES E RÁDIOS EM QUARTOS DE HOTEL. SERVIÇOS PRESTADOS PELOS MEIOS DE HOSPEDAGEM. EXPLORAÇÃO DE OBRAS ARTÍSTICAS. PAGAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS.

1.- São devidos, os pagamentos referentes aos direitos autorais em razão da disponibilização de televisores e rádios dentro dos quartos de hotéis, por configurarem exploração de obras artísticas para incremento dos serviços prestados pelo meios de hospedagem.

2.- Agravo Regimental a que se nega provimento.⁵⁰

RECURSO ESPECIAL. DIREITOS AUTORAIS. TELEVISORES E RÁDIOS EM QUARTOS DE HOTEL. SERVIÇOS PRESTADOS PELOS MEIOS DE HOSPEDAGEM. EXPLORAÇÃO DE OBRAS ARTÍSTICAS. PAGAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS. RECURSO PROVIDO.

I - São devidos, os pagamentos referentes aos direitos autorais em razão da disponibilização de televisores e rádios dentro dos quartos de hotéis, por configurarem exploração de obras artísticas para incremento dos serviços prestados pelo meios de hospedagem.

II - Orientação firmada sob a égide da lei 9.610/98, que constitui a base legal de regência do caso, visto que sobre ela focalizou-se o debate nos autos, como legislação invocada pela inicial, sentença, Acórdão recorrido e pelo Recurso Especial, não sendo o processo, por falta de prequestionamento, apto ao julgamento a respeito do disposto no art. 23 da Lei 11.771/08.

Recurso Especial do ECAD provido.⁵¹

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAIS. ECAD. APARELHOS DE TV EM CLÍNICAS. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

I. Nos termos da jurisprudência do STJ, “A Lei nº 9.610/98 não autoriza que a disponibilidade de aparelhos de rádio ou de televisão nos quartos de hotéis e motéis, lugares de frequência coletiva, escape da incidência da Súmula nº 63 da Corte” (Segunda Seção, REsp 556340/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 11/10/2004 p. 231).

II. A aplicação da multa prevista no artigo 109 da Lei n.º 9.610/98 demanda

49 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.067.706. Quarta Turma. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. DJe 19.06.2012.

50 - Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.261.136. Terceira Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 27.06.2012.

51 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.117.391. Segunda Seção. Relator Ministro Sidnei Beneti. DJe 30.08.2011.

a existência de má-fé e intenção ilícita de usurpar os direitos autorais, aqui incoerentes. Precedentes do STJ.

III. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido, para afastar a multa.⁵²

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. OBRA MUSICAL. QUARTO DE MOTEL. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 458 II, e 535, II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA.

[...]

5. Atualmente a jurisprudência desta Corte Superior tem entendido que os quartos de hotéis e motéis são considerados lugares de frequência coletiva para efeito de cobrança de direitos autorais, quando equipados com aparelhos de rádio ou televisão. Incidência da Súmula 63/STJ.

6. A sanção de multa do art. 109 da Lei n. 9.610/98, não se aplica à espécie, posto inexistir procedimento doloso que a justificasse e amparasse.

7. Recurso Especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido parcialmente apenas para excluir a imposição da multa do art. 109 da Lei n. 9.610/98.⁵³

DIREITO AUTORAL. APARELHOS DE RÁDIO E DE TELEVISÃO EM QUARTOS DE MOTEL. COBRANÇA DEVIDA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 63 DESTA CORTE. PRECEDENTES.

I. Consoante afirmado pela Segunda Seção desta Corte no julgamento do REsp 556340/MG (Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 11/10/04), os quartos de motéis ou hotéis, devem ser considerados lugares de frequência coletiva para efeito de cobrança de direitos autorais quando equipados com aparelhos de rádio ou televisão.

Incidência da Súmula 63/STJ.

II - Sem que tenha havido mudança da legislação de regência, não há motivo para revisar a orientação já afirmada e com a qual já se adequaram ou devem estar se adequando inúmeros estabelecimentos comerciais.

III - A fase histórica do Poder Judiciário nacional, visando à tranqüilidade da sociedade brasileira, exige o desenvolvimento de uma doutrina brasileira de stare decisis et non quieta movere. Nesse sentido vem sendo construído o novo edifício

52 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 742.426. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho. DJe 15.03.2010.

53 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 704.459. Quarta Turma. Relator Ministro Honil-do Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP). DJe 08.03.2010.

*jurídico nacional, por intermédio de normas constitucionais e infra-constitucionais recentes – como, por exemplo, as Leis das Súmulas Vinculantes, da Repercussão Geral e dos Recursos Repetitivos. Recurso Especial a que se dá provimento.*⁵⁴

CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. DIREITO AUTORAL. MOTEL. APARELHO RÁDIORRECEPTOR E TELEVISORES INDEPENDENTES INSTALADOS NOS APARTAMENTOS. DIREITO DO ECAD RECONHECIDO. LEI N. 9.610/98, ART. 68, § 3º.

I. Legítima a cobrança de direitos autorais relativamente a aparelhos rádiorreceptores e televisores independentes instalados nas acomodações individuais de motel, na dicção do art. 68, § 3º, da Lei n. 9.610/98.

II. Precedente da Segunda Seção do STJ (REsp n. 556.340/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 11.10.2004).

*III. Recurso especial conhecido e provido.*⁵⁵

DIREITO CIVIL. ECAD. INSTALAÇÃO DE TELEVISORES DENTRO DE APARTAMENTOS PRIVATIVOS EM CLÍNICAS DE SAÚDE. NECESSIDADE DE REMUNERAÇÃO PELOS DIREITOS AUTORAIS.

- A Segunda Seção deste Tribunal já decidiu serem devidos direitos autorais pela instalação de televisores dentro de quartos de hotéis ou motéis (REsp nº 556.340/MG).

- O que motivou esse julgamento foi o fato de que a Lei nº 9.610/98 não considera mais relevante aferir lucro direto ou indireto pela exibição de obra, mas tão somente a circunstância de se ter promovido sua exibição pública em loca de frequência coletiva.

*- O mesmo raciocínio, portanto, deve ser estendido a clínicas de saúde ou hospitais, já que nenhuma peculiaridade justificaria tratamento diferenciado para estas hipóteses. Recurso especial conhecido e provido.*⁵⁶

CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. DIREITO AUTORAL. MOTEL. APARELHO RÁDIORRECEPTOR E TELEVISORES INDEPENDENTES INSTALADOS NOS APARTAMENTOS. DIREITO DO ECAD RECONHECIDO. LEI N. 9.610/98, ART. 68, § 3º.

I. Legítima a cobrança de direitos autorais relativamente a aparelhos rádiorreceptores e televisores independentes instalados nas acomodações individuais de motel, na dicção do art. 68, § 3º, da Lei n. 9.610/98.

54 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.088.045. Terceira Turma. Relator Ministro Massami Uyeda. Relator para o acórdão Ministro Sidnei Beneti. DJe 23.10.2009.

55 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 740358. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho. DJ 19.03.2007.

56 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 791.630. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJ 04.09.2006.

II. Precedente da Segunda Seção do STJ (REsp n. 556.340/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 11.10.2004).

III. Recurso especial conhecido e provido.⁵⁷

DIREITOS AUTORAIS. RÁDIO RECEPTOR E APARELHO DE TV DISPONÍVEIS AOS HÓSPEDES EM APOSENTOS DE HOTEL. EXIGIBILIDADE A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI N. 9.610, DE 19.2.1998.

– *Consoante a Lei n. 9.610, de 19.1.1998, a disponibilização de aparelhos de rádio e de TV em quartos de hotel, lugares de frequência coletiva, sujeita o estabelecimento comercial ao pagamento dos direitos autorais. Precedente da Segunda Seção: Resp. n. 556.340-MG.*

– *Descabimento da multa prevista no art. 109 da Lei n. 9.610/98 (REsp 439.441-MG). Recurso especial conhecido e parcialmente provido.⁵⁸*

Apesar de todo o arcabouço jurisprudencial acima delineado, o Ministro Massami Uyeda, do Superior Tribunal de Justiça, insistentemente desafia o entendimento geral e defende firmemente que não seria devido o pagamento de direitos autorais quando a execução das obras intelectuais se der em quartos privativos de hotéis, motéis ou de hospitais, principalmente daqueles que não têm finalidade lucrativa.

Sustenta o ministro que “um quarto, como espaço em que uma (ou mais) pessoa(s) busca(m) privacidade, não pode ser compreendido como local de frequência coletiva. Por mais transitório que seja o lapso a que esteja submetida a posse do dormitório (de hotel ou de motel), somente poderá ingressar no espaço delimitado pelo cômodo se o(s) possuidor(es) assim o permitir(em). Nesta hipótese, ocorre a proteção dos aposentos de modo individualizado, como se fosse uma residência particular” e que “[...] pretender-se a extensão da natureza de espaço público a quartos individualizados de hotéis [...] extrapola os limites do razoável.” Eis a ementa de Agravo Regimental em Recurso Especial relatado por ele:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL — DIREITO AUTORAL — LEI N. 9.610/98, ART. 68, CAPUT (“EXECUÇÕES PÚBLICAS”) — LEI N. 9.610/98, ART. 68, § 3º (“LOCAIS DE FREQUÊNCIA COLETIVA” [HOTÉIS, MOTÉIS]) — QUARTO INDIVIDUALIZADO — IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA — EXEGESE.

57 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 740.358. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho. DJ 19.03.2007.

58 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 542.112. Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. DJ 17.10.2005.

I – As áreas comuns (corredores, halls e saguões), de livre acesso, franqueado a todos, são realmente espaços públicos por natureza.

II – Entretanto, pretender-se a extensão da natureza de espaço público a quartos individualizados, sejam tanto de hotéis quanto de motéis, tal entendimento extrapola os limites da razoabilidade.

III – Na desarmonia entre as previsões do caput e do parágrafo do mesmo artigo de lei, deverá prevalecer o primeiro, por questão de hermenêutica jurídica.

IV – Um quarto, como espaço em que se busca a privacidade, não pode ser compreendido como local de frequência coletiva. Apesar da transitoriedade da posse do quarto (de hotel ou de motel), somente poderá ingressar no espaço delimitado pelo quarto se o possuidor

assim o permitir. Nesses termos, ocorre a proteção dos aposentos de modo individualizado, como se fosse uma residência particular.

V – Agravo Regimental provido. Decisão original reconsiderada. Recurso Especial não conhecido.⁵⁹

Verifica-se de outro julgado da Corte Superior que, em alguns casos muito específicos, ela não entende como devido o pagamento de direitos autorais. Em março de 2011, o Superior Tribunal de Justiça isentou a Mitra Arquidiocesana de Vitória de pagar valores a título de direitos autorais por ter havido execução de música num evento religioso sem fins lucrativos, de pequenas proporções e com entrada gratuita, realizado numa escola.

Neste julgamento, o Ministro Massami Uyeda afirmou que o voto do Relator do processo “[...] dá uma nova visão, permite um estudo, um aperfeiçoamento das posições. Tínhamos, até agora, uma posição muito rígida, que vinha da decisão da Corte Especial, e aquilo resistiu por algum tempo. Com essa renovação que se faz, dos quadros dos Ministros, é natural essa mudança de observação”.

O Ministro Massami Uyeda contextualizou o julgamento e afirmou que “[...] a angulação pela qual o eminente Relator dá o enfoque à matéria, inclusive trazendo a Convenção de Berna, que tem eficácia dentro do território nacional, mostra que essa questão determina a colidência dos princípios constitucionais. É um tema bem atual. Aliás, a evolução da jurisprudência e a própria doutrina está caminhando nesse sentido de que, no final, tudo se trata da ponderação, do equilíbrio na aplicação desses princípios. Tudo se resume a princípios, como naquele caso anterior que fiz do direito fundamental à intimidade e o direito à própria vida, uma colidência de princípios.”

⁵⁹ - Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Relator Ministro Massami Uyeda. DJe 04.08.2009.

Eis a ementa de tal julgado:

RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO- ECAD. EXECUÇÕES MUSICAIS E SONORIZAÇÕES AMBIENTAIS. EVENTO REALIZADO EM ESCOLA, SEM FINS LUCRATIVOS, COM ENTRADA GRATUITA E FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE RELIGIOSA.

I - Controvérsia em torno da possibilidade de cobrança de direitos autorais de entidade religiosa pela realização de execuções musicais e sonorizações ambientais em escola, abrindo o Ano Vocacional, evento religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita.

II - Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião.

III - O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais.

III - Utilização, como critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos ('three step test'), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMC/TRIPS.

IV - Reconhecimento, no caso dos autos, nos termos das convenções internacionais, que a limitação da incidência dos direitos autorais "não conflita com a utilização comercial normal de obra" e "não prejudica injustificadamente os interesses do autor".

V - Recurso Especial parcialmente provido.⁶⁰

A forma de se calcular o valor a ser pago a título de direito autoral também é definida pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula n. 261, editada em 2002, assim redigida: "A cobrança de direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas, em estabelecimentos hoteleiros, deve ser feita conforme a taxa média de utilização do equipamento, apurada em liquidação."

A Corte Superior também se manifestou quanto à obrigatoriedade de pagamento das prestações relativas a direito autoral que se venceram durante a trami-

⁶⁰ - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 964.404. Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 23.05.2011.

tação da eventual ação de cobrança promovida pelo ECAD, até a data da sentença. No sentido de acolhimento desta tese citamos os Recursos Especiais n. 604.464⁶¹, 158.273⁶², 146.423⁶³, 157.195⁶⁴ e 126.809⁶⁵.

5. O DESCABIMENTO DE APLICAÇÃO DE MULTA

Consta da Lei n. 9.610/98 que a execução pública feita em desacordo com os seus artigos n. 68, 97, 98 e 99 sujeitará os responsáveis a multa de vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago. (art. 109) Além disso, pela violação de direitos autorais nos espetáculos e audições públicas, os proprietários, diretores, gerentes, empresários e arrendatários de locais públicos respondem solidariamente com os organizadores dos espetáculos. (art. 110)

O ECAD sempre tenta fazer com que o Judiciário aplique referida multa quando os estabelecimentos devedores não tiverem recolhido os direitos autorais de forma espontânea.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que referida multa somente seria devida na hipótese de o devedor agir de má-fé, de forma ilícita, com intenção (doloso, portanto) de usurpação do direito autoral.

O marco deste posicionamento da Corte Superior pode ser obtido do julgamento do Recurso Especial n. 439.441, assim ementado:

CIVIL E PROCESSUAL. DIREITO AUTORAL. SONORIZAÇÃO MECÂNICA. ACADEMIA DE GINÁSTICA. CONDENAÇÃO. MULTA INDEVIDA. LEI N. 9.610/98, ART. 109. LICC, ART. 5º. CPC, ART. 209. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS NS. 282 E 356-STF.

I. A elevada multa prevista no art. 109 da novel Lei n. 9.610, equivalente a vinte vezes o valor devido originariamente, não é de ser aplicada a qualquer situação indistintamente, porquanto objetiva, por seu caráter punitivo e severa consequência, não propriamente penalizar atraso ou omissão do usuário, mas, sim, a ação de má-fé, ilícita, de usurpação do direito autoral, o que não se revela na hipótese, em que o estabelecimento comercial, modesto, utilizava a sonorização mecânica apenas como elemento coadjuvante da atividade fim, sem intenção fraudulenta direta, como se dá em casos de contrafação mediante produção de cópias desautorizadas de fitas e “CD”.

61 - Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. DJ 03.05.2004.

62 - Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Relator Ministro Ari Pargendler. DJ 21.02.2000.

63 - Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 30.11.1998.

64 - Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 29.03.1999.

65 - Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. DJ 18.10.2000.

II. Temperamento que se põe na aplicação da lei, sob pena de se inviabilizar a própria atividade econômica desenvolvida pelo usuário, com prejuízo geral, em contrário ao princípio insculpido no art. 5º da LICC.

[...]

*IV. Recurso especial não conhecido.*⁶⁶

O Ministro relator do processo acima mencionado sustentou no seu voto que “a penalidade prevista no sobredito art. 109 é, indubitavelmente, um ônus imenso, pelo que merece ser interpretada com tempero e limites, sob pena de se transformar em instrumento de inviabilização da atividade econômica, mormente de pequenos estabelecimentos comerciais, como no caso dos autos – uma modesta academia de ginástica de 100 m² (fl. 129) – em que o valor a que foi condenada pelo uso de música em suas instalações (R\$ 3.809,25 em outubro/2000), multiplicado por vinte (R\$ 76.185,00), poderia até determinar o cerramento de suas portas. Há de se ter em conta, pois, o princípio previsto no art. 5º da LICC.” E concluiu ele:

Tenho, pois, que tal multa, que é desmedida, somente cabe em hipóteses extremas, de ações de má-fé, como contrafações evidentes, com intuito de lucro ilícito, pela usurpação de direitos autorais, vg. produção de CDs e fitas “piratas”, em que deve, mesmo, haver o banimento da atividade lesiva. A mera sonorização ambiental, de forma coadjuvante no exercício da atividade econômica, não pode receber a mesma punição vigorosa, sob pena de se tratar de forma igual, situações desiguais.

Observe-se, a propósito, que, na espécie, a academia de ginástica estava inclusive inscrita como contribuinte ao ECAD (fl. 31), o que, por si só, afasta a possibilidade de ação de má-fé ou ilícita.

O que aconteceu, tal como corretamente concluiu o eminente relator do aresto a quo, foi o não pagamento atempado dos direitos, daí o cabimento da cobrança do que é devido, porém não da multa, cuja finalidade é a de coibir a usurpação propriamente dita.

Se assim não se entender, como se imaginar que um simples atraso, um inadimplemento, poderia gerar uma pena acessória vinte vezes superior ao da obrigação principal, em tempos em que o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, com a alteração da Lei n. 9.298/96, a limita a 2%, e o Código Civil ao valor da obrigação, no estabelecimento da cláusula penal (art. 920)?

66 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 439.441. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. DJ 10.03.2003.

*A lembrar, ainda, a orientação do novel Código Civil a respeito, a entrar em vigor brevemente, que em seu art. 413 admite a redução equitativa, pelo juiz, da cláusula penal, quando configurado o montante excessivo da multa.*⁶⁷

Esta postura da Corte Superior se consolidou em diversos julgados que se seguiram, como, por exemplo, nos Recursos Especiais n. 542.112⁶⁸, 627.650⁶⁹, 329.860⁷⁰ e 704.459⁷¹.

6. CONCLUSÃO

Pode-se não concordar ou mesmo se questionar a justiça e/ou correção promovida pela Lei n. 9.610/98 a respeito da cobrança dos direitos autorais no Brasil. Também se pode questionar o monopólio que o ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição detém, há décadas, na arrecadação dos direitos autorais e os critérios que servem como base de cálculo para aferição dos valores a serem pagos. Aliás o Congresso Nacional discute e investiga exatamente essas questões, por meio de Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada no âmbito daquela casa de poder.

Entretanto, o fato é que a lei acima mencionada vige e eventual alteração a respeito das suas previsões somente se dará por legislação superveniente, que venha a alterar os seus atuais ditames. Enquanto isso não acontece, há que se cumprir integralmente o que a norma legal prevê.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento bastante consolidado a respeito da forma de interpretação e aplicação da Lei n. 9.610/98, conforme exposto neste artigo. Referida Corte decidiu que a execução pública de obras intelectuais em locais de frequência coletiva faz surgir a obrigação de pagamento de direitos autorais e que quartos (apartamentos ou aposentos) individuais utilizados para hospedagem em hotéis, motéis ou mesmo hospitais e clínicas, estão abrangidos por esta obrigatoriedade.

Há corrente minoritária no Superior Tribunal de Justiça que defende a exclusão dos quartos individuais do conceito de frequência coletiva, diante da privacidade que lhes é peculiar, sendo que os argumentos jurídicos por ela utilizados são bastante consistentes e lógicos. Porém, prevalece o entendimento da corrente

67 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 439.441. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. DJ 10.03.2003.

68 - Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. DJ 17.10.2005.

69 - Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 19.12.2005.

70 - Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. DJ 01.02.2005.

71 - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 704.459. Quarta Turma. Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP). DJe 08.03.2010.

majoritária, que os insere em tal conceito.

A Corte Superior firmou entendimento de que o ECAD, associação civil sem fins lucrativos, de direito privado, é instituição legitimada para cobrar o pagamento de direitos autorais e que a tabela⁷² por ele elaborada direta e unilateralmente é legal e eficaz como base de cálculo para estipulação dos valores a serem pagos pelos usuários das obras.

A aplicação da multa equivalente a vinte vezes o valor que deveria ser originalmente pago, prevista no artigo 109 da Lei n. 9.610/98, invariavelmente é afastada pela Corte Superior, que parte do pressuposto de que, para a sua incidência, seria necessária a presença da ação dolosa do agente, o que é razoavelmente raro de se constatar.

Apesar de muitos estabelecimentos comerciais ou de prestação de serviços, inclusive hospitalares, desconhecerem a sistemática aqui abordada, o fato é que o pagamento dos direitos autorais é devido, caso eles se utilizem de rádio, televisão ou internet para reproduzir obras intelectuais e distrair seus clientes ou pacientes.

O não pagamento do que for devido dentro dos prazos legais ensejará o aumento do gasto financeiro do estabelecimento, pois, além do crédito principal, é muito provável que ele venha a suportar o pagamento de multa, honorários advocatícios e custas, em razão do ajuizamento de ação de cobrança pelo ECAD, caso se mantenha o entendimento do Superior Tribunal de Justiça externando nessa breve exposição.

Publicado na RBDS – Revista Brasileira de Direito da Saúde,

Ano 2, n. 3, Jan/Jul 2013

Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas

Texto resumido deste artigo foi publicado na revista jurídica Consulex n. 356,

Ano XV, de 15.11.2011, seção In Voga, páginas 52 e 53 e na revista Notícias Hospitalares n. 68

Ano 7, Out/Nov/Dez de 2011

⁷² - A tabela está disponível em <http://www.ecad.org.br/viewcontroller/publico/conteudo.aspx?codigo=436>, Acesso em 22 out 2012, 11h29.

3.5 | A responsabilidade civil dos hospitais pelo “erro” do médico na visão do Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Não é de hoje. 3. A individualização das ações do hospital e do médico. 4. A caracterização da culpa. 5. O atual entendimento acerca da inversão do ônus da prova. 6. O entendimento do STJ acerca da aplicação da teoria das responsabilidades objetiva e subjetiva. 7. A (não) responsabilidade solidária do hospital em razão do “erro” cometido pelo médico. 8. A valoração do dano moral. 9. Conclusão. 10. Referências bibliográficas.

RESUMO: O amadurecimento e o maior esclarecimento dos julgadores a respeito das características e do contexto dos relacionamentos havidos entre os pacientes, os médicos e os hospitais, têm proporcionado decisões mais justas e adequadas às responsabilidades de cada um. Este artigo objetiva exteriorizar a forma pela qual o Superior Tribunal de Justiça tem julgado as ações que tratam do chamado “erro médico” e como ele tem individualizado as responsabilidades dos hospitais e dos médicos para confirmar ou reformar as condenações das instâncias inferiores.

1. INTRODUÇÃO

Há décadas, os hospitais enfrentam ações judiciais promovidas¹ por pacientes e

1 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.020.801, Relator Ministro João Otávio de Noronha. 4ª. Turma. Julgamento em 26 de abril de 2011. “Recurso Especial. Responsabilidade Civil. Erro médico. Conhecimento da lesão posteriormente ao fato lesivo. Prescrição. Termo a quo. Data da ciência. 1. Ignorando a parte que em seu corpo foram deixados instrumentos utilizados em procedimento cirúrgico, a lesão ao direito subjetivo é desconhecida e não há como a pretensão ser demandada em juízo. 2. O termo a quo do prazo prescricional é a data em que o lesado tomou conhecimento da existência do corpo estranho deixado no seu abdome. 3. Recurso especial conhecido em parte e provido.”

seus familiares que apontam a ocorrência de “erro”¹ praticado pelos médicos (ou pela equipe²⁻³ composta por eles) que os atenderam nas suas dependências, tendo aqueles profissionais sido ou não disponibilizados ou contratados pelos estabelecimentos de saúde.

Invariavelmente, pequenas fortunas são pleiteadas para minimizar a alegada dor física e/ou emocional gerada pelo dito engano ou desregramento dos profissionais médicos, conduta em relação às quais os hospitais não raramente são instados a se responsabilizar financeiramente, de forma solidária.

Há condutas inadequadas. Mas também há mau resultado, acidentes imprevisíveis ou irremediáveis e reações⁴ próprias e inesperadas do organismo⁵ do paciente

1 - “O chamado erro médico não é a melhor expressão. Erro, na órbita jurídica, é vício existente na manifestação de vontade, que anula um negócio jurídico, nos termos dos arts. 138 e 144 do Código Civil. Quando é utilizada a expressão erro médico, seu significado é de atuação negligente, imperita ou imprudente, isto é, de culpa em sentido estrito, que pode levar à aplicação do princípio da reparação de danos, conforme art. 186 do Código Civil.” TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 26 – (Série GVlaw)

2 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 200.831, relator Ministro Barros Monteiro. 4ª Turma. Julgamento em 08 de maio de 2001. “Responsabilidade civil. Cirurgia. Queimadura causada na paciente por bisturi elétrico. Médico-chefe. Culpa “in eligendo” e “in vigilando”. Relação de preposição. - Dependendo das circunstâncias de cada caso concreto, o médico-chefe pode vir a responder por fato danoso causado ao paciente pelo terceiro que esteja diretamente sob suas ordens. Hipótese em que o cirurgião-chefe não somente escolheu o auxiliar, a quem se imputa o ato de acionar o pedal do bisturi, como ainda deixou de vigiar o procedimento cabível em relação àquele equipamento. - Para o reconhecimento do vínculo de preposição, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviços sob o comando de outrem. Recurso Especial não conhecido.”

3 - Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 605.435, relatora Ministra Nancy Andrighi. 2ª Seção. Julgamento em 14 de setembro de 2001. Consta do voto da Ministra relatora, vencida parcialmente: “[...] Embora as equipes cirúrgicas sejam formadas por profissionais de diversas especialidades, cada qual autônoma em seu ramo de conhecimento, ao compor a equipe médica, o cirurgião-chefe, que escolhe especificamente os profissionais com quem deseja atuar, estabelece, durante o procedimento, dentro do centro cirúrgico, uma relação de comando sobre demais integrantes da equipe, inclusive sobre os médicos, auxiliares ou anestesistas. Com efeito, uma vez caracterizado o trabalho de equipe, deve ser reconhecida a subordinação dos profissionais de saúde que participam do procedimento cirúrgico em si, em relação ao qual a anestesia é indispensável, configurando-se uma verdadeira cadeia de fornecimento do serviço, nos termos do art. 34 c/c art. 14, ambos do CDC.”

4 - Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 351.178-SP. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento em 10 de março de 2009. “Processual civil. Embargos de declaração. Omissão, obscuridade e contradição. Inexistência. Reexame de matéria já decidida. Impossibilidade. Danos morais. Valores excessivos. Redução. 1. A revisão de indenização por danos morais só é possível em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo. 2. Estando omissa o acórdão embargado quanto aos fundamentos que motivaram a fixação da indenização por danos morais, deve ele ser complementado a fim de deixar claro para as partes os parâmetros adotados na fixação do quantum indenizatório. [...]”

5 - Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 256.174 – DF, Relator Ministro Fernando Gonçalves. 4ª Turma. Julgamento em 4 de novembro de 2004 - “[...] Afastada pelo

a medicamentos ou intervenções compatíveis e indicados para a sua doença ou para a situação clínica apresentada no momento do atendimento.

O problema a ser enfrentado pelo Judiciário é justamente identificar, da forma mais precisa que for possível, se o ato ou a conduta adotada pelo médico causou ou contribuiu para o estado de saúde em que se encontra o paciente descontente ou se aquela consequência seria inexorável, diante da gravidade do mal que o afligia. Em outras palavras: o agir (ou não agir) do médico foi determinante para selar o destino do paciente ou ele “já estava traçado”?

Cabe ao hospital, nas dependências do qual o ato médico foi praticado, pagar pela conduta técnica escolhida e executada autonomamente⁶ pelo médico?

O hospital pode vir a responder pelo “erro médico” cometido por profissional que não possui qualquer vínculo com o estabelecimento, mas utiliza as suas dependências para a realização de cirurgia e internação de pacientes?

Como o Superior Tribunal de Justiça julga os casos atualmente e apura a culpabilidade do médico e dos hospitais, individualizando e identificando o serviço que cada um ofereceu ou prestou ao paciente?

É da imbricação destes temas e do seu enfrentamento pelo Superior Tribunal de Justiça que trataremos neste artigo, a partir da análise de quarenta de seus acórdãos.

2. NÃO É DE HOJE

Limeira é uma cidade do interior paulista que dista cerca de 150 quilômetros da Capital. Lá, em março de 1991, a Associação Paulista de Medicina realizou um fórum sobre o “erro médico” que contou com a participação, dentre outros, de Genival Veloso de França, titular de Medicina Legal da Universidade Federal da Paraíba. Naquela época, o Código de Defesa do Consumidor engatinhava, eis que editado pela Lei n. 8.078, em 11 de setembro de 1990.

acórdão recorrido a responsabilidade civil do médico diante da ausência de culpa e comprovada a pré-disposição do paciente ao descolamento da retina – fato ocasionador da cegueira - por ser portador de alta-miopia, a pretensão de modificação do julgado esbarra, inevitavelmente, no óbice da súmula 07/STJ. [...]” (gr)

6 - Prevê o Código de Ética Médica (Resolução n. 1.931/09 do Conselho Federal de Medicina) no Capítulo I (Princípios Fundamentais) do preâmbulo: “IV - Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão. V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente. [...] VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente. VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.” (gr)

O chamado “erro médico” é estudado e julgado desde os primórdios dos tempos. A medicina está presente em nossas vidas do nascimento até a morte, entremeada pela infância, adolescência, juventude, idade adulta e velhice. É inelutável que, em tais fases, a assistência dos médicos se faz necessária para que a vida transcorra com qualidade, dentro do possível, obviamente. Por outro lado, é plenamente concebível que alguém passe a vida inteira sem precisar dos serviços disponibilizados pelos hospitais, principalmente do centro cirúrgico e de internação. É claro que há inumeráveis variáveis que gravitam em torno dessa afirmativa. Mas não é este o foco deste breve estudo.

No fórum acima mencionado, o professor Genival Veloso de França comentou que “[...] na Paraíba, hoje, na Justiça Federal, correm cerca de oito a dez processos contra médicos.”⁷ Este número deve ter ganhado proporções inimagináveis até para os mais otimistas e céticos.⁸

Dizia o professor, há vinte anos, que

*o erro médico tem sido hoje o pão e a manteiga de uma certa parte da imprensa sensacionalista, e nós sabemos. Sabemos até porque, ora a insinuação do erro presumido, ora muitas vezes a denúncia de situações que não são de erro médico ou partem de pessoas que, por ingenuidade, desconhecem o fato, ou partem de pessoas interessadas. Interessadas em desmoralizar o médico e desmoralizar a assistência médica, principalmente a assistência médica pública.*⁹

Desde 1991, a situação dos médicos e dos hospitais só se fez agravar, inclusive pela divulgação, pela mídia, de informações sobre a ocorrência de pretensos “erros médicos” que, em alguns casos, não resistem a simples análise do prontuário, que comprova a presença de uma ou outra circunstância científica descrita na literatura e que marcou a sorte do paciente. Essa propagação desenfreada de informações acaba por despertar o desejo de questionar judicialmente (todos) os

7 - MADRID, Nelson. Fórum sobre o erro médico. Associação Paulista de Medicina, Seção Regional de Limeira. 1. ed. Limeira: edição própria, 1991. p. 23.

8 - TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 4 – (Série GVlaw). “Segundo dados do Conselho Federal de Medicina, processos administrativos contra médicos cresceram 393% em cinco anos: eram 77 e hoje são 380 por ano (Jornal O Estado de S.Paulo, 12 ago. 2006, A30). Nos Tribunais, a área da saúde apresenta-se como um dos terrenos mais percorridos pelas ações reparatórias de danos. Como causas desse aumento de demandas administrativas e judiciais são apontadas falhas na formação do profissional, a proliferação de cursos de medicina, o distanciamento entre médico e paciente, a falta de infra-estrutura em unidades de saúde, a legislação consumerista, o conhecimento pela população de seus direitos, ou mesmo abusos praticados pela suposta vítima, numa chamada indústria do dano.”

9 - MADRID, Nelson. Fórum sobre o erro médico. Associação Paulista de Medicina, Seção Regional de Limeira. 1. ed. Limeira: edição própria, 1991. p. 13.

atos e as circunstâncias que levaram o paciente a determinada situação física e/ou emocional.

Nem sempre o alegado “erro médico” é provado. Pesquisa¹⁰ realizada pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo comprova que o número de condenações é desproporcional (e inferior) à quantidade das ações ajuizadas na justiça estadual de São Paulo, pois a perícia que é realizada nos processos aponta a inexistência de “erro” técnico do médico. Fica claro que há aventuras jurídicas promovidas por pacientes descontentes, auxiliados por advogados desavisados tecnicamente sobre as peculiaridades do assunto.

Acontece que, após a divulgação espalhafatosa da notícia do tal “erro” na mídia, o estrago da imagem e da reputação do profissional e/ou do hospital onde ele clinicava já foi feito. Normalmente, a correção, o esclarecimento da notícia ou o desfecho do caso vem escrito num canto qualquer do periódico, imperceptível ao leitor desatento, mas cuja atenção foi despertada pela manchete inicial. Isso persiste ao longo dos anos e nada sugere que teremos mudança dessa situação a curto e médio prazos.

3. A INDIVIDUALIZAÇÃO DAS AÇÕES DO HOSPITAL E DO MÉDICO

Ao longo do tempo, a atuação do médico e do hospital foi entendida como “uma só”: se o paciente sofreu dano ele deve ser indenizado por ambos, tidos por culpados comuns, sem que se preocupasse ou analisasse com a individualização

10 - O Médico e a Justiça – um estudo sobre ações judiciais relacionadas ao exercício profissional da medicina. Coordenação institucional de Nacime Mansur e Reinaldo Ayer de Oliveira. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2006. Concluiu tal estudo: “A ausência de conhecimento técnico em medicina pode dificultar o julgamento da conduta do médico e do nexo de causalidade entre sua ação (ou omissão) e o dano descrito pelo paciente. O juiz pode se utilizar da perícia judicial, que, em grande parte dos casos, constitui o principal meio de prova nas ações que discutem o alegado erro médico (outros meios de prova são o depoimento testemunhal, o documento escrito, etc.). Na maioria das decisões analisadas (65,2%) a realização de perícia foi mencionada expressamente. Das 63 ações em que a perícia concluiu pela existência do erro médico, apenas uma não considerou o laudo pericial, absolvendo o réu. Em 96 dos 105 casos nos quais as perícias concluíram pela inexistência do erro médico, os juízes acataram seus resultados, absolvendo os réus. Das decisões analisadas, cerca de 46% foram favoráveis aos pacientes, condenando o(s) réu(s). A indenização por danos morais foi concedida na grande maioria delas (88,2%). Os valores das indenizações a título de danos morais diferem de maneira muito significativa. A análise comparativa realizada entre todas as indenizações fixadas para o mesmo evento — morte do paciente — apurou que a menor condenação foi de R\$ 11.407,68 e a maior, de R\$4.405.711,89. A média das indenizações por danos morais em virtude de morte foi de R\$ 203.482,48. A imensa disparidade dos valores das indenizações pode estar ligada à falta de critérios legais. Esses parâmetros, bastante amplos, têm sido estabelecidos pelos estudiosos e pela jurisprudência (circunstâncias particulares do caso, condições do ofensor e do ofendido, inibição da reincidência do fato lesivo). Soma-se a isso a avaliação subjetiva do juiz.” (grifos no original)

necessária a gritante diferença dos serviços que eram disponibilizados por estes àquele¹¹, em que pese eles sejam direcionados à mesma finalidade: a de aliviar o mal que acomete o doente.

Houve situações em que o médico foi inocentando, mas o hospital condenado por simples aplicação da regra da teoria da responsabilidade objetiva, em descompasso com a atual jurisprudência a respeito do assunto, que analisou a questão em todas as suas nuances, resgatou os aspectos jurídicos que a envolve e decidiu pela aplicação do direito técnico-científico de acordo com a participação individual do hospital e do médico no dano causado ao paciente, ao invés da análise “em bloco” que até então se constatava.

4. A CARACTERIZAÇÃO DA CULPA

O médico não é obrigado a curar o paciente. A sua obrigação, na esmagadora maioria dos casos, é de meio e “[...] limita-se a um dever de desempenho, isto é, há o compromisso de agir com desvelo, empregando a melhor técnica e perícia para alcançar um determinado fim, mas sem se obrigar à efetivação do resultado. Na obrigação de meio, compete ao autor a prova da conduta ilícita do réu, demonstrando que este, na atividade desenvolvida, não agiu com a diligência e os cuidados necessários para a correta execução do contrato. Já na obrigação de resultado, o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta. Nas obrigações de resultado há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova.”¹²

11 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 259.816, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª Turma. Julgamento em 22 de agosto de 2000. “Direito civil. Ação indenizatória. Hospital. Falecimento de paciente. Atendimento por plantonista. Empresa preponente como ré. Culpa dos prepostos. Obrigação de indenizar. Danos morais. Quantificação. Controle pela instância especial. Possibilidade. Valor. Caso concreto. Inocorrência de abuso ou exagero. Recurso desacolhido. I - Nos termos do enunciado nº 341 da súmula STF, “é presumida a culpa do patrão ou do comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. II - Comprovada a culpa dos prepostos da ré, presente a obrigação desta de indenizar. [...]”

12 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.097.955, relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgamento em 27 de setembro de 2011. “Processo civil e civil. Responsabilidade civil. Médico. Cirurgia de natureza mista - estética e reparadora. limites. Petição inicial. Pedido. Interpretação. Limites. 1. A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes. 2. Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora. 3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes. 4. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes. 5. O valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar ínfimo ou exagerado. Precedentes. 6. Recurso especial não provido.”

Nos restritos casos de cirurgia plástica meramente estética é que o Superior Tribunal de Justiça entende que a obrigação seria de resultado, conforme se afere, por exemplo, da seguinte decisão:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES.

1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética.

2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura.

3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios.

4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.

5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da “vítima” (paciente).

6. Recurso especial a que se nega provimento.¹³

Para que seja possível a condenação de um médico ou hospital é necessário que se identifique, de forma clara e precisa, como e de que forma eles teriam

13 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 236.708, relator Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz federal convocado do TRF 1ª. Região). 4ª Turma. Julgamento em 10 de fevereiro de 2009.

contribuído, individualmente, com o dano suportado pelo paciente.

Além disso, para que haja a condenação é necessário que tenha havido dano de ordem material ou moral e que ele seja mensurável, mesmo que de forma estimada. O eventual ato faltoso cometido pelo médico ou pelo hospital que não produz dano não é passível de indenização.

No direito brasileiro, a culpa¹⁴ é um dos pilares da responsabilidade civil. Ela se constitui em um dos quatro¹⁵ requisitos que devem coexistir para que reste configurada a responsabilização civil, sob pena de impossibilidade do surgimento do direito à indenização.

Ensina José de Aguiar Dias que a responsabilidade civil pressupõe a coexistência de um dano certo, podendo ser material ou moral, e a relação direta de causa e efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o dano.¹⁶

Edmilson de Almeida Barros Júnior complementa afirmando que “No direito pátrio não há responsabilidade se houver falta de um dos ‘elementos constitutivos do tipo’ da responsabilidade civil.”¹⁷

O ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, do Superior Tribunal de Justiça, destacou os ensinamentos doutrinários acerca do tema em voto¹⁸ recentemente profe-

14 - BRASIL, Código Civil, Lei n. 10.406/02 - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

15 - Os outros três requisitos são: a) a conduta ilícita (ato ou a omissão) do agente causador do dano; b) o dano suportado pelo pretendente à indenização; e c) o nexo causal entre o dano objeto de ressarcimento e a conduta daquele a que se atribui a responsabilidade.

16 - DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 5. ed., v.I, p. 123/124

17 - BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A Responsabilidade Civil do Médico – Uma Abordagem Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 47

18 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.216.424, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 09 de agosto de 2011. “Consumidor. Recurso Especial. Ação de indenização. Responsabilidade civil. Médico particular. Responsabilidade subjetiva. Hospital. Responsabilidade solidária. Legitimidade passiva ad causam. 1. Os hospitais não respondem objetivamente pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação. Precedentes. 2. Embora o art. 14, § 4º, do CDC afaste a responsabilidade objetiva dos médicos, não se exclui, uma vez comprovada a culpa desse profissional e configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, a solidariedade do hospital imposta pelo caput do art. 14 do CDC. 3. A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, como na hipótese dos autos, em que concorreram, para a realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe técnica, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal, ambos auferindo lucros com o procedimento. 4. Há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar nas instalações por ele oferecidas. 5. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor. 6. Admite-se a denúncia da lide na hipótese de defeito na prestação de serviço. Precedentes. 7. Recurso especial parcialmente provido.”

rido, a partir do precedente consubstanciado no Recurso Especial n. 258.389, daquele Corte, quando o ministro Fernando Gonçalves já os havia invocado. Vale a pena transcrevê-los:

Nos arraiais da doutrina, seja pelo ângulo do conceito clássico de responsabilidade, seja pela ótica do Código de Defesa do Consumidor, o entendimento prevalente é de que a reparação em face da casa de saúde, em princípio, apenas terá lugar quando provada a culpa ou dolo do médico.

O insigne RUI STOCO em seu Tratado de Responsabilidade Civil - 6ª edição - Ed. Revista dos Tribunais - com extrema acuidade esclarece de modo definitivo a questão, com apoio de vários doutrinadores de peso, dentre eles AGUIAR DIAS, CAIO MÁRIO e RUY ROSADO DE AGUIAR JR, destacando o seguinte:

“A questão mais polêmica que surge é a que pertine à seguinte indagação: quando a responsabilidade deve ser carregada ao médico, pessoalmente, e quando se deve atribuí-la ao hospital?”

A nós parece que se impõe examinar primeiro se o médico é contratado do hospital, de modo a ser considerado como seu empregado ou preposto.

Se tal ocorrer, aplica-se a surrada e vetusta regra de que o empregador responde pelos atos de seus empregados, serviçais ou prepostos (Código Civil, art. 932, III).

Aliás, Aguiar Dias demonstrou o alcance e largueza desse conceito de preposto em atividades que tais ao afirmar:

“O médico responde também por fato de terceiro. Este é o caso dos proprietários e dos diretores das casas de saúde, responsáveis pelos médicos, enfermeiros e auxiliares. Considera-se incluído nesta espécie de responsabilidade também o proprietário não-médico dos hospitais e clínicas, explicando que essa responsabilidade é nitidamente contratual, e advertindo que a noção de preposto, neste domínio, não se confunde com a que se lhe empresta no terreno extracontratual, porque, no caso em apreciação, é em virtude de uma garantia convencional implícita que o contratante responde pelos fatos de seus auxiliares. E tal garantia é devida pelo proprietário da casa de saúde, pelo fato danoso do médico assalariado” (op. cit., p. 292-293).

Se o médico atuar no respectivo hospital mediante vínculo empregatício, será empregado submetido às ordens da sociedade hospitalar. Se com ela mantiver contrato de prestação de serviços, deve ser considerado seu preposto e, nas duas hipóteses, aquela sociedade responderá pelos atos culposos daquele profissional. O hospital, contudo, terá direito de reaver o que pagar através de ação regressiva contra o causador direto do dano.

Mas se o médico não for preposto mas profissional independente que tenha usado

as dependências do nosocômio por interesse ou conveniência do paciente ou dele próprio, em razão de aparelhagem ou qualidade das acomodações, ter-se-á de apurar, individualmente, a responsabilidade de cada qual.

Desse modo, se o paciente sofreu danos em razão do atuar culposo exclusivo do profissional que o pensou, atuando como prestador de serviços autônomo, apenas este poderá ser responsabilizado.

Se, contudo, apurar-se manifestação incorreta do estabelecimento, através de ação ou omissão de seus dirigentes, empregados ou prepostos, podendo ser estes médicos, enfermeiros e funcionários em geral, então poderá responder apenas o hospital, se a ação ou omissão culposa deles dimanar, ou o hospital e o médico, solidariamente, se ambos obraram com culpa.” (fls. 725)

E mais adiante, colacionando trabalho apresentado pelo Min. RUY ROSADO no IV Congresso Internacional sobre Danos, realizado em Buenos Aires - Argentina - em 1995, expõe: “... “o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar danos produzidos por médico integrante de seus quadros, pois é preciso provar a culpa deste para somente depois se ter como presumida a culpa do hospital”.” (fls. 729)

E arremata RUI STOCO:

“Cabe, finalmente, obtemperar a total ausência de sentido lógico-jurídico se, em uma atividade de natureza contratual em que se assegura apenas meios adequados, ficar comprovado que o médico não atuou com culpa e, ainda assim, responsabilizar o hospital por dano sofrido pelo paciente, tão-somente em razão de sua responsabilidade objetiva e apenas em razão do vínculo empregatício entre um e outro.

Perceba-se, porque importante, que o caput do art. 14 do CDC condicionou a responsabilização do fornecedor de serviços à existência de “defeitos relativos à prestação de serviços”.

Tal expressão, embora em contradição com o princípio adotado no próprio artigo da lei, induz culpa, máxime quando se trate de atividade médica, cuja contratação assegura meios e não resultado (salvo com relação às cirurgias estéticas e não reparadoras), de modo que o resultado não querido não pode ser rotulado de “defeito”.

Este só se configura quando a lesão ao paciente resultar de procedimento totalmente desviado dos padrões e, portanto, com culpa evidente do seu causador.” (fls. 729)

A culpa é classificada nas modalidades de imprudência (descuido, precipitação, inobservância das precauções necessárias), imperícia (despreparo técnico,

falta de habilidade) ou negligência (falta de cuidado, desmazelo, desatenção). Assim, para que o médico ou o hospital sejam condenados e obrigados a indenizar, há que se demonstrar que os seus atos ou as omissões lhes atribuídas tenham sido caracterizados e enquadrados dentro de uma dessas hipóteses. A culpa não pode ser presumida.¹⁹ Ela tem que ser provada²⁰, na primeira instância²¹, por quem²² se sentir prejudicado, pois a este cabe tal ônus, diante do previsto no artigo 333²³ do Código de Processo Civil. É neste sentido a doutrina de Humberto Theodoro Júnior: “Por isso, o fato constitutivo do direito de quem pede indenização por erro médico se assenta no desvio de conduta técnica cometido pelo prestador de

19 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 196.306, 4ª Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento em 03.08.2004. “Civil. Cirurgia. Seqüelas. Reparação de danos. Indenização. Culpa. Presunção. Impossibilidade. 1 - Segundo doutrina dominante, a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio e não de resultado. 2 - Em razão disso, no caso de danos e seqüelas porventura decorrentes da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva. 3 - Inteligência dos arts. 159 e 1545 do Código Civil de 1916 e do art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. 4 - Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença.” (gr)

20 - Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Apelação Cível n. 55760-6, relator Juiz Ulysses Lopes. “Responsabilidade Civil Médica Hospitalar. 1. Esposada a teoria da culpa pelo artigo 1.545 do CC, no que concerne à responsabilidade civil médica, considerada pela doutrina como responsabilidade contratual não presumida, incumbe à vítima demonstrar que a entidade hospitalar, através de seus agentes ou prepostos, agiu sob qualquer modalidade culposa. 2. Não demonstrando a instrução, seja através da prova pericial, seja pela prova testemunhal, que a entidade hospitalar tenha agido, por ato de preposto, com negligência ou imperícia, não lhe podem ser atribuídas as seqüências do agravamento de uma doença decorrente, em princípio, de um processo degenerativo e evolutivo.”

21 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 765.505, relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgamento em 07 de março de 2006. “Recurso Especial. Civil. Responsabilidade civil. Cirurgia e anestesiológica. Recurso com fundamento nas alíneas “a” e “c” do art. 105, III, da CF. Reexame fático-probatório. Súmula 07/STJ. Incidência. - A constatação de ter o médico cirurgião e o anestesista agido ou não com culpa no atendimento a paciente, nas modalidades negligência, imprudência ou imperícia, demanda necessariamente o reexame do conjunto fático-probatório da causa, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ. - O reexame do conjunto fático-probatório da causa obsta a admissão do recurso especial tanto pela alínea “a”, quanto pela “c” do permissivo constitucional. Recurso especial não conhecido.”

22 - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível n. 1.0000.00.181.393-0/000, relator Desembargador Abreu Leite. 2ª Câmara Cível. Julgamento em 22.12.2000. “Como o risco de falha, de insucesso e até de lesões é normal na prestação de serviços médicos, os tribunais, em princípio, não são liberais com o ônus da prova a cargo do paciente ou de seus dependentes, quando se trata de ação indenizatória fundada em erro médico. Nenhum tipo de presunção é de admitir-se, cumprindo ao autor, ao contrário, o ônus de provar, de forma idônea e convincente, o nexo causal entre uma falha técnica, demonstrada in concreto, e o resultado danoso queixado pelo promovedor da ação indenizatória.”

23 - BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 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. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

serviços. Como esse desvio é uma situação anormal dentro do relacionamento contratual não há como presumi-lo. Cumprirá ao autor da ação prová-lo adequadamente.”²⁴ (grifos no original)

Para ilustrar a inequívoca necessidade de prova da ocorrência da culpa, citamos recente decisão do Superior Tribunal de Justiça que consignou que, afastada a culpa do médico, afastada está a obrigação de indenizar:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ERRO MÉDICO. CONDUTA MÉDICA. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. Não há omissão, contradição, obscuridade ou erro material a ser sanado no acórdão embargado, o qual se encontra suficientemente fundamentado e em consonância com a jurisprudência desta Corte.

2. O Tribunal de origem, ao consignar que não houve negligência por parte da equipe médica, a qual adotou os procedimentos cabíveis para evitar a lesão do nervo ciático, ocorrida durante a cirurgia, afastou a culpa do médico e, conseqüentemente, o erro médico a ensejar a obrigação de indenizar.

3. Rever o entendimento do Tribunal a quo, quanto à ocorrência de culpa de médico, demanda a análise do contexto fático-probatório dos autos, inviável em recurso especial, dado o óbice do enunciado 7 da Súmula desta Corte.

*Embargos de declaração rejeitados.*²⁵

Eis outro julgado que afirma de forma inequívoca a obrigatoriedade de se provar a existência de culpa em casos de alegado “erro médico”:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

24 - THEODORO JUNIOR, Humberto. Dano moral. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 72.

25 - Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.247.550, relator Ministro Humberto Martins. 2ª Turma. Julgamento em 1º. de setembro de 2011.

I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva;

II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde;

III - A chamada “teoria da perda da chance”, de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável;

IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da “teoria da perda da chance”;

V - Recurso especial provido.²⁶

Não trataremos aqui do dolo, por ser tal hipótese rara na casuística disponível para estudo.

Além da obrigatoriedade da existência do dano e da prova da conduta ativa ou omissiva do médico e/ou do hospital, o interessado em ser indenizado tem que provar que a conduta (ou sua inexistência) em questão provocou o dano. É o que se chama de nexo de causalidade.²⁷ Sem a comprovação do nexo causal inexistirá responsabilidade.²⁸

26 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.104.665, relator Ministro Massami Uyeda. 3ª Turma. Julgamento em 09 de junho de 2009.

27 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.078.057, relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento em 10 de fevereiro de 2009. “Direito civil. Responsabilidade civil - Erro médico. Princípio do livre convencimento motivado. Artigo 131 do Código Civil - 1. O sistema processual civil abraça o princípio do livre convencimento motivado, que, inclusive está positivado no artigo 131 do Código de Processo Civil, impondo ao julgador a indicação dos motivos de suas conclusões. Na hipótese em que a ação proposta tem sustentação na existência de erro médico, uma vez que realizada perícia, deve o julgador indicar os motivos pelos quais resolve concluir pela obrigação de indenizar, tomando posição oposta às conclusões do perito, mormente quando outras provas não existem nos autos. 2. A responsabilidade do médico pressupõe o estabelecimento do nexo causal entre causa e efeito da alegada falta médica, tendo em vista que, embora se trate de responsabilidade contratual - cuja obrigação gerada é de meio -, é subjetiva, devendo ser comprovada ainda a culpa do profissional. 3. Recurso especial provido.”

28 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 258.389, 4ª Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento em 16 de junho de 2005. Afirmou o Ministro Jorge Scartezzini no seu voto vista: “[...] Com efeito, embasando-se o evento danoso exclusivamente na atuação médica culposa dos pre-

Sérgio Cavalieri Filho discorre sobre o tema e afirma que “[...] mesmo na responsabilidade objetiva é indispensável o nexó de causalidade entre a conduta e o resultado.”²⁹

Sem a conjunção de tais elementos, portanto, a condenação se mostra inviável.

5. O ATUAL ENTENDIMENTO ACERCA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Durante muito tempo, o Judiciário brasileiro condenou médicos e hospitais solidariamente em razão da ocorrência de determinado infortúnio no atendimento do paciente.³⁰ Isso se dava com naturalidade, até em razão da aplicação da Teoria da Aparência^{31 32}, por meio da qual uma pessoa é tida como titular de um direito, quando, na verdade, não o é. O paciente é levado a acreditar, pelas

postos do recorrente, e excluída expressamente a respectiva ocorrência, verifica-se, por conseguinte, a supressão do próprio nexó de causalidade entre a conduta do hospital e a morte da menor, requisito imprescindível tanto à aferição da responsabilidade com base na teoria subjetiva como objetiva.”

29 - CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 408.

30 - Exemplificativamente: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível nº 1.0024.05.627783-3/002, Belo Horizonte. Relator Desembargador Lucas Pereira. Julgamento em 1º de junho de 2006. “Responsabilidade Civil – Indenização – Danos morais – Cesariana – Perfuração de bexiga – 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. Para a responsabilização do médico por dano causado a paciente, faz-se necessário que resulte devidamente comprovado pelo autor da pretensão que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia por parte do médico. Nestes casos, o médico e a instituição que fornece os planos de saúde responde solidariamente pela deficiência do serviço custeado pelo plano.”

31 - A Teoria da Aparência surgiu no Direito Romano, em virtude de uma situação inusitada. O escravo Spartacus, passando-se por homem livre, foi eleito pretor do império da águia, razão pela qual praticou diversos atos administrativos em nome de Roma, como Editos, Decretos, Decisões entre outros. Descoberta a sua verdadeira condição de escravo, surgiu um impasse aos Romanos, povo eminentemente prático; ou anulava todos os atos, e haveria um caos social ou convalidava todos os atos efetuados por Spartacus. Prevaleceu a segunda orientação, com a edição da Lex Barbarius, dotando de validade e eficácia todos os atos praticados até então. Disponível em <http://vickmature.blogspot.com/2007/11/teoria-da-aparancia-de-direito.html>. Acesso 03 set. 2011, 11h50.

32 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 741.732, relatora Ministra Eliana Calmon. 2ª Turma. Julgamento em 07 de maio de 2005. “Processual civil e tributário - Execução fiscal - Citação de pessoa jurídica - Teoria da aparência - Aplicação - Jurisprudência do STJ - art. 174 do CTN - Inocorrência de prescrição. 1 - Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência pacificada nesta Corte, no sentido de adotar-se a Teoria da Aparência, reputando-se válida a citação da pessoa jurídica quando esta é recebida por quem se apresenta como representante legal da empresa e recebe citação sem ressalva quanto a inexistência de poderes de representação em juízo. Aplicação da súmula 83/STJ.”

circunstâncias, como aquela em que o médico atende no pronto-socorro de um hospital, que aquele seria preposto deste. Mesmo que assim não seja, o paciente, de boa-fé, tomou por válida aquela situação.

Para aclarar e exemplificar a Teoria da Aparência transcrevemos trechos constantes de decisão do Superior Tribunal de Justiça que relatam situação fática inseridas em acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que se amoldam ao aqui afirmado:

[...] 2. No caso em exame, a autora, ora recorrida, estudante de direito e administradora de restaurante, moveu ação de reparação de danos contra o hospital, com fundamento nos arts. 20 e 14 do Código de Defesa do Consumidor (vício do serviço e fato do serviço), contra o Hospital Barra D'Or alegando que no dia 16.1.2001, “confiante na reputação do réu, que se apresenta como um “centro de excelência nacional nas áreas de cirurgia cardíaca, neurologia e emergência” (fls. 3), foi atendida na Unidade de Emergência do aludido hospital, com quadro de febre, cefaléia frontal e dor torácica forte, relacionada com movimentos de inspiração profunda, foi nele internada com forte cefaléia e que, após avaliação médica, realizada pela médica Dra. Julian Damasceno da Silva, extraídas radiografias, dispensando laudo radiológico, em menos de duas horas foi liberada com diagnóstico de simples resfriado mediante receita de medicação analgésica, mas que, “sem embargo, o estado de saúde da Autora piorou sensível e, rapidamente, sendo necessária sua internação, dias depois, às pressas, no Hospital Rio Mar (...), onde, após os exames e análises adequados, foi constatado que a paciente apresentava nada menos do que pneumonia dupla” (fls. 3), o que “podia ser facilmente constatado pelo seu próprio laudo radiológico, não fosse inexplicavelmente prescindido na formulação do diagnóstico”, sendo que, “houvesse uma intervenção adequada (...), seu estado clínico – já grave – não teria alcançado desdobramentos ainda maiores”, com a autora, “pessoa jovem, com excelente histórico clínico, foi compelida a permanecer internada por sete dias, com posterior fisioterapia por alguns meses (fls.8), correndo sério risco de vida e encarando, inclusive, a possibilidade de vir a perder um de seus pulmões” e donde ter tido, ainda, “de arcar com todas as despesas médicas decorrentes do evento, além de se ver obrigada a paralisar suas atividades habituais, dentre elas o estudo, o estágio forense e a administração do restaurante “Mama Ângela”, mesmo após o período de internação, vez que o risco de perder um dos pulmões permanecia” (fls. 3/4). (sic) [...]

5. Ainda sobre essa primeira questão, no que se refere ao dissídio jurisprudencial apontado, cumpre salientar que o colegiado de origem concluiu que (fls. 543): A 2ª Apelante não procurou o serviço de um determinado profissional, mas daquele que reputava competente dentro de um conceituado hospital. Em consequência, a contratação ocorreu com o hospital, prestador do serviço de saúde, que responde objetivamente pelos danos causados, nos termos da Lei n.º 8.078/90. (gr)

Dessa forma, restou firmado que a recorrida buscou o atendimento de emergência oferecido pela recorrente em virtude do notório renome da recorrente – renome esse, entretanto, que não pode servir de broquel a responsabilidade por falhas eventualmente ocorridas, as quais podem acontecer inclusive em entidades prestadoras dos melhores serviços. (gr)

Ressalte-se, ainda, que, nas relações de consumo devem ser prestigiados os princípios que norteiam o direito consumerista, entre os quais: a boa-fé objetiva, a transparência e a confiança, sendo certo que constitui direito essencial do consumidor a proteção à saúde e à segurança, aplicando-se às relações consumeristas o princípio da legítima expectativa, segundo o qual os serviços oferecidos no mercado devem atender à expectativa de segurança dos consumidores.

6. A segunda questão diz respeito à responsabilidade objetiva do hospital procurado pela autora e a cujo corpo clínico pertencia o profissional médico que prestou atendimento deficiente – profissional, repita-se, no caso, não escolhido pessoalmente pela paciente, que escolheu apenas o hospital, fiando em seu renome de boa qualidade. (gr)

A ação foi movida contra o hospital, apontando responsabilidade objetiva, isto é, responsabilidade do hospital por vício do serviço (CDC, art. 20) e fato do serviço (CDC, art. 14). Não foi movida contra o profissional médico atendente, a quem também não foi denunciada a lide.³³ (gr)

Não há que se falar na inversão automática e obrigatória do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, nas ações que discutem “erro médico”, devendo a sua análise e deferimento (ou não) ficar ao critério do magistrado, a partir da análise das circunstâncias e da verossimilhança das alegações no caso concreto³⁴, além da presença de requisitos legais.

33 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 696.284, relator Ministro Sidnei Beneti. 3ª Turma. Julgamento em 03 de dezembro de 2009. Recurso Especial: 1) Responsabilidade civil - Hospital – Danos materiais e morais - Erro de diagnóstico de seu plantonista - Omissão de diligência do atendente - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; 2) Hospital - Responsabilidade - culpa de plantonista atendente, integrante do corpo clínico - Responsabilidade objetiva do hospital ante a culpa de seu profissional; 3) Médico - Erro de diagnóstico em plantão – Culpa subjetiva - Inversão do ônus da prova aplicável - 4) Acórdão que reconhece culpa diante da análise da prova - Impossibilidade de reapreciação por este tribunal - Súmula 7/STJ. 1. - Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. 2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). 4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 5.- Recurso Especial do hospital improvido

34 - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70016306219, relator Desembargador Pedro Luiz Rodrigues Bossle. 5ª. Câmara Cível. Julgamento em 23 de agosto de 2006.

A inversão do ônus da prova, nestes casos e ainda que caracterizada a relação de consumo entre o paciente e o hospital e entre aquele e o médico, é exceção, e não regra, pois incumbe ao autor, como regra geral, o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito, conforme prevê o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

O Desembargador Mário de Oliveira, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, afirmou que “O critério de inversão do ônus da prova, a par de exigir a presença de vários elementos, não pode exsurgir como substituto do dever da parte de comprovar suas alegações. Convém destacar que ‘Mesmo caracterizada relação de consumo, o ônus da prova só é de ser invertido quando a parte requerente tiver dificuldades para a demonstração de seu direito dentro do que estabelecem as regras processuais comuns, ditas pelo art. 333 e incisos, presentes a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência’. (JTAERGS 102/213) – CPC Comentado - Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, 40^a. edição, Ed. Saraiva, nota 2 ao artigo 333).”³⁵ (negrito no original)

6. O ENTENDIMENTO DO STJ ACERCA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DAS RESPONSABILIDADES OBJETIVA E SUBJETIVA

A responsabilidade civil do médico exige a verificação de existência da culpa, ou seja, ela é subjetiva³⁶. No caso concreto em que se discute eventual “erro” prati-

“Responsabilidade Civil. Ação de indenização. Danos morais e materiais. Erro médico. Legitimidade passiva do hospital. Reconhecimento. Inversão do ônus da prova. Desnecessidade, no caso concreto. Erro médico. Não-configuração. Cicatriz da autora ocasionada por complicações não decorrentes da cirurgia. Infecção hospitalar. Não-comprovação. Mau atendimento. Inocorrência. Indenização. Descabimento. Apelação improvida.” (sic)

35 - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação n. 9185213-87.2004.8.26.0000, relator Desembargador Mário de Oliveira. Julgamento em 07 de fevereiro de 2011.

36 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.078.057, relator Ministro João Otávio Noronha. Julgamento em 10 de fevereiro de 2009. “[...] Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência, entre as possibilidades de que dispõe o profissional no seu meio de atuação, em auxílio do paciente. Não se pode olvidar que, mesmo que os profissionais envolvidos empreguem toda sua diligência no ato, ainda assim podem advir reações imprevisíveis e situações inesperadas. Não podendo o médico assumir o compromisso com um resultado específico (exceto quando se tratar de cirurgia estética), outra não pode ser a teoria da responsabilidade que não a subjetiva, devendo-se averiguar se houve culpa do profissional. [...] Portanto, a responsabilização do médico pressupõe o estabelecimento do nexa causal entre causa e efeito da falta médica. Como afirmei, o acórdão recorrido passou ao largo dessa questão, considerando a responsabilidade em questão como sendo objetiva. A isso acrescenta-se que a alegação de erro médico deve ter suporte em prova técnica, pois, sendo o julgador leigo no assunto, tem de trazer a si elementos especializados que dêem embasamento ao julgado. Todavia, verifica-se que o acórdão recorrido considerou os fatos de forma diametralmente oposta às conclusões da prova pericial e não embasou a condenação em quaisquer outros tipos de provas. Todos esses fatos indicam a necessidade de reforma do julgado, porquanto, se não apurada exatamente em que consiste

cado pelo médico deve o autor da ação provar que ele teria agido com negligência, imprudência ou imperícia, que não tenha utilizado todos os meios que lhe estavam disponíveis e/ou que não tenha esgotado as diligências que lhe eram solicitadas, diante da situação concreta. É o que prevê o Código de Defesa do Consumidor no art. 14, § 4º.³⁷

A responsabilidade civil do hospital³⁸ pelo “erro” cometido pelo médico nas suas dependências, por outro lado, até então dispensava a investigação da sua culpa, ou seja, objetiva^{39 40}. É o que prevê o Código de Defesa do Consumidor no a culpa do recorrente quanto ao dano apontado - lesão cerebral -, as normas contidas nos artigos 186 e 951 do Código Civil deservem ao fim de sustentar uma condenação.”

37 - BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078/91. 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. [...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

38 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 519.310, relatora Ministra Nancy Andrighi. 3ª Turma. Julgamento em 20 de abril de 2004. “[...] Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração. Recurso especial conhecido e provido.”

39 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.184.128, relator Ministro Sidnei Beneti. 3ª Turma. Julgamento em 08 de junho de 2010. Recurso Especial: 1) Responsabilidade civil - Erro de diagnóstico em plantão, por médico integrante do corpo clínico do hospital - responsabilidade objetiva do hospital; 2) culpa reconhecida pelo Tribunal de origem - 3) Teoria da perda da chance - 4) Impossibilidade de reapreciação da prova pelo STJ - Súmula 7/STJ. 1.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 2.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, a verificação da culpa pelo evento danoso e a aplicação da Teoria da perda da chance demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 3.- Recurso Especial do hospital improvido.

40 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 696.284, relator Ministro Sidnei Beneti. 3ª Turma. Julgamento em 03 de dezembro de 2009. Recurso Especial: 1) Responsabilidade civil - Hospital - Danos materiais e morais - Erro de diagnóstico de seu plantonista - Omissão de diligência do atendente - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; 2) Hospital - Responsabilidade - Culpa de plantonista atendente, integrante do corpo clínico - Responsabilidade objetiva do hospital ante a culpa de seu profissional; 3) Médico - Erro de diagnóstico em plantão - Culpa subjetiva - Inversão do ônus da prova aplicável - 4) Acórdão que reconhece culpa diante da análise da prova - Impossibilidade de reapreciação por este Tribunal - Súmula 7/STJ. 1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. 2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). 4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise

caput do art. 14.⁴¹ E a situação assim era tida pelos doutrinadores.^{42 43}

Acontece que o Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados acerca do apelidado “erro médico”, tem decidido que há que se separar a atuação do médico e do hospital e verificar qual foi a origem e a causa do alegado dano produzido ao paciente.

Esta separação passa necessariamente pela análise do vínculo⁴⁴, do relacionamento jurídico havido (ou existente) entre o médico e o hospital, qual seja, a de empregado, preposto, prestador de serviços por meio de pessoa jurídica ou de mera cessão (onerosa ou não), por este, das suas dependências para que aquele desenvolvesse sua profissão.

O hospital será responsabilizado de forma objetiva, ou seja, sem a necessidade de aferição de sua culpa, apenas no caso de os serviços por ele diretamente disponibilizados ao paciente, não relacionados à atividade médica, forem falhos e produzirem algum dano a este. Tais serviços⁴⁵ são aqueles relacionados diretamente com fatos e circunstâncias do próprio estabelecimento (o hospital), quais

por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 5.- Recurso Especial do hospital improvido.

41 - BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078/91. “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.

42 - FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 9. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 81. “Quando se tratar de assistência médica prestada pelo hospital, como fornecedor de serviços, a apuração da responsabilidade independe da existência de culpa (princípio da responsabilidade sem culpa). Basta o nexo causal e o dano sofrido. [...] Destarte, fica bem claro que só para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema fundado na culpa, enquanto a responsabilidade civil das empresas seria avaliada pela teoria objetiva do risco, tendo no montante do dano o seu elemento de arbitragem.”

43 - BENJAMIN, Herman de Vasconcelos. Comentários ao Código do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 80. “O Código é claro ao asseverar que só para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado na culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apreciada objetivamente.”

44 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 764.001, relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. 4ª Turma. Julgamento em 04 de fevereiro de 2010. “Civil e processual. Recurso Especial. Responsabilidade civil. Erro médico. Responsabilidade do hospital. I. Restando inequívoco o fato de que o médico a quem se imputa o erro profissional não possuía vínculo com o hospital onde realizado o procedimento cirúrgico, não se pode atribuir a este a legitimidade para responder à demanda indenizatória. (Precedente: 2ª Seção, REsp. 908359/SC, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJe 17/12/2008). II. Recurso especial não conhecido.

45 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 629.212, relator Ministro César Asfor Rocha. 4ª Turma. Julgamento em 15 de maio de 2007. “Responsabilidade Civil. Consumidor. Infecção hospitalar. Responsabilidade objetiva do hospital. Art. 14 do CDC. Dano moral. Quantum indenizatório. O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si. O valor arbitrado a título de danos morais pelo Tribunal a quo não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando a excepcional intervenção desta Corte para revê-lo. Recurso especial não conhecido.”

sejam: questões que digam respeito à estadia do paciente (internação⁴⁶), instalações, infecção hospitalar^{47 48} (como contaminação ou infecção em serviços de hemodiálise, p.ex.), indisponibilidade de equipamentos avariados, serviços auxiliares (enfermagem, exames radiologia etc.), más condições de higiene, ministração de medicamentos estragados, aplicação de remédios equivocados por parte do corpo de enfermagem, instrumentalização cirúrgica inadequada ou danificada⁴⁹ e

46 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 951.251, relator Ministro Castro Meira. Julgamento em 22 de abril de 2009. “Processual civil e tributário. Imposto de renda. Lucro presumido. Contribuição social sobre o lucro. Base de cálculo. arts. 15, § 1º, III, “a”, e 20 da Lei n.º 9.249/95. Serviço hospitalar. Internação. Não-obrigatoriedade. Interpretação teleológica da norma. Finalidade extrafiscal da tributação. Posicionamento judicial e administrativo da União. Contradição. Não-provimento. [...] 5. Deve-se entender como “serviços hospitalares” aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde. Em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos. 6. Duas situações convergem para a concessão do benefício: a prestação de serviços hospitalares e que esta seja realizada por instituição que, no desenvolvimento de sua atividade, possua custos diferenciados do simples atendimento médico, sem, contudo, decorrerem estes necessariamente da internação de pacientes. 7. Orientações da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal contraditórias. 8. Recurso especial não provido.” (gr) A posição deste julgamento foi mantida pelo Recurso Especial n. 1.116.399-BA (julgado em 02 de junho de 2011) e nos Agravos Regimentais nos Recursos Especiais ns. 1.246.825-DF (julgado em 24 de maio de 2011) e 1.219.675-RJ (julgado em 15 de março de 2011).

47 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 116.372, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em 11 de novembro de 1997. “Responsabilidade civil. Indenização por danos sofridos em consequência de infecção hospitalar. Culpa contratual. Danos moral e estético. Cumulabilidade. Possibilidade. Precedentes. Recurso desprovido. I - Tratando-se da denominada infecção hospitalar, há responsabilidade contratual do hospital relativamente a incolumidade do paciente, no que respeita aos meios para seu adequado tratamento e recuperação, não havendo lugar para alegação da ocorrência de “caso fortuito”, uma vez ser de curial conhecimento que tais moléstias se acham estreitamente ligadas a atividade da instituição, residindo somente no emprego de recursos ou rotinas próprias dessa atividade a possibilidade de prevenção. II - Essa responsabilidade somente pode ser excluída quando a causa da moléstia possa ser atribuída a evento específico e determinado. III - Nos termos em que veio a orientar-se a jurisprudência das turmas que integram a seção de direito privado deste tribunal as indenizações pelos danos moral e estético podem ser cumuladas, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado.

48 - Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 451.297, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Julgamento em 10 de dezembro de 2002. “Por outro lado, ressalte-se que a infecção hospitalar está estreitamente ligada à atividade médica e, diante disso, é dever dos estabelecimentos hospitalares zelar pela incolumidade de seus pacientes e arcar com formas de prevenção que se apresentem eficazes.”

49 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.019.404, relator Ministro João Otávio de Noronha. 4ª Turma. Julgamento em 22 de março de 2011. “Processo civil e civil. Indenização. Danos morais. Erro médico. Violação dos arts. 131 e 458 do CPC. Inexistência. Responsabilidade do hospital afastada. Comprovação do dano. Súmula n. 7/STJ. Quantum indenizatório. Revisão. Impossibilidade. Divergência jurisprudencial. Bases fáticas distintas. 1. Não há por que falar em violação dos arts. 131 e 458 do CPC quando o acórdão recorrido dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais. 2. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com a clínica - seja de emprego,

infindável série de fatos adversos ao atendimento esperado.⁵⁰

Provado que o médico agiu com culpa⁵¹ e ficando estabelecida a sua responsabilidade subjetiva, ao hospital será aplicada a teoria da responsabilidade objetiva somente se ele também agiu com culpa na disponibilização dos serviços de sua competência, hipótese em que o estabelecimento será condenado a indenizar o paciente e/ou seus familiares solidariamente com o médico. Excluída a culpa dos médicos (prepostos), conseqüente e necessariamente deverá haver a exclusão da culpa do hospital (preponente), pois a responsabilidade deste somente se configura quando comprovada a culpa daquele.⁵²

Eis exemplos de aplicação deste entendimento:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL POR ERRO MÉDICO E POR DEFEITO NO SERVIÇO. SÚMULA 7 DO STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 334 E 335 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. REDIMENSIONAMENTO DO VALOR FIXADO PARA PENSÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA.

~~~~~  
seja de mera preposição -, não cabe atribuir ao hospital a obrigação de indenizar. 3. É inviável, em sede de recurso especial, revisar a orientação perfilhada pelas instâncias ordinárias quando alicerçado o convencimento do julgador em elementos fático-probatórios presentes nos autos - interpretação da Súmula n. 7 do STJ. 4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes cuidam de situações fáticas diversas. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido.”

50 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 696.284, relator Ministro Sidnei Beneti. Julgamento em 03 de dezembro de 2009. “Recurso Especial: 1) Responsabilidade civil - Hospital - Danos materiais e morais - Erro de diagnóstico de seu plantonista - Omissão de diligência do atendente - aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; 2) Hospital - Responsabilidade - culpa de plantonista atendente, integrante do corpo clínico - Responsabilidade objetiva do hospital ante a culpa de seu profissional; 3) Médico - Erro de diagnóstico em plantão - Culpa subjetiva - Inversão do ônus da prova aplicável - 4) Acórdão que reconhece culpa diante da análise da prova - Impossibilidade de reapreciação por este Tribunal - Súmula 7/STJ. 1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. 2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). 4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 5.- Recurso Especial do hospital improvido.”

51 - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70026181198, Relatora Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgamento em 17 de dezembro de 2008. “A responsabilidade do estabelecimento hospitalar, mesmo sendo objetiva, é vinculada à comprovação da culpa do médico. Ou seja, mesmo que se desconsidere a atuação culposa da pessoa jurídica, a responsabilização desta depende da atuação culposa do médico, sob pena de não haver o dito erro médico indenizável.”

52 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 351.178, relator Ministro Massami Uyeda, relator para o acórdão Ministro João Otávio de Noronha. 4ª Turma. Julgamento em 24 de junho de 2008.

**DATA DA DECISÃO QUE FIXOU O VALOR DA INDENIZAÇÃO.**

1. A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada: (i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC);

(ii) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano; (iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC).

2. No caso em apreço, as instâncias ordinárias entenderam pela imputação de responsabilidade à instituição hospitalar com base em dupla causa: (a) a ausência de médico especializado na sala de parto apto a evitar ou estancar o quadro clínico da neonata – subitem (iii); e (b) a falha na prestação dos serviços relativos ao atendimento hospitalar, haja vista a ausência de vaga no CTI e a espera de mais de uma hora, agravando consideravelmente o estado da recém-nascida, evento encartado no subitem (i).[...]<sup>53</sup>

**CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. CIRURGIA PLÁSTICA. ERRO MÉDICO. DEFEITO NO SERVIÇO PRESTADO. CULPA MANIFESTA DO ANESTESISTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CHEFE DA EQUIPE E DA CLÍNICA.**

1. O Tribunal a quo manifestou-se acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. Não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente. Precedentes.

2. Em regra, o cirurgião chefe dirige a equipe, estando os demais profissionais, que participam do ato cirúrgico, subordinados às suas ordens, de modo que a intervenção se realize a contento.

<sup>53</sup> - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.145.728, relator Ministro João Otávio Noronha. 4ª Turma. Julgamento em 28 de junho de 2011.

3. No caso ora em análise, restou incontroverso que o anestesista, escolhido pelo chefe da equipe, agiu com culpa, gerando danos irreversíveis à autora, motivo pelo qual não há como afastar a responsabilidade solidária do cirurgião chefe, a quem estava o anestesista diretamente subordinado.

4. Uma vez caracterizada a culpa do médico que atua em determinado serviço disponibilizado por estabelecimento de saúde (art. 14, § 4º, CDC), responde a clínica de forma objetiva e solidária pelos danos decorrentes do defeito no serviço prestado, nos termos do art. 14, § 1º, CDC.

5. Face as peculiaridades do caso concreto e os critérios de fixação dos danos morais adotados por esta Corte, tem-se por razoável a condenação da recorrida ao pagamento de R\$100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.<sup>54</sup>

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO PARTICULAR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

1. Os hospitais não respondem objetivamente pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação. Precedentes.

2. Embora o art. 14, § 4º, do CDC afaste a responsabilidade objetiva dos médicos, não se exclui, uma vez comprovada a culpa desse profissional e configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, a solidariedade do hospital imposta pelo caput do art. 14 do CDC.

3. A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, como na hipótese dos autos, em que concorreram, para a realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe técnica, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal, ambos auferindo lucros com o procedimento.

4. Há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar nas instalações por ele oferecidas.

5. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor.

54 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 605.435, relator Ministro João Otávio de Noronha. 4ª Turma. Julgamento em 22 de setembro de 2009.

6. *Admite-se a denúncia da lide na hipótese de defeito na prestação de serviço. Precedentes.*

7. *Recurso especial parcialmente provido.*<sup>55</sup>

O eventual “erro” praticado diretamente pelo médico<sup>56</sup>, durante o exercício da sua atividade técnico-profissional autônoma, não pode ser debitado ao hospital, cabendo ao próprio médico o ressarcimento do dano eventualmente causado ao paciente.<sup>57</sup>

É neste sentido a decisão do Superior Tribunal de Justiça em acórdão assim ementado, em 2005:

*CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.*

55 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.216.424, relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgamento em 09 de agosto de 2011.

56 - Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 721.956, relator Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª R.). Julgamento em 07 de agosto de 2008. “Processo civil. Ação indenizatória. Infecção hospitalar por culpa dos médicos. Responsabilidade subjetiva. Comprovação de culpa. Impossibilidade de reexame de provas. Incidência da Súmula 07 do STJ. Dissídio jurisprudencial não comprovado. 1. Em casos como o dos autos, esta eg. Corte tem entendimento firmado no sentido de que a responsabilidade do hospital é subjetiva. 2. A pretensão recursal objetiva o reconhecimento da responsabilidade do recorrido pelo infortúnio, com a conseqüente verificação do nexo causal e reversão da conclusão exposta no aresto impugnado, o que é vedado ao Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial, conforme a orientação da Súmula 7/STJ. 3. Para a comprovação e apreciação da divergência jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais dos julgados trazidos ou citado repositório oficial de jurisprudência. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” Consta do voto do relator, cuja transcrição aqui é feita para melhor elucidar a situação específica: “O decisum ora agravado assim fundamentou o desprovimento do agravo de instrumento: O acórdão proferido pelo Tribunal a quo concluiu pela inexistência de nexo de causalidade entre a conduta do recorrido e infecção que acometeu o recorrente. Assim, observa-se que, de fato, a pretensão recursal objetiva o reconhecimento da responsabilidade do recorrido pelo infortúnio, com a conseqüente verificação do nexo causal e reversão da conclusão exposta no aresto impugnado. Tal consideração exige, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado ao Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial, conforme a orientação da Súmula 7/STJ, in verbis: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” Demais disso, alegou o recorrente que o

dano “decorreu do serviço mal prestado pelo médico, que não receitou antibióticos para a cura da infecção, comprovando sua negligência no dever de cuidado que deve ter com os pacientes” (fl. 924). Oportuno observar que, em casos como o dos autos, esta eg. Corte tem entendimento firmado no sentido de que a responsabilidade do hospital é subjetiva, carecendo de comprovação da sua culpa.” [...] 57 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 764.001, relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgamento em 04 de fevereiro de 2010. “Civil e processual. Recurso Especial. Responsabilidade civil. Erro médico. Responsabilidade do hospital. Restando inequívoco o fato de que o médico a quem se imputa o erro profissional não possuía vínculo com o hospital onde realizado o procedimento cirúrgico, não se pode atribuir a este a legitimidade para responder à demanda indenizatória.”

1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.).

2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.

3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).

4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido.<sup>58</sup>

Em outros julgamentos realizados pelo mesmo Tribunal Superior a linha de decisão adotada foi a mesma:

*RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. COMPLICAÇÕES DECORRENTES DE ANESTESIA GERAL. PACIENTE EM ESTADO VEGETATIVO.*

1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento.

Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.

2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo

<sup>58</sup> - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 258.389, relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento em 16 de junho de 2005.

*estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva.*

*No entanto, se, na ocorrência de dano, tal como o que sucedeu nos autos, impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.*

*3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial.*

*O conceito de preposto não se amolda a um simples cadastro, vai bem além, pois pressupõe que uma pessoa desenvolva atividade no interesse de outra, sob suas instruções, havendo, portanto, caráter de subordinação.*

*4. Recursos especiais não-conhecidos.<sup>59</sup>*

**RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO.**

*1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento.*

*Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.*

*2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabi-*

<sup>59</sup> - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 351.178, relator Ministro Massami Uyeda. Relator para o acórdão Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento em 24 de junho de 2008.

*lidade subjetiva.*

*No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.*

*3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial.*

*4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido.<sup>60</sup>*

*PROCESSO CIVIL E CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 131 E 458 DO CPC. INEXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL AFASTADA. COMPROVAÇÃO DO DANO. SÚMULA N. 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. BASES FÁTICAS DISTINTAS.*

*1. Não há por que falar em violação dos arts. 131 e 458 do CPC quando o acórdão recorrido dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.*

*2. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com a clínica - seja de emprego, seja de mera preposição -, não cabe atribuir ao hospital a obrigação de indenizar.*

*3. É inviável, em sede de recurso especial, revisar a orientação perfilhada pelas instâncias ordinárias quando alicerçado o convencimento do julgador em elementos fático-probatórios presentes nos autos - interpretação da Súmula n. 7 do STJ.*

*4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes cuidam de situações fáticas diversas.*

*5. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido.<sup>61</sup>*

60 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 908.359, relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para o acórdão Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento em 27 de agosto de 2008.

61 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.019.404, relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento em 22 de março de 2011.

## 7. A (NÃO) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO HOSPITAL EM RAZÃO DO “ERRO” COMETIDO PELO MÉDICO

Uma vez comprovada a culpa do médico e, portanto, patente a existência de responsabilidade subjetiva, é necessário averiguar se o hospital responde solidariamente pelo defeito no serviço prestado por aquele profissional a partir da análise da relação jurídica e do vínculo de subordinação mantida entre eles.

Em julgamentos de 2001, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam”<sup>62</sup> e que “A 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 pós-cirúrgico realizado com médico cooperativado.”<sup>63</sup>

Referido Tribunal tem discutido, em algumas decisões, o significado jurídico da forma de vinculação do médico ao corpo clínico do hospital e o alcance jurídico da observância, por aquele, do regimento interno deste. Examina-se, em última análise, a eventual existência de “subordinação” do médico ao hospital em razão da necessidade de seguimento, por aquele, de regras legais e internas<sup>64</sup> para

62 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 138.059, relator Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma. Julgamento em 13 de março de 2001.

63 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 309.760, relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma. Julgamento em 06 de novembro de 2001.

64 - A Ministra Nancy Andrighi fez constar no voto proferido no Recurso Especial n. 1.216.424, do qual foi relatora: “[...] Para que os médicos possam utilizar as instalações de qualquer estabelecimento hospitalar, ainda que para a realização apenas de procedimentos particulares e internação, é sabido que os hospitais exigem a autorização da administração ou do conselho, o que pode incluir avaliação do currículo do médico e apresentação de indicações desse profissional. Esse “processo de credenciamento” está regulado na Res. 1.124/83 do Conselho Federal de Medicina, que determina que cada estabelecimento de saúde tenha um regimento interno, aprovado pelo conselho regional de medicina da respectiva jurisdição, que estructure o corpo clínico e determine a forma de admissão e exclusão de seus membros. Embora cada hospital estabeleça os requisitos que serão exigidos para a admissão em seu estabelecimento, os conselhos regionais de medicina orientam a formulação do regimento interno do corpo clínico por meio de resoluções próprias sobre o assunto (exemplos: Res. 04/2004 CRM-RS e Res. 18/1986 CRM-PR). Dessa forma, ainda que o processo de admissão no corpo clínico, que permite que médicos utilizem as dependências dos hospitais e internem seus pacientes, não constitua vínculo empregatício do Hospital com o profissional de saúde, visa, justamente, destacar os profissionais que considera habilitados para exercer a medicina na sua sede. Observa-se, pois, que o hospital atua ativamente na escolha dos profissionais que exercem suas atividades dentro do seu estabelecimento, especialmente na hipótese em análise, haja vista que, segundo o próprio recorrente, o hospital não possui um corpo clínico próprio, sendo que todos os médicos que lá atuam são profissionais liberais que não possuem vínculo empregatício com a instituição (e-STJ fls. 249). Nessas circunstâncias, portanto, há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar em suas dependências, motivo pelo qual não é jurídico analisarmos o serviço desenvolvido pelo estabelecimento de saúde como sendo totalmente independente dos procedimentos realizados pelos médicos.” Eis parte do voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no mesmo processo: “De outra parte, cumpre

atuar nas dependências do estabelecimento de saúde e, a partir daí, de vinculação jurídica entre as partes.

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 908.359<sup>65</sup>, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça afastou a responsabilidade objetiva dos hospitais pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação. Consta da ementa deste caso que

*[...] a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. [...] O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial.*

Consta do julgamento de outro Recurso Especial, o de n. 351.178<sup>66</sup>, cuja ementa é praticamente a mesma acima parcialmente transcrita, que “O conceito de preposto não se amolda a um simples cadastro, vai bem além, pois pressupõe que uma pessoa desenvolva atividade no interesse de outra, sob suas instruções, havendo, portanto, caráter de subordinação.” (grifo no original). Neste caso específico, julgado em 24 de junho de 2008, a responsabilidade solidária do hospital foi afastada, restando vencido o relator, Ministro Massami Uyeda.

Não se podem ignorar, por importantes, os argumentos defendidos pela Ministra Nancy Andrighi no sentido da configuração da solidariedade entre médico e hospital quando presente a “cadeia de fornecimento do serviço”, que “se caracteriza, na sociedade atual, por reunir inúmeros contratos num relação de interdependência, com vários atores para a realização adequada de um mesmo objetivo: o

observar que a aferição da responsabilidade do hospital pelo cadastramento ou credenciamento de médicos aptos a utilizar suas instalações dependeria da comprovação de culpa in eligendo, a ser verificada em cada caso concreto. Isto é, ainda que comprovado o erro do médico, não pode o hospital ser responsabilizado incondicional e automaticamente pelo credenciamento do profissional se não houver evidência de que agiu com culpa nesse procedimento, ou, em outras palavras, que violou de algum modo o dever de cuidado imposto pelas normas editadas pelos conselhos de medicina para o credenciamento de médicos em nosocômios. Ao não ficar caracterizada a desobediência de tais normas ou a incúria com os critérios nelas erigidos, não há como responsabilizar o hospital pelo simples cadastramento de médico.”

65 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 908.359, relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para o acórdão Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento em 27 de agosto de 2008.

66 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 351.178, relator Ministro Massami Uyeda. Relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, 4ª Turma. Julgamento em 24 de junho de 2008.

serviço contratado pelo consumidor, o qual, muitas vezes, sequer visualiza a conexão e complexidade dessas relações.”<sup>67 68</sup>

As decisões do Superior Tribunal de Justiça estão se alinhando no sentido de afastar a responsabilidade objetiva dos hospitais no tocante à sua vinculação ao desempenho da atividade profissional pelo médico e restringindo a aplicação daquela somente nos casos de comprovada deficiência dos serviços estruturais disponibilizados ao paciente.

Havendo, eventualmente, a condenação do hospital em razão da comprovação da culpa subjetiva do médico, o estabelecimento poderá cobrar o valor que foi obrigado a desembolsar diretamente do causador do dano, por meio de ação de regresso.

É certo que, nas relações de consumo, a denúncia da lide é vedada no que diz respeito à responsabilidade pelo fato do produto (art. 13, do CDC). Porém, ela é admitida nos casos de defeito no serviço (art. 14, do CDC), desde que sejam preenchidos os requisitos do artigo 70 do Código de Processo Civil.<sup>69</sup>

## 8. A VALORAÇÃO DO DANO MORAL

A valoração do dano moral intrínseco nas ações que discutem a eventual ocorrência de “erro médico” atormenta os tribunais, diante da inexistência de lei que trate do assunto e da dificuldade de se aferir o sofrimento (insuscetível de avaliação) inerente à perda de uma vida humana ou da inutilização de um de seus membros anatômicos.

Eventual condenação deste tipo deve ser fixada por arbitramento, conforme aponta a doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

*Por se tratar de arbitramento fundado exclusivamente no bom senso e na equidade, ninguém além do próprio juiz está credenciado a realizar a operação de fixação do quantum com que se reparará a dor moral.*

*Está, portanto, solidamente estabelecido na doutrina que, não apenas o poder de*

67 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 908.359, relatora Ministra Nancy Andri ghi. Relator para o acórdão Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento em 27 de agosto de 2008.

68 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.216.424, 3ª Turma, relatora Ministra Nancy Andri ghi. Julgamento em 09 de agosto de 2011.

69 - Nesse sentido são os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial n. 1.123.195-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, julgado em 16/12/2010, DJ 03/02/2011; Recurso Especial n. 1.024.791-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, julgado em 05/02/2009, DJ 09/03/2009; Recurso Especial n. 439.233-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, julgado em 04/10/2007, DJ 22/10/2007; Recurso Especial n. 741.898/RS, Rel. Min. Nancy Andri ghi, 3ª Turma, julgado em 15/12/2005, DJ 20/11/2006; tudo conforme consta do Recurso Especial n. 1.216.424, 3ª Turma, relatora Ministra Nancy Andri ghi. Julgamento em 09 de agosto de 2011.

*decidir sobre a existência e configuração do dano moral e do nexos causal entre ele e a conduta do agente, mas, também e sobretudo, a sua **quantificação**, correspondem a temas que somente podem ser confiados às **mãos do julgador** e ao seu **prudente arbítrio** (AMARANTE, ob. cit., p. 276; CASTRO Y BRAVO, ob. cit., loc. cit.).<sup>70</sup> (grifos no original)*

No arbitramento do dano moral, o juiz deverá ter em conta, dentre outros aspectos, a) a posição social e econômica do ofensor e do ofendido, b) o grau de culpabilidade do ofensor e c) a profundidade dos reflexos do dano. Ensina Caio Mário da Silva que

*A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.<sup>71</sup>*

O Judiciário não pode se omitir em decidir as questões que lhe são postas pela sociedade. Assim é que o Superior Tribunal de Justiça atraiu para si a responsabilidade de (re)definir o valor do dano moral a ser pago pela parte condenada em ações de responsabilidade civil quando a quantia definida nas instâncias inferiores se mostrar ínfima, excessiva, ou “incapaz de punir adequadamente o autor do ilícito e de indenizar satisfatoriamente os prejuízos extrapatrimoniais sofridos.”

E ele assim o faz com base em parâmetros de razoabilidade, proporcionalidade (da compensação em relação ao sofrimento) e “exemplaridade da punição do ofensor para evitar novo ato danoso”<sup>72</sup>, constantes de precedentes, para “indicar situações semelhantes que possam servir de critérios, com vistas a uma solução mais uniforme e objetiva.”<sup>73</sup>

No julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 351.178, trouxe-se à baila o precedente constante do Recurso Especial n. 880.349<sup>74</sup>, no qual

70 - THEODORO JUNIOR, Humberto. Dano Moral, 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 34/35.

71 - PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, n° 49, 4. ed., 1993. p. 60. In Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n° 70012188926, relator Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Julgamento em 06 de outubro de 2005.

72 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.128.646, relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgamento em 18 de agosto de 2011.

73 - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Apelação Cível n. 2003.007143-1, relator Desembargador Vanderlei Romer. Julgamento em 11 de dezembro de 2003.

74 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 880.349, relator Ministro Castro Filho, 3ª Turma.

houve óbito do paciente por reconhecido erro de anestesia, tendo sido fixada a indenização em R\$30.000,00 para cada autor da ação (esposo e os três filhos do paciente). Neste caso, a vítima tinha 40 anos de idade e ficou em coma por 3 deles, em estado vegetativo. Nos Embargos em questão, entendeu-se por bem equalizar a situação aos precedentes da Corte e reduziu-se a condenação de R\$830.000,00 para R\$50.000,00, que é o valor entendido como suficiente para “indenização por morte” pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme consta do voto do relator, Ministro João Otávio de Noronha, que foi acompanhado pelos demais Ministros.

Noutra situação, em que houve óbito de chefe de família, o valor arbitrado foi de R\$25.000,00 para cada autor. Afirmou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que, “Na espécie, observando tais parâmetros, aliados aos fatos dos autos, especialmente quanto à situação sócio-econômica dos autores, sem deixar de atentar, de outro lado, para a proporção do dano causado, em virtude do falecimento do chefe da família, tenho por razoável fixar a condenação em R\$200.000,00 (duzentos mil reais), sendo 1/4 (um quarto) para cada um dos autores, a ser atualizada a partir da data deste julgamento, quantia essa que se ajusta aos precedentes da Turma.”<sup>75</sup>

Citam-se outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça, por amostragem, para demonstrar que dificilmente o valor da indenização supera o equivalente a cem salários mínimos: Recurso Especial n. 825.275<sup>76</sup>; Recurso Especial n.

Julgamento em 26 de junho de 2007. “Direito Civil. Ação de indenização. Erro médico. Operação ginecológica. Morte da paciente. Verificação de conduta culposa do médico-cirurgião. Necessidade de reexame de prova. Súmula 7/STJ. Danos morais. Critérios para fixação. Controle pelo STJ. I – Dos elementos trazidos aos autos, concluiu o acórdão recorrido pela responsabilidade exclusiva do anestesista, que liberou, precocemente, a vítima para o quarto, antes de sua total recuperação, vindo ela a sofrer parada cardíaco-respiratória no corredor do hospital, fato que a levou a óbito, após passar três anos em coma. A pretensão de responsabilizar, solidariamente, o médico cirurgião pelo ocorrido importa, necessariamente, em reexame do acervo fático-probatório da causa, o que é vedado em âmbito de especial, a teor do enunciado 7 da Súmula desta Corte. II – O arbitramento do valor indenizatório por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser majorado quando se mostrar incapaz de punir adequadamente o autor do ato ilícito e de indenizar satisfatoriamente os prejuízos extrapatrimoniais sofridos. Recurso especial provido, em parte.”

75 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 506.837, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª Turma. Julgamento em 5 de junho de 2003.

76 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 825.275, relator Ministro Fernando Gonçalves. 4ª Turma. Julgamento em 02 de fevereiro de 2010. “Hospital psiquiátrico. Paciente. Morte. Danos morais. Montante. Exagero. Redução. Possibilidade 1 - Nos termos do entendimento pacificado desta Corte, o montante indenizatório, fixado a título de danos morais, só se submete ao crivo deste Superior Tribunal de Justiça se for ínfimo ou exorbitante. 2 - No caso concreto, afigura-se exagerada a indenização em 1600 salários mínimos para cada recorrido, marido e filho da vítima, morta por outro paciente psiquiátrico, enquanto encontrava-se internada no hospital. 3 - Redução para o valor global de R\$ 255.000,00 (duzentos e cinquenta e cinco mil reais) com juros da data do evento e correção desta data. 4 - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.”

1.097.955<sup>77</sup>. Recurso Especial n. 1.178.033<sup>78</sup>; Recurso Especial n. 1.294.915<sup>79</sup>.

## 9. CONCLUSÃO

Constata-se pela análise da amplitude das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça que a tendência da Corte é no sentido de definir que a responsabilidade dos hospitais deve ser aferida a partir da verificação do dano provocado pela falha dos serviços (materiais, equipamentos etc.) que eles disponibilizam ao paciente, além de malefícios causados pontualmente pela equipe de profissionais composta por celetistas.

Em relação a eventual irregularidade aferida na conduta técnica e profissional do médico, caberá exclusivamente a este indenizar o paciente no caso de condenação advinda em razão da existência de dano, desde que fique comprovada a culpa (subjéctiva) no seu proceder.

Não tendo o médico nenhuma vinculação com o hospital, nem empregatícia e nem de preposição, não cabe atribuir àquele a obrigação de indenizar em razão do mero exercício da prática médica nas suas dependências.

---

77 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.097.955, relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgamento em 27 de setembro de 2011. “Processo civil e Civil. Responsabilidade civil. Médico. Cirurgia de natureza mista – estética e reparadora. Limites. Petição inicial. Pedido. Interpretação. Limites. 1. A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes. 2. Nas cirurgias de natureza mista – estética e reparadora –, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora. 3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes. 4. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes. 5. O valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar ínfimo ou exagerado. Precedentes. 6. Recurso especial não provido.” Destacou a Ministra relatora: “[...] Nesse aspecto, o valor arbitrado pelo Tribunal Estadual, correspondente a 85 salários mínimos, nem de longe se mostra excessivo à luz dos julgados desta Corte, a ponto de justificar a sua revisão. Aliás, além de o recorrente não ter trazido – como lhe competia – nenhum dissídio apto a demonstrar o suposto exagero do valor arbitrado, em consulta ao acervo de jurisprudência do STJ não encontrei nenhum caso recente de dano moral decorrente de erro médico cuja indenização tenha sido fixada abaixo dos 100 salários mínimos.”

78 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.178.033, relator Ministro Raul Araújo, 4ª Turma. Julgamento em 14 de junho de 2011. “Recurso Especial. Indenização. Dano moral. Negligência médica. Cirurgia ortopédica. Majoração do valor da reparação. I. Esta Corte pode revisar o valor da reparação por danos morais quando fixado, na origem, de forma manifestamente elevada ou ínfima. 2. No caso, em que se tem recurso apenas da autora da ação que traz pedido indenizatório decorrente de erro em cirurgia a que foi submetida, em razão de fratura no fêmur, o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) mostra-se ínfimo a justificar o reexame por parte deste Tribunal. 3. Recurso especial conhecido e provido para fixar a reparação em R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).”

79 - Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.294.915, relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS). 3ª Turma. Julgamento em 08 de junho de 2010.

## 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. A Responsabilidade Civil do Médico – Uma Abordagem Constitucional. São Paulo: Atlas, 2007.
- BENJAMIN, Herman de Vasconcelos. Comentários ao Código do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BRASIL, Código Civil, Lei n. 10.406/02.
- BRASIL, Código de Processo Civil. Lei n. 5.869/73.
- BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078/91.
- BRASIL, Conselho Federal de Medicina, Resolução n. 1.931/09 - Código de Ética Médica.
- BRASIL, Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. O Médico e a Justiça – um estudo sobre ações judiciais relacionadas ao exercício profissional da medicina. Coordenação institucional de Nacime Mansur e Reinaldo Ayer de Oliveira. São Paulo. 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Malheiros.
- DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 5. ed. v. I.
- FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- LEAL, Ana Cláudia da Silveira e SAMPAIO, Carlos. (org.) Responsabilidade civil (atividade médico-hospitalar). 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Esplanada, 1999.
- MADRID, Nelson. Fórum sobre o erro médico. Associação Paulista de Medicina, Seção Regional de Limeira. 1. ed. Limeira: edição própria, 1991.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, nº 49, 4. ed., 1993.
- TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde. São Paulo: Saraiva, 2007 (Série GVlaw)
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano moral. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

Publicado na RBDS – Revista Brasileira de Direito da Saúde,  
Ano 1, n. 1, Jul/Dez 2011, p. 52 a 87, Brasília,  
Confederação das Santas Casas de Misericórdia,  
Hospitais e Entidades Filantrópicas

## 3.6 | Carlos Cachoeira, a Lei de Acesso e o Prontuário do Paciente

**D**eu gosto de ver o rigor e o vigor com os quais o Supremo Tribunal Federal e a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) protegeram o sigilo dos documentos que foram reunidos pela Polícia Federal (nas operações Monte Carlo e Vegas) no episódio que envolveu o “Carlinhos Cachoeira”, acusado de chefiar uma rede de jogos ilegais e manter ligações desaconselháveis com o ex-senador Demóstenes Torres, alguns deputados e agentes públicos.

Deputados, senadores e advogados tentaram obter cópia dos processos no Supremo Tribunal Federal (STF), mas o ministro Ricardo Lewandowski negou acesso a eles diante da necessidade de se proteger o sigilo daquelas informações. Antes da instalação da CPMI, o mesmo ministro do STF havia negado acesso aos documentos ao Conselho de Ética do Senado, composta, obviamente, por senadores da República. O ministro do STF protegeu o sigilo de forma ferrenha e legal e somente autorizou vista deles diretamente aos componentes da CPMI e desde que o presidente desta se comprometesse a proteger o contido nos documentos, sigilosos, e restringisse o acesso a eles somente por quem tivesse interesse direto, ou seja, deputados federais, senadores e advogados.

Ora, se informações acerca de eventuais negociatas corruptas são protegidas com tanto esmero pelo Supremo Tribunal Federal, porque aquelas que dizem respeito à saúde e ao quadro clínico de pacientes, que se sustentam na mesma Constituição Federal, são corriqueiramente relativizadas pelas autoridades e os seus protetores são ameaçados de processos? Por que a Comissão de Ética do Senado não ameaçou processar o ministro Ricardo Lewandowski, do STF, quando ele se recusou a enviar cópia dos documentos solicitados pelos senadores da

República? Não é assim que agem as autoridades contra os diretores dos hospitais quando estes negam a enviar cópia de prontuários de pacientes sem que estes tenham autorizado tal procedimento por escrito ou tenham eles falecido?

Há algumas informações que têm o seu sigilo defendido com unhas e dentes, pois é exatamente neste sentido o que determina a Constituição Federal. Acontece que essas espécies de sigilo do indivíduo detêm tratamento bastante diferenciado se comparadas ao recebido pelo prontuário do paciente, que também goza de sigilo, mas assim não é visto pelas autoridades. Exemplos desses sigilos privilegiados são aqueles destinados à proteção dos dados cadastrais e de terceiros, que têm leis estaduais (Rio de Janeiro, por exemplo) que determinam a obrigação de supressão de dados pessoais dos envolvidos que permitam a sua localização por pessoas estranhas aos quadros da Polícia Civil daquele Estado.

Outro exemplo de direito protegido, de forma inflamada, diz respeito ao sigilo de dados bancários. Este assunto é tão caro aos cidadãos que os ministros do STF (RE 389.808) frearam o ímpeto de devassa indiscriminada da Receita Federal do Brasil (e do Banco Central, em outro julgamento) e decidiram que ela não possui legitimidade para, diretamente, quebrar o sigilo dos dados do contribuinte, autorização que lhe havia sido dada de forma descontrolada pela Lei n. 10.174/01, norma jurídica que foi desconsiderada na parte que afrontava a Constituição Federal.

Nem aos advogados, em algumas situações, é dado o direito de ter acesso a informações que são protegidas pelo sigilo e que não pertençam aos seus clientes. (STJ, HC 65.303)

Ainda na linha exemplificativa, uma empregada conseguiu indenização de R\$ 5 mil contra a sua empregadora porque esta escreveu as palavras “conforme decisão judicial” na sua carteira de trabalho, haja vista que o vínculo empregatício entre as partes foi estabelecido somente pelo Judiciário. O Tribunal Regional do Trabalho entendeu que aquela anotação (“conforme decisão judicial”) desabonava a ex-empregada e dificultava a procura de emprego, e isso com base na mesma norma constitucional que protege o sigilo contido nos prontuários dos pacientes (CF, art. 5º, X).

Há projetos de lei em andamento que pretendem modificar o Código Brasileiro de Trânsito e ampliar os meios validados pela Lei Seca para comprovar a embriaguez de motoristas, se transformados em lei. As propostas em discussão pretendem incluir na lei que “todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, poderá ser

submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos [...] permitam certificar seu estado.” Os testes e exames clínicos serão feitos pelos motoristas/pacientes em hospitais ou em laboratórios, que devem obediência às Resoluções emanadas dos Conselhos Federal e Estaduais de Medicina, que determinam que os prontuários/resultados somente sejam entregues aos próprios pacientes ou a quem eles autorizarem expressamente. É bem provável que os motoristas não desejarem produzir prova contra si mesmos e não autorizarão o envio de cópia dos resultados para terceiros, inclusive para autoridades, que certamente os solicitarão sem autorização dos pacientes. Não é difícil imaginar que os gestores dos hospitais serão premidos e ameaçados por autoridades quando eles se recusarem a enviar cópias de resultados de exames de pacientes para instruírem inquéritos policiais abertos para apurar embriaguez ao volante do cidadão/motorista/paciente.

A chamada Lei de Acesso (n. 12.527/11), que entrou em vigor em maio/12, é enorme ganho da (e para a) sociedade e traça regras e procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para garantir o acesso a informações pelos cidadãos e ela se aplica (no que couber), também, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos mediante qualquer forma de repasse. Essa lei trata a publicidade como preceito geral e o sigilo como exceção. Fica fácil imaginar os inevitáveis e vários problemas que os hospitais mantidos por entidades sem fins lucrativos, como os filantrópicos e as Santas Casas, terão na lida com tal norma jurídica, mesmo diante da ressalva expressa quanto à manutenção em segredo das informações pessoais que dizem respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Não sou catastrófico nem pessimista, mas as entidades terão outra norma a enfrentar e em relação à qual deverão justificar suas negativas. As autoridades mais afoitas verão nela mais um instrumento para fazer valer a sua ordem, mesmo que praticada com abuso de poder. Sem necessidade de aprofundamento, é fácil identificar que, diante da previsão da Lei de Acesso no sentido de que não será exigido consentimento do paciente para cumprir ordem judicial (art. 31, § 3º, II), os diretores dos hospitais penarão. Ora, a Constituição Federal não concede ao magistrado o direito e nem o poder de ver as informações constantes do prontuário do paciente sem autorização dele. E isso permanece mesmo no caso de óbito do paciente. É isso o que está escrito no Código de Ética Médica e é essa a linha de raciocínio apregoadada pelos Conselhos Federal e Regionais de Medicina. Mas as autoridades judiciais discordam desta postura de tais autarquias.

Está feito o mafuá e salve-se quem puder ou quem tiver menos medo de defender suas posições jurídicas, inclusive nas instâncias superiores do Judiciário.

Observa-se que a severidade com que são tratados os dados bancários, por exemplo, não se estende às informações contidas no prontuário do paciente, que invariavelmente são relativizados pelas autoridades, que abusam de seu poder para invadir a intimidade dos pacientes e ameaçar de processo (por crime de desobediência) os dirigentes dos hospitais que insistem em protegê-las. E elas assim o fazem porque entendem que seus ofícios nesse sentido seriam erigidos ao mesmo patamar que as leis que preveem as restritas hipóteses da justa causa, o que não encontra respaldo jurídico.

Como aceitar a postura de delegados, promotores e juízes que defendem que a recusa no envio de cópia do prontuário pelo hospital e o não atendimento de seus ofícios impedem a realização de investigação, inviabiliza o poder/dever do Estado de exercício da persecução penal, o que provocaria grave prejuízo à ordem pública e o direito à segurança da sociedade, além de subverter a ordem jurídica? Tais autoridades acusam os dirigentes dos hospitais de se valerem de falsa premissa de proteção da intimidade do paciente e ofenderem e desprezarem o interesse público e sua supremacia sobre o interesse privado. Definitivamente, não é esse o motivo que move os gestores de hospitais a não enviar cópia de prontuários que não foram autorizados por seus titulares, mas a inteligência conjunta dos dispositivos constitucionais e legais aplicáveis ao assunto. Não há dolo específico dos gestores de hospitais em desprezarem ordens de autoridades, inclusive judiciais, o que, por si só, afasta a configuração do crime de desobediência, diante da atipicidade de conduta.

Ao invés de desobediência dos gestores de hospitais, o que se vê é o verdadeiro abuso de poder de autoridades ao determinar a revelação de informações sigilosas protegidas pela Constituição Federal, pois divorciadas do conhecimento específico a respeito da amplitude e complexidade do assunto.

O velho ditado que diz que ordem judicial não é para ser discutida, mas cumprida, encontra limites quando elas são ilegais. Uma ilegalidade não justifica outra. Os hospitais têm que enfrentar as ordens ilegais, pois baixar a cabeça para elas fragiliza o segmento e faz com que aqueles descumpram a Constituição e exponham os segredos que seus pacientes revelaram ao seu corpo clínico, o que não é admissível sob nenhum ponto de vista, principalmente jurídico.

Cabe ao Estado provar a autoria de crime praticado pelas pessoas. O princípio constitucional que faculta o indivíduo a não produzir prova contra si mesma

continua válido. Portanto, a conclusão de que o não encaminhamento de cópia de prontuário a autoridades sem autorização do paciente seria a tentativa de acobertamento de crime e impedimento de conhecimento de eventual autoria mais parece choro de incompetente do que argumento jurídico.

Cabe ao Estado buscar a comprovação da prática de crimes e a identificação do autor, mas sem descumprir o ordenamento jurídico, a quem ele deve rigorosa e irrestrita obediência, sem qualquer margem discricionária, sob pena de colocar em risco as instituições e os direitos fundamentais das pessoas, o que é absolutamente inadmissível e deve ser rechaçado pelos hospitais de forma rápida e precisa, no Judiciário, inclusive.

Enquanto a Constituição Federal e a legislação estiverem redigidas como estão ninguém tem direito de conhecer o conteúdo do prontuário se não for autorizado por escrito pelo próprio paciente ou por seu representante legal, estes em especiais casos que constituem a regra e não a exceção.

Os hospitais não devem fazer vistas grossas a desmandos e nem podem se curvar a ilegalidades. Ou fazemos a legislação valer ou este será mais um odioso capítulo da novela tupiniquim das leis que “pegam” e das que “não pegam”. Não caíamos na vala comum desta demonstração de falta de cidadania. O Brasil não merece essa postura de nossa parte.

Publicado na revista Notícias Hospitalares n. 71,  
Ano 12, Set/Out/Nov 2012, p. 34-36.



## 3.7 | Hipocrisia versus superlotação

Não é novidade para ninguém que a hipocrisia é a linha de conduta da sociedade brasileira em alguns assuntos. Algumas aberrações existem pura e simplesmente porque há verdadeira afetação dum sentimento louvável que não se tem. A sociedade não tem. Os políticos não têm. Nós não temos. Salvo, como sempre, as gloriosas exceções. Não há como explicar que brasileiros passam fome enquanto o Brasil bate recordes anuais de produção de grãos, que são exportados ao invés de irem para a barriga dos que têm fome. Mas isso é outra história. Vamos falar da saúde, que é o que nos interessa.

Talvez uma das maiores hipocrisias que temos no Brasil esteja justamente na Constituição Federal, ali escrita com todas as letras. Não se esqueça, caro leitor, que a Constituição Federal é a lei maior do país, hierarquicamente superior a todas. A própria manda-chuva. Prevê o artigo 196 dela que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Você já viu algo mais mentiroso e cruel que isso? Na prática, você já viu um pobre, assalariado, pai de família, conseguir ter acesso a recursos médicos de ponta ou ter acesso “igualitário” como os ricos têm? Claro que há exceções. E ainda bem que elas existem. Mas compare os números das exceções com a população brasileira. Não lhe parece que há algo errado? E isso acontece todo dia, em várias cidades do Brasil, e nosso inconformismo com a situação não passa de uma exclamação e um menear lateral de cabeça diante daquela imagem que aclara a tela da televisão de 29 polegadas da nossa aconchegante sala de visitas.

A saúde custa dinheiro, por mais incrédula e surpreendente que essa afirma-

ção possa parecer a alguns. Para manter ou recuperar a saúde de alguém é necessário recurso financeiro. Não basta amor, dedicação e atenção dos profissionais de saúde. Infelizmente. Custa manter número de leitos compatível com a necessidade de determinada população. Custa manter médicos suficientes para atender os pacientes. Custa comprar medicamentos e materiais. Custa manter equipe de apoio num hospital. E quando não se tem o maldito dinheiro para fazer frente a tudo isso a consequência é o precário e mal atendimento daqueles que não têm condição de pagar por um plano privado de saúde. E o ajuntamento de várias pessoas que não têm como pagar um plano de saúde diante de um hospital (público, na maioria das vezes, ou filantrópico, que faz as vezes daquele) tem como consequência justamente a superlotação.

O intuito maior da Constituição Federal, no caso particular do artigo acima transcrito, é assegurar a todo cidadão, independentemente de sua condição econômica e social, o direito à saúde. Ela mesma já sugeria (desde 1988) que as ações e serviços públicos de saúde deveriam integrar um sistema único. Veio a legislação federal e criou o SUS, que tem como um dos seus princípios a conjugação de recursos financeiros da União, dos Estados e Municípios para que fosse possível a prestação de serviços de assistência à saúde da população. Não ria, leitor. É isso que está escrito na lei. Talvez a coisa não funcione assim na prática porque a legislação não deve ter considerado o fator “políticos” (e não “política”, que é coisa boa). Mais acentuadamente, neste ano eleitoral podemos ver o verdadeiro jogo de empurra-empurra com que é tratada a saúde da população. Não se procura dar efetiva assistência ao doente, mas sim saber se aquele maltratado pela sorte é federal, estadual ou municipal, esquecendo-se que ele é, antes de tudo, brasileiro. Mas talvez estejamos querendo demais também.

Não podemos deixar de falar dos médicos. Diz o Código de Ética Médica que “o médico deve empenhar-se para melhorar as condições de saúde e os padrões dos serviços médicos e assumir sua parcela de responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à saúde.” Vemos alguns profissionais preocupados com isso, mas, infelizmente, vemos outro número enorme destes que não estão nem aí com a saúde pública. Gastam seu tempo angariando pacientes particulares e procurando o credenciamento de convênios. Se estão certos? Responda você, leitor.

Vamos parar com filosofia e imprimir aspecto prático a este artigo, diante da efetiva existência do problema superlotação em vários hospitais. Veremos que o médico é aliado importantíssimo do hospital e da população nessa história,

cabendo-lhe, conseqüentemente, grande responsabilidade.

Não há vagas. Acontecimento bastante corriqueiro. Diante disso, as pessoas responsáveis pelas várias direções de um hospital (administrativa, técnica, clínica, enfermagem etc.) devem acionar, por escrito, e mediante protocolo, as respectivas autoridades de sua vinculação (ou não), do Executivo, Legislativo e Judiciário, os Conselhos Regionais, os órgãos de classe, os sindicatos, enfim, todos que tenham alguma parcela de responsabilidade em relação à inexistência de vagas num hospital, solicitando providências e/ou soluções.

Ora, o problema não é da sociedade? Enganam-se aqueles que pensam que este tipo de problema é do Secretário de Saúde (Municipal ou Estadual) ou do Ministro. A responsabilidade é de toda a população. Jogar a culpa nas costas dos outros é fácil. Arregaçar as mangas, reunir forças, convencer a imprensa, motivar pessoas e efetivamente fazer alguma coisa em prol da população de determinada localidade é que é difícil. Dá trabalho. Gasta-se tempo. Não há remuneração. Aí é mais fácil “ser da oposição”.

De qualquer forma, as autoridades de todas as esferas políticas e públicas devem ser cientificadas da dificuldade de atendimento adequado da população, para que ninguém se exima da sua responsabilidade e fique preocupado em achar culpados, esquecendo-se de pensar numa solução para aquele problema. Você que trabalha em hospital não esqueça: receber o paciente sem estrutura é melhor do que não receber, pois, ocorrendo a segunda hipótese, poderá haver a prática de crime de omissão de socorro.

O médico, que está atendendo vários pacientes nos leitos e a mais um sem número nas macas e cadeiras da recepção, deve assistir a todos usando seu bom senso e fazendo aquilo da melhor maneira possível, dentro das condições existentes no local e no momento, cumprindo determinação do seu Código de Ética. Agindo assim, estará cumprindo seu papel e imunizado contra conseqüências da responsabilidade civil, dependendo do caso concreto, obviamente.

Transferência. Recurso muito utilizado, principalmente por aqueles que gostam de se livrar do problema, codinome para “paciente”, neste caso. Quando o hospital precisa fazer uma transferência, inclusive por falta de resolutividade de sua capacidade operacional, ele deve consultar previamente o outro hospital sobre a existência de vagas, obtendo sua anuência para o que se pretende fazer. Colocar um paciente numa ambulância e mandá-la correr até outro hospital sem prévia concordância não é ajudá-lo. É, em alguns casos, ser coautor de homicídio. A responsabilidade pelo paciente transferido é de quem transfere e não de quem

vai recebê-lo. Se a ambulância retornar, por qualquer motivo, permanece, por óbvio, a responsabilidade da origem.

O médico deve fazer relatório detalhado (e legível) do quadro clínico do paciente para o colega, visando otimizar o seu atendimento. Além disso, o médico deverá explicar aos familiares ou responsável pelo paciente os motivos que justificam a transferência. Tudo isso deverá ser anotado (legível, sempre) no prontuário do paciente e no livro de ocorrências. Estas informações não devem ser “guardadas na memória”, até porque isso não acontecerá. E sabemos muito bem que o processo de transferência sempre está sujeito a dar algum problema. Nesta situação, nada melhor que um prontuário bem feito e que registre todas as ações dos profissionais de saúde para lhes dar segurança e paz no trabalho.

Talvez o leitor ache que este artigo está muito filosófico e o que ele sugere esteja muito longe de acontecer. Infelizmente, eu também acho. Nossa sociedade é por demais acomodada, submissa, complacente e inerte. É verdade. E é assim por falta de educação e de acesso a informações que lhe permitam questionar inúmeras coisas e situações, inclusive saúde. Entretanto, como disse Fernando Pessoa, “tudo vale a pena, se a alma não é pequena”.

Publicado na revista Notícias Hospitalares nº 38,  
Ano 4, Ago/Set 2002, p. 44 e 45.

## 3.8 | Intervenção em hospitais: é legal?

A Constituição Federal não autoriza a intervenção, que é o ato pelo qual alguém exerce ingerência nos negócios de outrem. Ela permite a “requisição”, que é o uso do bem particular pela autoridade em caso de iminente perigo público e mediante indenização, se houver dano. É autorização excepcional e restritiva, sendo inconstitucional sua ampliação.

A situação dos hospitais - Saúde não é prioridade no Brasil. É apenas no discurso hipócrita de ignóbeis de plantão, mas sem qualquer consequência prática. Conhecemos a situação calamitosa pela qual passam os hospitais filantrópicos e as Santas Casas, em razão do desequilíbrio econômico-financeiro gerado, dentre vários motivos, pela defasagem da remuneração dos procedimentos pagos pelo governo federal, que é de 30%, aproximadamente, sendo maior, em alguns casos.

As desastrosas consequências das despesas serem maiores que a receita são o endividamento das entidades com fornecedores, bancos e demais credores e o não pagamento de honorários médicos, tributos, encargos trabalhistas e previdenciários dos empregados e diversas outras obrigações inadimplidas. Os governos não sabem disso? Só se forem surdos. Ou dissimulados.

**Exemplos** – Quase 40 Santas Casas e hospitais filantrópicos sofreram ou estão por sofrer intervenção. Citamos apenas alguns: Paranaguá/PR, Uruguaiana/RS, Duque de Caxias/RJ, Campo Grande/MS. No Estado de São Paulo: Adamantina, Araraquara, Capivari, Franca, Guarulhos, Itapetininga, Itu, Jacareí, Paraguaçu, Piedade, Presidente Prudente, Presidente Venceslau, São Roque, Tabatinga, Tatuí, Valinhos etc. As Santas Casas de Buri, Itapetininga, Porangaba e Sumaré, também em São Paulo, ou fecharam ou estão em processo de desativação. (Jornal do CREMESP)

**Rio de Janeiro** – A intervenção federal nos hospitais do Rio de Janeiro traz detalhes jurídicos importantes que fazem a diferença em relação ao assunto aqui tratado. Foi por isso que o Supremo Tribunal Federal (STF) a derrubou (a intervenção) e devolveu a administração dos hospitais e dos respectivos servidores ao município do Rio de Janeiro.

Dois dos hospitais em questão eram municipais, ou seja, públicos. O STF considerou a intervenção federal inconstitucional porque ela se deu em relação ao próprio município do Rio de Janeiro, que é pessoa jurídica de direito público interno, o que é contrário ao pacto federativo. A intervenção só seria possível nos Estados ou no Distrito Federal e não em municípios, salvo se estes estivessem em território federal, o que não é o caso. Além disso, para ser possível, era necessária a decretação de Estado de Defesa, o que não aconteceu.

Os ministros do STF interpretaram o decreto federal como “fraude constitucional”, “requisição à brasileira” e como “caso emblemático que revela, de forma escancarada, o momento vivido, de perda de parâmetros”, mostrando-se como “um retrocesso, passados tantos anos do regime de exceção”.

**Pretextos** - Não são raras as vezes em que governos deixam hospitais filantrópicos e Santas Casas morrerem à míngua para que possam fazer o que está virando moda: intervir. São partidários da máxima “quanto pior, melhor”. Ao invés de os governantes agirem de forma proativa, firmando parcerias e ajudando as entidades a atenderem a população dignamente, preferem o estabelecimento do caos para, num arroubo de super-herói, se transformarem nos salvadores da pátria, na busca dos malditos dividendos políticos. Agem de forma truculenta e ilegal, às vezes embasados em argumentos jurídicos pífios que não se sustentam a simples assopro do lobo mau, para ficar no campo fictício.

Sustentam intervenções com a alegação de “má gestão” dos diretores das entidades. Ora, o que seria a tão propalada “má gestão”? Qual seria a diferenciação jurídica entre má gestão e risco do negócio? O fato de uma Santa Casa ter passivo de milhões quer dizer que ela é má gerida? Como o órgão interventor pode chegar a esta instantânea conclusão se ele sequer analisa um mísero documento financeiro interno da entidade? Será que a análise do balanço permite concluir que a diretoria não sabe administrar? Esquecem-se eles do déficit mensal acumulado pelo atendimento crescente da população, fato confrontado com a limitação do número de AIH (Autorização de Internação Hospitalar) por município? Pode-se fazer diagnóstico honesto e técnico da gestão financeira de um hospital sem se analisar os fatores macros que envolvem aquela atividade e

sem vivenciar seu fluxo de caixa?

**Questão política?** Infelizmente, em alguns casos, a intervenção (ilegal) se dá por mera questão de vitrine. É a chance que o político ignorante aproveita para mostrar o trabalho que não consegue desenvolver, às vezes por limitações técnicas e culturais. Saúde dá voto. Mexer com saúde sensibiliza o povo. Há panorama melhor para a ação dos predadores políticos?

Carlos Heitor Cony escreveu sobre a intervenção nos hospitais cariocas: “Não creio que a atitude do governo federal seja a de melhorar os hospitais do Rio. A medida adotada pelos homens de Brasília faz parte da partida preliminar para o grande jogo principal que é a sucessão presidencial de 2006. Por mais que pareça incrível, a turma lá de cima começa a limpar o terreno para a reeleição de Lula e desde já procura fritar possíveis candidaturas [...]”.

**Poder Executivo** – Normalmente, a intervenção em uma associação civil de direito privado, como são as Santas Casas, ocorre por Decreto, onde se alega estado de calamidade pública na saúde e precariedade de atendimento da população. Um dos requisitos legais para a configuração da calamidade pública é a imprevisibilidade da situação. Ora, alguém em sã consciência pode afirmar que o mau atendimento da população que necessita do SUS (Sistema Único de Saúde) é imprevisível?

Outra vertente é a necessária caracterização do iminente perigo público, que é aquele que impossibilita o funcionamento normal das instituições, gerando caos nos serviços e atividades usuais à população. (Uadi Lâmmego Bullos) Os executores ainda se “apoiam” em alegação de desmandos, “denúncias”, falta de medicamentos e materiais, descumprimento de normas legais, “descalabro” administrativo e outros impropérios que suas mentes férteis conseguem imaginar, argumentos que não encontram amparo jurídico para legitimar o ato pretendido. Os municípios invocam a Constituição Federal e a legislação do SUS. É curioso notar que somente nestes momentos se lembram da Constituição Federal. Talvez parem a sua leitura no artigo 196 e não chegam ao 199, que prevê que as entidades privadas participam de forma “complementar” do SUS, sendo deles a responsabilidade principal.

**Poder Judiciário** – Outra via de intervenção vem sendo utilizada pelo Ministério Público, que tem ajuizado Ação Civil Pública e conseguido liminares por intermédio das quais o juiz nomeia uma pessoa para ser o interventor do hospital, atribuindo-lhe todos os poderes inerentes a tal função. É mais ou menos como aconteceu com a VASP, a CBT (Confederação Brasileira de Tênis) e o Banco Santos,

guardando-se as respectivas proporções e natureza jurídica de cada área, obviamente.

**O interventor** – Quem pode garantir que o interventor nomeado pelo Executivo ou pelo Judiciário é capacitado tecnicamente ou tem conhecimento da área hospitalar, que Peter Drucker disse ser uma das mais complexas, e que poderá tirar uma entidade do “vermelho”, pagando seu passivo, garantido atendimento digno à população e ainda mantendo-a superavitária? De onde vem essa mágica?

José Luiz Spigolon, superintendente da Confederação das Misericórdias do Brasil (CMB), informa que, quando da intervenção na Santa Casa de Franca, o déficit era de R\$ 4 milhões. Após três anos e meio de intervenção municipal, estima-se que o déficit esteja em R\$ 25 milhões. (Edição 179 do Jornal Novo Rumo, da FESEHF) De quem é a responsabilidade civil, administrativa e até criminal por tão brutal aumento do déficit? Do município? Do Judiciário, que permitiu? Será caso de “má gestão” do interventor?

**Jurisprudência** – O Judiciário está atento para coibir abusos. O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) já decidiu que “a Constituição não lhe confere (ao município) poderes para intervir na propriedade privada para suprir suas deficiências de atendimento na área da saúde. [...] Apesar de louvável a preocupação da ilustre autoridade impetrada com a área da saúde pública ante eventual deficiência de atendimento médico-hospitalar prestado pela autora, o ato que praticou não se reveste de amparo legal, eis que sem legitimação material para levá-lo a efeito.” (9a Câmara de Direito Público, relator Desembargador Gonzaga Franceschini, Apelação n. 27.401-5/6)

Em outro julgamento, o mesmo TJ/SP decidiu: “A agravante (Santa Casa) é entidade privada, possuindo pleno direito de auto-gestão, fazendo jus às garantias constitucionais da propriedade e ao livre exercício de suas atividades, direitos estes que não são excluídos em razão de sua condição de prestar serviços médico hospitalares. [...] É admissível a intervenção do Poder Público na propriedade privada e na ordem econômica quando o interesse público o exigir e não por critérios pessoais de autoridades, sempre respeitados os direitos individuais e efetivado em conformidade com expressa previsão em lei.” (Relator Desembargador Leme de Campos, Apelação n. 241.871.5/0-00)

**Reação dura** - As entidades privadas não devem permitir a intervenção passivamente. Devem lutar de maneira firme e decidida e provocar o Judiciário para afastar a ilegalidade que invariavelmente permeia este ato. Devem elas combater o eventual decreto de calamidade pública ou atacar despacho que tenha concedido liminar no Tribunal de Justiça do respectivo Estado. A possibilidade constitucio-

nal e legal da requisição administrativa de propriedade privada tem requisitos próprios que devem ser rigorosamente observados para sua utilização, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, que certamente será declarada pelo Judiciário, dependendo do caso concreto.

Não se discute (nem poderíamos) o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Longe disso. Não é este o enfoque. Deve-se discutir o limite da atuação do Poder Público em relação à propriedade privada e ao desenvolvimento das atividades econômicas das entidades.

Infelizmente, algumas entidades não questionam a “intervenção” (“requisição”, na verdade) no Judiciário, o que acaba por estimular os ocupantes do Executivo a utilizar expediente tão pernicioso e que traz enormes prejuízos a elas, de toda ordem. Da mesma forma, elas também não questionam exageros, abusos ou perseguições praticadas pelos interventores, o que quase as arruína.

**Consequência** – Em não havendo questionamento judicial, o hospital passará a ser administrado pelo interventor nomeado. Porém, a entidade continuará a ser privada, pois a intervenção não afeta sua personalidade jurídica. Os empregados continuarão celetistas e registrados em nome da entidade, não se tornando funcionários públicos por causa da intervenção. As obrigações trabalhistas e previdenciárias continuarão sob a responsabilidade da entidade privada, pois não há sucessão trabalhista. Daí a necessidade de constante fiscalização dos atos do interventor.

A exceção fica por conta de eventual desapropriação do prédio do hospital ou da entidade, o que traz outras consequências jurídicas que não são objeto deste artigo.

Os administradores e a diretoria das entidades devem avaliar a postura a ser adotada diante do caso concreto a que estiverem submetidos.



## 3.9 | O sigilo do Prontuário do Paciente é para valer?

**S**empre me surpreendo com as respostas dos participantes de palestras que realizo sobre o Prontuário do Paciente quando eu pergunto se eles encaminham cópia de tal documento a pedido de delegados, promotores, juízes ou outras autoridades. As respostas são as mais variadas. Alguns afirmam categoricamente que não encaminham quando delegados pedem a cópia. Porém, tal convicção não é a mesma quando se questiona sobre o mesmo pedido feito pelos juízes. Nesta hipótese, a maioria afirma que manda a cópia, mesmo sem saber muito bem qual é a variante legal que os autorizaria a assim agir, já que a lei que protege o sigilo do prontuário é a mesma e não muda em razão da qualidade da pessoa que tenta acessar os dados íntimos do paciente, que os confiou ao médico e ao estabelecimento de saúde, exclusivamente.

A verdade é que o sigilo dos prontuários dos pacientes é quebrado diuturnamente pelos hospitais, que mandam cópia deles para qualquer autoridade, sem muita cerimônia. Se não mandam por ocasião do primeiro pedido, basta o ofício ser reenviado pela autoridade ameaçando o diretor do hospital de processo por crime de desobediência que a cópia do prontuário fica pronta rapidinho.

Quando insisto categoricamente na necessidade de os hospitais cumprirem a obrigação administrativa, legal e constitucional de proteger o sigilo contido nos prontuários, sou olhado com desconfiança e incredulidade. É natural. Tudo o que sai da rotina, de modelo de atuação pré-fabricado e de orientação que vem de anos, causa incômodo e faz com que as pessoas fiquem reticentes em aceitar a orientação. Nesses momentos, costumo ouvir a irritante e imbecilizante máxima: “já era assim quando eu entrei aqui.” Nada fere mais a inteligência do que essa afirmação.

O conteúdo dos prontuários dos pacientes não pode ser revelado para terceiros, sejam eles quem for. A única hipótese que permite que o hospital entregue cópia do prontuário a alguém é a autorização escrita neste sentido do próprio paciente. Caso este tenha ido a óbito, a revelação do sigilo não pode ser “autorizada” pelo inventariante, pela viúva, pelos filhos, pelo promotor, pelo delegado, pelo juiz, pelo desembargador ou por quem quer que seja. Prevê o Código de Ética Médica que é vedado ao médico revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente e que tal proibição permanece mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido e que, na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal. (art. 73)

Além do Código de Ética Médica, várias leis e a Constituição Federal preveem a obrigatoriedade de manutenção do sigilo das informações constantes do prontuário do paciente. E os estabelecimentos de saúde não podem se furtar ao cumprimento das normas legais em razão de ordens ilegais emanadas de autoridades desavisadas. Sim, isso acontece, caro leitor.

A Constituição Federal prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º., X).

Se concordarmos que o prontuário de um paciente registra fatos dos quais podemos extrair informações que podem expor a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, então, este documento é inviolável, o que conceitualmente quer dizer sagrado, intangível, que não pode ser devassado. E, se é assim, o encaminhamento de cópia do prontuário a alguém que não seja profissional da saúde (este está obrigado a manter sigilo das informações a que tem acesso por mandamento dos seus respectivos códigos de ética) viola o mandamento constitucional e expõe o paciente, sujeitando o hospital a ação de dano moral, inclusive.

O paciente que procura o urologista, o ginecologista, o psicólogo, o psiquiatra ou qualquer outro médico expõe intimidades e conta-lhes coisas que não exteriorizariam para ninguém, em prol da sinceridade ao profissional e para facilitar a correta e rápida identificação do mal que o acomete. E o paciente faz isso na certeza de que aquelas informações ficarão restritas ao conhecimento do médico que o atendeu, no consultório ou no leito hospitalar. Se o paciente desconfiar que as informações que revelou não estão seguras e que qualquer um pode ter acesso a elas, muito provavelmente ele omitiria alguma passagem relevante, o que poderia

lhe trazer incalculáveis prejuízos. E se os pacientes assim passassem a agir é possível acontecer sérios problemas de saúde pública, em razão da impossibilidade da aferição do real estado de saúde da população. O sigilo inerente ao prontuário do paciente possui diversas vertentes, como se vê.

Autoridades em geral não gostam de ter suas ordens descumpridas. Quando alguém se insurge contra elas, expondo o argumento jurídico que o impede de cumprir a ordem, inevitavelmente o ousado receberá ofício no qual estará escrito, em negrito, que o não atendimento da determinação implicará na configuração de crime de desobediência. Não é bem assim. Tal qual qualquer pessoa, mas principalmente as autoridades de qualquer nível, são obrigadas a respeitar a legislação. O fato de ser autoridade não dá a ninguém o direito e nem o livre arbítrio de fazer ou exigir o que quiser. A limitação de sua ordem esbarra no ordenamento jurídico. E cabe aos hospitais explicar isso detalhadamente às autoridades, quando instados a cumprir ordem que não encontra amparo legal.

Os estabelecimentos de saúde possuem vasto material constitucional, legislativo, doutrinário, jurisprudencial e administrativo para se insurgir contra ordens ilegais que mandam que eles enviem cópia de prontuários de pacientes sem que estes tenham autorizado por escrito. O velho ditado que diz que ordem judicial não é para ser discutida, mas cumprida, encontra limites quando elas são ilegais. Uma ilegalidade não justifica outra. Os hospitais têm que enfrentar as ordens ilegais, pois baixar a cabeça para elas fragiliza todo o segmento e faz com que eles descumpram a Constituição e exponham os segredos que seus pacientes revelaram ao seu corpo clínico, o que não é admissível sob nenhum ponto de vista, principalmente jurídico.

Recentemente li algumas peças produzidas por autoridades que me preocuparam.

Um delegado paulista informou que estava investigando um caso de “erro médico” (qual seria o crime, já que essa expressão normalmente é utilizada para questões cíveis?) e determinou que o hospital enviasse a ele cópia integral do prontuário do paciente e que fossem identificados todos os tratamentos realizados e medicamentos aplicados, com seus horários e volumes. E mais. Além das cópias, o prontuário deveria ser todo transcrito, à parte, para que ficasse de forma legível e facilitasse a sua leitura.

Noutro ofício, um promotor de justiça relativizou o direito fundamental à intimidade dos pacientes afirmando que o sigilo do prontuário não pode servir para encobrir a prática de crimes.

Em relação a tais posicionamentos, tire você mesmo, caro leitor, as conclusões de tão absurdas manifestações de autoridades. Vejam: de autoridades. O hospital se insurgiu judicialmente contra as ordens. O Judiciário provavelmente protegerá o mandamento constitucional e legal de manutenção do sigilo das informações contidas no prontuário do paciente. Afinal, ou esse negócio vale ou não vale. E, se é a Constituição que manda, eu espero que valha, sob pena da instalação da anarquia, do que não estamos precisando.

Ora, que eu saiba, cabe ao Estado provar a autoria de crime praticado pelas pessoas. Parece-me que, ainda, o princípio constitucional que faculta a pessoa a não produzir prova contra si mesma continua válido. Portanto, a conclusão de que o não encaminhamento de cópia de prontuário a autoridades, sem autorização do paciente, seria a tentativa de acobertamento de crime e impedimento de conhecimento de eventual autoria mais parece choro de incompetente do que argumento jurídico. Cabe ao Estado buscar a comprovação da prática de crimes e a identificação do autor, mas sem descumprir o ordenamento jurídico, a quem ele deve rigorosa e irrestrita obediência, sem qualquer margem discricionária, sob pena de colocar em risco as instituições e os direitos fundamentais das pessoas, o que é absolutamente inadmissível e deve ser rechaçado pelos hospitais de forma rápida e precisa, no Judiciário, se necessário for.

Enquanto a Constituição Federal e a legislação estiverem redigidas como estão ninguém tem direito de conhecer o conteúdo do prontuário se não for autorizado por escrito pelo próprio paciente ou seu representante legal, estes em especialíssimos casos que constituem a regra e não a exceção. Os hospitais não devem fazer vistas grossas a desmandos e nem podem se curvar a ilegalidades, em nenhuma hipótese.

Ou fazemos a legislação valer ou este será mais um odioso capítulo da novela tupiniquim das leis que “pegam” e das que “não pegam”. Não caímos na vala comum desta demonstração de falta de cidadania. O Brasil não merece essa postura de nossa parte.

Quem desejar aprofundar o assunto sugiro o livro Aspectos Jurídicos do Prontuário do Paciente, disponível em [www.abeditora.com.br](http://www.abeditora.com.br), deste articulista.

# 4 | Administração Hospitalar

Administração Hospitalar



## 4.1 | A importância da gestão jurídica em saúde

Uma ação judicial mal conduzida pode arruinar uma empresa e até provocar o fechamento de suas portas. Não é só a má condução profissional do processo em si que pode provocar este resultado, mas também a forma de proceder de seus profissionais pode selar o destino da companhia.

A complexidade de gerir juridicamente instituições de saúde, atuando de forma preventiva e consultiva, é um dos desafios de Josenir Teixeira, Diretor Jurídico da Pró-Saúde. Atuando na área jurídica da saúde desde 1990, ele conta que sua rotina de trabalho é justamente não ter rotina. “Posso atuar num problema decorrente da relação comercial do hospital com um plano de saúde hoje, fazer uma defesa em ação de indenização por alegado erro médico amanhã ou uma defesa trabalhista que discute hora extra, grau de adicional de insalubridade ou assédio moral no dia seguinte. Noutro dia, ainda, posso me debruçar sobre um assunto tributário e elaborar parecer para orientar o cliente a escolher um ou outro caminho. Isso é excitante!”.

Excitante, mas provoca uma contraindicação: a necessidade de atualização e estudos diários. E esse é justamente o principal desafio enfrentado diariamente em seu trabalho como gestor jurídico. “É fundamental aglutinar conhecimento que possa ser utilizado em favor dos clientes, o que é muito diferente da simples tarefa de acessar informação. Se isso não for feito, na intensidade que se exige, você coloca o patrimônio do cliente em risco. Se um dia eu acordar e não ficar ansioso para chegar logo ao escritório para enfrentar problemas gerados ou que possam ser gerados pelos hospitais, provavelmente terei perdido um enorme percentual da vontade de viver. E eu não estou sendo piegas. É real”, garante Josenir Teixeira.

## JUDICIALIZAÇÃO

A judicialização na área da saúde tem crescido exponencialmente nos últimos anos e preocupado sobremaneira o setor, o que torna a atuação do gestor jurídico ainda mais relevante. Para Josenir Teixeira, o paciente que não encontra atendimento no hospital certamente o encontrará no fórum. “O médico foi substituído pelo juiz. Se o médico não atende a pessoa o juiz o manda atender, sob pena de multa e até prisão por desobediência. E é bom que isso aconteça, porque, de novo, demonstra a evolução da sociedade. O legislador que elaborou a Constituição Federal de 1988 não tinha a menor noção do que estava fazendo quando previu que a saúde é um direito de todos e dever do Estado. Não vamos discutir o direito fundamental da pessoa em ter acesso à saúde, pois isso vem desde 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Saúde não tem preço, mas tem custo. E é o custo que temos discutir. Aliás, discutir não, chega de discussão: há que destinar dinheiro para que o custo seja pago. Isso não acontece”, ressalta.

Para o diretor, os governos vivem reclamando da falta de dinheiro. Esta consequência decorre de inúmeras causas. Quem precisa de atendimento não pode esperar. “E a quem ele pode se socorrer e ter resposta em poucas horas? Ao Poder Judiciário, na pessoa do Juiz de Direito, que concederá liminar determinando que o hospital disponibilize médico para atender o cidadão na integralidade da sua necessidade, conforme manda a Constituição Federal”.

Segundo ele, a judicialização da saúde tende a aumentar. “Aliás, eu a considero bastante humilde, fruto da acomodação e do desconhecimento dos seus direitos pelos cidadãos. Quando as pessoas ajuizarem o triplo das ações que existem hoje, o Poder Executivo vai se mexer e mudar alguma coisa. Enquanto isso não acontece, os hospitais continuarão a receber liminares judiciais que provocarão rombo nas suas contas. Enquanto os hospitais continuarem agindo de forma passiva e submissa, não contribuirão em nada para a mudança do cenário atual e abdicam covardemente do cumprimento da sua função social”, reflete.

## JUIZADOS ESPECIAIS

Nem sempre o Judiciário está preparado para lidar tecnicamente com o tema da saúde. Para Teixeira, existem “juízes e juízes”, assim como há profissionais e profissionais em todos os setores. “Há juízes antenados com a evolução dos tempos, mas há os retrógrados, que estão parados no tempo e estes não necessariamente são os mais antigos. Encontramos juízes muito novos que sabem muito da teoria, mas pouco da vida prática, dos litígios do dia a dia, das agruras pelas quais as

pessoas passam nas suas relações, nos empregos e por aí vai”, conta.

Entre as soluções para a questão seria a ampliação das câmaras técnicas, como também a segmentação dos juízes para atuarem exclusiva e diretamente em relação a assuntos específicos, como já há para crimes do colarinho branco, consumidor e outras áreas, em algumas cidades brasileiras. “A saúde merece uma vara para tratar somente dela. Mas faltam juízes. Como faltam médicos para compor as câmaras técnicas. E, se os há não se tem orçamento para pagá-los. E acabamos ficando na mesma, infelizmente. Alguma coisa tem que acontecer e a pressão do povo pode fazer algo acontecer”, explica Teixeira.

Não é só a atuação dos magistrados que preocupa. Teixeira também vê com preocupação a geração de advogados dedicados à área. “Não só os advogados dedicados ao direito da saúde, mas os das outras áreas também. Não consigo enxergar nos olhos dos estagiários que estão prestes a se tornar advogados ou dos que atingiram esse grau recentemente o brilho que eu acho que deveria existir. É verdade que isso é subjetivo, mas, se entendermos esse brilho como produção de trabalhos científicos profundos, ou elaboração de peças processuais razoáveis ou apresentação de nova forma do saber jurídico, que é o meu raciocínio, chegaremos à mesma conclusão”, explica.

Para o gestor, falta curiosidade aos advogados. “A curiosidade é um substantivo que significa o desejo de aprender, de conhecer, de pesquisar, de destrinchar alguma coisa da qual pouco se conhece ou de aspectos até então pouco explorados dessa mesma coisa. A curiosidade catapulta a outros patamares do conhecimento, faz você aprimorar como ser humano e a acumular saber cada vez mais consistente de um assunto. Falta isso nos novos advogados, que se contentam com a superficialidade das coisas e acham que isso é suficiente, o que decorre exatamente da sua própria ignorância”.

## PAPEL DAS UNIVERSIDADES

Josenir Teixeira ressalta que as universidades estão longe de desempenhar o seu papel de forma satisfatória. Para ele, a aferição séria do conhecimento do aluno foi barganhada pelo boleto bancário. “A proliferação desenfreada dos cursos de Direito sempre fez com que eu me perguntasse: quem está ensinando? Temos hoje 1.240 cursos de Direito no Brasil. Isso é mais do que todo o resto do mundo somado, que tem 1.100. Repito: é mais do que o resto do mundo somado. Estima-se que quase 2% da população brasileira tenha feito o curso de Direito. Passar no exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) é outra história, para outro momento”, conta.

De acordo com o gestor jurídico, as faculdades têm pena do aluno, pois ele tem que trabalhar, enfrentar trânsito, morar longe da família e toda a leva de desculpas criativas que são utilizadas neste contexto. “Enquanto a faculdade tiver pena do aluno e não exigir que ela aprenda a técnica científica à qual se propôs ensinar não sairemos dessa estagnação intelectual”, garante.

Não bastasse isso, explica Teixeira, o aluno provém de uma sociedade desestruturada, “que não lhe ensinou a pensar, mas a decorar, que não lhe ensinou a aprender, mas a passar de ano, que não lhe exigiu o domínio de matérias como o português, por exemplo, mas adula quando ele fala e escreve errado, com a desculpa descarada e esfarrapada de que o que importa é que o seu interlocutor tenha compreendido o contexto. Resumindo: falta seriedade do aluno e da faculdade”.

## DESAFIOS

O objetivo de qualquer gestão jurídica é administrar satisfatoriamente a demanda consultiva e contenciosa do cliente, além de toda e qualquer circunstância que possa lhe trazer alguma consequência indesejada ou prejuízo patrimonial. De acordo com Josenir Teixeira, a gestão jurídica em saúde não é diferente. O seu objetivo macro é trazer segurança ao cliente. Entre os desafios para que isso aconteça estão a dificuldade de contar com advogados pensantes; a fidelização destes, quando encontrados; a amplitude da discussão dos temas jurídicos pela sociedade, levando-se em consideração que a saúde é direito fundamental do cidadão e protegido pela Constituição Federal; o constante aumento do volume de processos; a judicialização da saúde e a dificuldade de identificação de quem vai pagar a conta dos atendimentos realizados; o recebimento dos créditos dos hospitais gerados pelos atendimentos decorrentes de liminares e sentenças judiciais; e outros problemas que podem decorrer destes principais.

Publicado na Revista da FBAH – Edição Especial: 40 anos – Federação Brasileira de Administradores Hospitalares, editada por Talentos Comunicações, em Maio de 2012, p. 36 a 39.  
[www.portaldohospital.com.br](http://www.portaldohospital.com.br)

## 4.2 | Vada a bordo, cazzo!

**A**ssistimos a surreal e ridícula lambança feita pelo comandante do Costa Concordia, no dia 13 de janeiro de 2012, no litoral italiano, que conseguiu a proeza de afundar um moderno navio de quase 300 metros, onde estavam mais de 4.000 pessoas, ao fugir da rota originalmente traçada pela tecnologia, sabe-se lá por qual motivo.

E como ele conseguiu fazer aquilo? Ele saiu do padrão, da orientação técnica e ignorou o treinamento que recebeu. Confiando na astúcia dos irresponsáveis, provocou prejuízo patrimonial de mais de um bilhão de dólares, por enquanto, além de ter ceifado vidas humanas, que não têm preço. Além disso, a sua empregadora, e dona do navio, pagará às famílias os valores que a justiça certamente arbitrará em razão da perda de entes queridos e dos inegáveis danos, inclusive morais, que a travessura do comandante provocou, em razão da realização de “manobras não autorizadas”.

Os órgãos públicos italianos estão investigando a proprietária do navio, a Costa Cruzeiros, e os seus principais executivos, em razão de constatação do fato de que “a tripulação não tinha nenhuma ideia do que fazer” e da “formação deficiente em gestão de emergência”. Ou seja, a equipe composta por mais de 1.000 pessoas, apesar de treinada (?), não estava apta a agir.

A fanfarronice que aquele cidadão conseguiu fazer é (quase) inacreditável. Em contrapartida à repugnante falta de profissionalismo que acompanhamos, nos confortou a seriedade e a postura, inclusive ética, adotada pelo oficial da Capitania dos Portos de Livorno, Gregorio De Falco, que tentou trazer o comandante à consciência da sua responsabilidade, o que não foi possível, diante da covardia e medo que se instalaram neste. O diálogo entre os dois pode ser visto, lido e ouvido

em toda a mídia, e a cada vez que fazemos isso nos irritamos mais ainda com a relutância injustificável do cretino do comandante em assumir as suas obrigações profissionais e chamar a responsabilidade pela solução do problema para si. O comandante não deveria ter abandonado o navio. E é provável que a sua volta à embarcação não faria a situação retroagir. Mas a atitude ficou registrada. E esta é a maior lição tirada do inusitado episódio.

É provável que você, caro leitor, torça para um time de futebol que já ganhou e perdeu muitas partidas. Lembra de quando seu time lutou bravamente para reverter resultado que lhe era desfavorável? Todos jogaram muito bem naquele dia, “deram o sangue”, mas, mesmo assim, o seu time perdeu. Os jogadores saíram aplaudidos do campo e, no dia seguinte, a mídia destacava a raça dos perdedores e não a atuação do time vitorioso.

Guardadas as necessárias proporções, a sensação futebolística é a mesma que se tem com o episódio do comandante: ele não fez nada, não lutou, se acovardou e não teve raça para enfrentar o adversário, e perdeu o jogo.

Infelizmente, é fácil trazer o exemplo do acontecido com o comandante para a realidade da gestão de hospitais públicos e privados.

Quantos profissionais você conhece, caro leitor, que têm atitudes semelhantes à do incapaz comandante? Quantos deles não têm comportamento digno e nem postura profissional diante dos problemas do cotidiano, bem mais simples do que o naufrágio relatado? Aliás, quantos deles não têm atitude nenhuma e se escondem atrás dos outros, preferindo culpar terceiros ao honrar as funções inerentes aos seus cargos? É na adversidade que aferimos o equilíbrio entre a preparação técnica e a estabilidade emocional dos líderes! Ou dos chefes. Há enorme diferença entre esses dois.

Enquanto nada de anormal acontece nos hospitais, as deficiências técnicas das pessoas ficam escondidas. As pessoas são postas à prova nas situações incomuns. E, invariavelmente, a atuação delas, na hora “h”, deixa a desejar, expõe os hospitais de forma desnecessária e não raro lhes causam prejuízos financeiros e de imagem. A soma deste fato à falta de curiosidade das pessoas desemboca no caos. E o hospital vai gastar dinheiro para contratar consultorias especializadas para atuar em situações emergenciais e amainar o tsunami que poderia ter sido evitado se as pessoas que se supunham preparadas estivessem realmente instruídas para atuar de forma profissional e lúcida nas suas respectivas funções.

A atribuição que cabe aos administradores hospitalares não é nada fácil. Peter Drucker afirmou que o hospital é uma das instituições mais complexas de se

gerir. Então, por consequência, a atividade funcional dos administradores segue a mesma linha de raciocínio.

Um amigo administrador, formado há quase 40 anos, me falou sobre a diferença existente entre a complexidade da gestão de hoje com aquela de décadas atrás, quando os hospitais eram geridos por 2 ou 3 pessoas, apoiadas por pranchetas e planilhas manuais, escritas em papel almaço ou cartolinas coloridas. Sequer excel existia.

Hoje, ousou afirmar que é praticamente impossível a uma pessoa que se dedique a administrar um hospital reunir todas as aptidões que se exigem dele, tão bem apontadas pelo padre Niversindo Antônio Cherubin nos seus vários livros que tratam do assunto. Num deles (*Administrador Hospitalar – um compromisso com a ciência e a arte*, Edições Loyola, 1998), ele enumera e ilustra as seguintes qualidades que o administrador hospitalar deve agrupar: competência, liderança, coragem, personalidade, decisão e iniciativa, disciplina, compassividade, objetividade, justiça, psicologia, previdência, humildade, saúde, proatividade e sinergia. É ou não é difícil (será impossível?) ter tantas qualidades numa só pessoa, seja ele administrador ou profissional de outra área?

Afirmou o padre Cherubin (p. 15): “De posse de todas as qualidades, ou ao menos das principais, o administrador hospitalar estará em condições de exercer com êxito as numerosas atribuições a ele confiadas e que envolvem dois aspectos fundamentais: a equipe humana e o hospital como um todo. Se o dirigente souber formar, orientar, obter colaboração irrestrita e superar resistências de sua equipe de trabalho, terá conseguido aquilo que todos os hospitais almejam, ou seja, funcionar como verdadeira e bem-afinada orquestra.”

Sobre a competência, ou ausência dela, afirmou o padre Cherubin (p. 49): “Quando o administrador hospitalar recebe a alcunha de incompetente, não deve pensar que está sendo apreciado somente sob o aspecto profissional. É todo o seu modo de vida e de ser que está sendo julgado. Depois disso, será muito difícil alterar essa mentalidade do que lhe teria sido não perder a competência que, por acaso, um dia teve.”

Diante de tal realidade, o administrador acaba sendo obrigado a formar equipes compostas por outros administradores, que se dediquem a coordenar setores ou atividades de forma a fazer com que todos, em conjunto, exerçam o complexo papel de gerir o estabelecimento hospitalar a contento. E, mesmo assim, ainda vemos equipes compostas por vários administradores hospitalares que não conseguem atingir este objetivo, tal a gama de variantes científicas que há no mundo

da ciência da administração, que subdivide sua grade em tantos itens que praticamente seria necessária a graduação em cada uma delas. Além disso, e talvez mais importante, há outro fator absolutamente determinante para que a arte de administrar seja eficaz: o relacionamento positivo com as pessoas. Aliás, aqui está a diferença entre o líder e o chefe. Mas isso é outra história, para outro momento.

Enfrentamos diversas situações no desenvolvimento diário da atividade de assessoramento jurídico aos hospitais. Algumas delas se repetem ao longo dos anos, em locais e hospitais localizados em diferentes cidades. Mudam as pessoas que enfrentam o problema, apenas. Normalmente, a técnica administrativa apurada, somada à jurídica, é capaz de solucionar a questão e proteger a instituição.

Há outras situações que podem ser classificadas como incomuns. Em grande parte desses casos, infelizmente, o hospital leva a pior, nem sempre em razão do despreparo técnico do seu administrador, mas da sua inexperiência em lidar com situações desfavoráveis emergenciais que exigem atuação firme, imediata e certa, o que, cá entre nós, nem sempre é fácil.

A imediatidade e o correto trato da situação específica é que irá determinar o destino da imagem do estabelecimento de saúde eventualmente envolvido em casos rumorosos. Nesse momento, os seus profissionais têm que dar aquilo para o qual foram preparados: competência, que é a soma do profissionalismo com a oportunidade de demonstrá-lo.

Ignácio de Loyola Brandão afirmou que “há um estudo de um sociólogo francês que afirma: bancos, aeroporto, shopping, hospitais não são lugares. Apenas pontos de passagem, não nos afeiçoamos, apenas entramos, fazemos o que temos a fazer e saímos.” (Estadão, D 12, 10.02.12)

Vá a bordo do seu hospital, administrador, assumo o timão e faça as pessoas felizes, finalidade da arte que você escolheu por profissão! De quebra, pode-se, no mínimo, contestar o tal sociólogo francês.

5

Advocacia

Advocacia



## 5.1 | A banana boat e o Judiciário

A segurança jurídica não pode ser instável, até por coerência etimológica. Uma das condições mínimas para que a sociedade se realize deve ser a certeza de que, uma vez decidida determinada situação, num ou noutro sentido, ela não se alterará de um dia para a noite. Infelizmente, não é isso o que vemos nas mais altas cortes judiciárias brasileiras.

Temos constatado que os entendimentos judiciais a respeito de determinados assuntos estão mudando com muita facilidade e rapidez. O juiz brasileiro possui livre convencimento: sua decisão não está atrelada ao que outros juízes, mesmo superiores, já decidiram. Isso é bom para a democracia, mas é ruim para a sociedade porque faz inculcar na parte envolvida num processo judicial falsas justiça e esperança.

De nada adianta alguém vencer um processo em primeira e segunda instâncias se o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou o Supremo Tribunal Federal (STF) pensarem diferente. Quando o processo chegar àqueles Tribunais a decisão será reformada e a parte vencedora passará a ser perdedora.

A chamada Súmula Vinculante, em que pese o questionamento de sua constitucionalidade, que teria por objetivo, dentre outros, conter o fluxo irracional de processos nos Tribunais Superiores, serviria para orientar a comunidade jurídica e obrigar os juízes das instâncias inferiores a decidir da mesma forma que eles, mesmo que pensassem de outra forma. Mas ela ainda não está implantada.

A insegurança acontece por vários motivos. Um deles é a renovação dos ministros do STF, que pensam de forma diferente dos ministros que se aposentaram. Seis ministros (dos onze que compõem o STF) foram indicados pelo presidente Lula.

Na área trabalhista, está-se em franca discussão, de novo, a base de cálculo do adicional de insalubridade. O que já era pacífico e sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) - a base de cálculo é o salário mínimo - poderá ser alterado por recente posicionamento do STF, que entendeu que a base deve ser o salário profissional, o que poderá levar diversas empresas, principalmente hospitais, à bancarrota.

Do ponto de vista tributário, algumas posturas judiciais antigas referentes ao IPI, ICMS e principalmente a COFINS, antes pacíficas (e até sumuladas) estão simplesmente mudando, atraindo aos perdedores condenações que chegarão a pequenas fortunas.

Leiam o que o ministro Humberto Gomes de Barros, do STJ, decidiu (e desabafou), tratando de um caso de COFINS (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 382.746-SC): “Dissemos sempre que sociedade de prestação de serviço não paga a contribuição. Essas sociedades, confiando na Súmula nº 276 do Superior Tribunal de Justiça, programaram-se para não pagar esse tributo. Crentes na súmula, elas fizeram gastos maiores e planejaram suas vidas de determinada forma. Fizeram seu projeto de viabilidade econômica com base nessa decisão. De repente, vem o STJ e diz o contrário: esqueçam o que eu disse; agora vão pagar com multa, correção monetária etc., porque nós, o Superior Tribunal de Justiça, tomamos a lição de um mestre e esse mestre nos disse que estávamos errados. Por isso, voltamos atrás.

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

Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele voo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da selva amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles, de repente, descobriram que estavam perdidos: o avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim.

Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas, é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar.

Opiniões 2

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

Que Deus nos proteja!

Publicado no Enfoque Jurídico n. 4, Out/Nov/Dez 2006.



## 5.2 | E quando o cliente não concorda com o advogado?

Não é raro o cliente discordar da orientação do advogado, o que pode acontecer por vários motivos. O principal deles ocorre quando o advogado diz o que o cliente não queria ouvir e estraga seus planos. Em alguns casos, o cliente deseja praticar determinada ação e quer porque quer que o advogado diga que aquilo está certo, mesmo que isso não seja verdade. E mais: ao exigir isso, o cliente deseja que o advogado assuma a responsabilidade por aquilo que ele orientou ao contrário. Está criado o famoso “impasse”. Como resolver?

O advogado é o profissional preparado para conhecer e interpretar as leis (utilizando os princípios da hermenêutica), a doutrina e a jurisprudência. Este é (ou deveria ser) o seu tripé de atuação. Há outros, claro, como o Direito Comparado (de outros países), dependendo do assunto a ser enfrentado.

Se há algo que o Brasil possui é lei. Se não há lei para algum assunto, certamente há uma portaria, resolução, ordem de serviço, norma técnica ou qualquer outra coisa que faça as vezes dela, mesmo que não seja juridicamente permitido. O advogado deve conhecer tudo isso, dentro da sua área de atuação.

Normalmente, o cliente não conhece o emaranhado legislativo brasileiro. Aliás, é justamente para isso que ele contrata o advogado. Por quê será então que, quando o advogado emite parecer, depois de se debruçar sobre o tema utilizando técnicas acadêmicas e colocando sua cultura em prol daquele estudo, o cliente afirma que ele não está certo? Guardadas as devidas proporções, seria o mesmo que o paciente dizer ao médico que a cirurgia que ele realizou está errada.

É claro que a atuação do advogado não pode ser míope, capenga e se restringir a mecanismos meramente burocráticos. Ele deve procurar ajudar o cliente a resolver o seu problema e não simplesmente dizer que algo não é possível. Ele deve

ser proativo, como é exigido de todo profissional. Mas há limites. E o limite é o sistema jurídico. Se a legislação não permite a prática de uma ação, por mais que o advogado seja culto e preparado tecnicamente não conseguirá, por si só, superá-la ou “contorná-la” e assegurar ao cliente a realização do que pretende de forma incólume. Infelizmente, a situação nem sempre é assim compreendida.

O advogado é um assessor. Cabe a ele o papel de orientar o cliente sobre os riscos que sua atitude (ou omissão) pode gerar. O cliente não é obrigado a seguir seus conselhos. Ele tem autonomia para simplesmente ignorar a orientação do advogado e fazer o que bem entender (essa parte é fácil). Todavia, ele deve assumir, direta e pessoalmente, a responsabilidade do que faz, trazendo para si os ônus daquela decisão e não imputar ao advogado o eventual resultado não desejado adveniente da sua própria opção (essa parte já não é tão fácil).

O velho ditado aqui se aplica: “cada macaco no seu galho”. Se cada um fizer o que lhe compete, de forma profissional, e assumir a responsabilidade por seus atos, muitos problemas seriam evitados.

Piero Calamandrei, famoso advogado italiano, escreveu: “Não é verdade, como ouvi dizerem alguns causídicos inescrupulosos, que a questão jurídica é de competência do advogado e a questão moral de competência do cliente. Creio, ao contrário, que é uma nobre tarefa do advogado levar ao cliente a considerar as questões de moralidade antes das questões de direito, e fazê-lo entender que os artigos dos códigos não são cômodos pára-ventos fabricados para esconder sujeiras.”

Publicado em [www.jteixeira.com.br](http://www.jteixeira.com.br)  
Escrito em fevereiro de 2006

## 5.3 | O que importa é ganhar a causa?

Quando o advogado atua no contencioso sua função é ganhar a causa para o cliente. Para isso, ele pode (e deve) usar as armas que a legislação processual lhe permite: documentos, depoimentos, testemunhas, perícia etc. Se a sentença for desfavorável ao seu cliente, ele deve recorrer ao Tribunal e, se for viável e couber, ao Superior Tribunal de Justiça e/ou ao Supremo Tribunal Federal. É claro que essas afirmações são válidas a partir da análise das circunstâncias específicas de cada caso concreto, sob pena de reveses os mais variados.

Nos Tribunais, é possível aos advogados sustentar oralmente os seus argumentos diretamente aos desembargadores ou ministros, por dez minutos. A utilização desta faculdade compõe a estratégia de defesa do cliente e ela me parece ser bastante útil. Todavia, por questão de “tempo” (ou celeridade, como preferem), os desembargadores têm tentado “evitar” a realização da sustentação oral pelos advogados. Para isso, quando a palavra é dada ao desembargador relator do caso, no momento da sessão de julgamento, ele costuma adiantar o conteúdo do seu voto ao advogado que se posta no púlpito para falar.

Quando o seu voto vem ao encontro do desejo do cliente do advogado que pretendia sustentar, ele pergunta se, mesmo assim, o profissional quer usar a palavra. Em alguns casos, a pergunta é antecedida da seguinte “advertência”: “Doutor, por questão de celeridade processual, eu lhe adianto que o meu voto dá ganho de causa ao seu cliente. O senhor ainda quer sustentar?” Essa postura coloca o advogado numa “saia justa”, pois é claro que este momento não é o mais indicado para “confrontar” quem pode selar a sorte de quem o contratou para lhe defender.

Por outro lado, ainda há dois desembargados que também vão votar no processo. E ainda não chegou o momento de eles falarem. Ou seja, o advogado

conhece a posição do relator, mas não a do revisor e nem a do presidente do julgamento. E se estes votarem de forma diferente do relator? O placar pode ser de dois a um contra o seu cliente.

Se o advogado declinar de sustentar e ganhar o processo, menos mal. Mas, e se ele declinar e perder por 2 x 1? Ele perdeu única oportunidade que teria para defender seus argumentos oralmente perante os juízes. E se o cliente não entender essa “dinâmica” operacional própria que foi criada por alguns tribunais? O advogado acaba por ficar vulnerável profissionalmente, o que poderá lhe trazer consequências disciplinares, inclusive, caso o cliente questione seu modo de proceder perante a Ordem dos Advogados do Brasil.

Essa situação aconteceu comigo três vezes, pelo menos. E garanto que ela não é nada confortável, pois, naquela fração de segundos entre a pergunta do desembargador e a sua resposta, você tem que procurar identificar um “sinal” dos demais julgadores para decidir se vai ou não falar.

Nas minhas vezes, as decisões foram favoráveis aos meus clientes. Mas, e quando, eventualmente, a minha “sorte” mudar? E outra: não se trata de sorte. Cuida-se de preparação técnica e de oratória para defender o cliente oralmente e resumir questões complexas em dez minutos, apesar de discutidas em mais de mil páginas, normalmente. Você tem que atrair a atenção do juiz de segunda instância, que nem sempre está prestando atenção ou sequer ouvindo o advogado que se posta à sua frente. Em alguns casos chega a ser desrespeitoso.

Infelizmente, o que estamos assistindo é o julgamento individual do desembargador relator, cuja decisão é invariavelmente acompanhada pelo revisor e pelo presidente da sessão. É mais rápido, mais fácil e menos comprometedor. O juiz revisor revisa burocraticamente os autos e se restringe a elogiar o relator pelo relatório e acompanhar a “bem fundamentada” decisão. O juiz presidente da sessão, que sequer teve contato prévio com os autos e com o assunto que está sendo neles discutido, acompanha os votos proferidos antes da sua vez de votar, torcendo para que sejam na mesma direção. Somente quando o assunto chama a sua atenção, por algum motivo, é que ele se anima a se envolver com o que está acontecendo e “pede vista” dos autos para analisá-los melhor, suspendendo o julgamento para outra sessão.

A sustentação oral serve justamente para “chamar a atenção” dos desembargadores para algum fato marcante ou curiosidade do processo, o que vai depender da oratória do advogado. Eis o drama do momento, como acima pontuado.

Na minha última (tentativa de) sustentação oral, no Tribunal de Justiça de um

Estado do Norte, aconteceu a situação (e o drama) aqui relatada: o desembargador relator adiantou seu posicionamento e eu colhi impressões (apenas impressões) dos demais juízes e do representante do Ministério Público que seus votos seriam convergentes ao dele. Consultado (e contrariado), eu disse que, em homenagem à celeridade, abria mão de fazer a sustentação oral. O relator se restringiu, então, a ler apenas a ementa da decisão, que foi aprovada pelos demais. Três a zero para meu cliente, que economizou uns R\$ 3 milhões. Tudo isso durou menos de dez minutos. E acabou.

Eu tinha lido cada uma das quase mil páginas do processo e as resumi em apenas quatro, que transformei em Memoriais e distribuí aos desembargadores, nos seus gabinetes, antes do início da sessão. Eu estava preparado para o ato que ia praticar. Voltei para casa com aquela bagagem na cabeça e frustrado por não ter podido falar. Mas, afinal, o que importa é ganhar a causa, não é? Ganhei a causa. E que venha a próxima.

Publicado em [www.jteixeira.com.br](http://www.jteixeira.com.br)  
Escrito em fevereiro de 2012



6

Médicos

Médicos



## 6.1 | A horrível letra do médico. De novo.

O Código de Ética Médica (CEM) proíbe tal profissional de receitar ou atestar de forma ilegível. Infelizmente, grande parte dos médicos não cumpre essa obrigação e faz garranchos absolutamente incompreensíveis, seja em atestados, receitas ou no prontuário do paciente. Mais infelizmente ainda, no caso dos prontuários, é a inércia do Diretor Clínico dos hospitais, que a tudo vê impassível, sem observar uma das obrigações que lhe é inerente: a de fiscalizar o cumprimento do CEM. Como resolver isso e fazer com que os médicos escrevam de forma entendível? Há alternativas.

A Folha de S.Paulo noticiou que o Conselho Municipal do Idoso e o Centro Médico de Ribeirão Preto irão lançar a campanha “Receita médica legível: obrigação do médico, direito do paciente”, com anúncios na mídia impressa, outdoor, banners e veiculação nas TVs.

Perguntar não ofende: será que precisaria gastar razoável quantia de dinheiro para conscientizar os médicos que devem escrever direito? Esse capital não deveria ser empregado em coisas mais importantes ao invés de destiná-lo a lembrar aos médicos que devem cumprir Resolução emanada do seu Conselho de Classe e cuja observância é obrigatória? É impensável e inaceitável que o médico (como qualquer outro profissional) escreva de forma ininteligível. Incomoda mais ainda saber que pessoas já morreram porque ingeriram drogas erradas, pois o balconista da farmácia não entendeu a letra do médico e entregou ao paciente outra medicação, com o nome parecido, que foi tomada sem cuidados maiores. E olha que quase já estamos em 2005.

Outra solução seria o Diretor Clínico denunciar o médico que escreve de forma incompreensível à Comissão de Ética Médica para instauração de processo

ético-profissional para apuração de infração disciplinar por descumprimento do artigo 39 do CEM, com a possibilidade de aplicação das penas cabíveis. Qual será a solução mais eficaz?

Publicado no Indicador Jurídico n. 13,  
Nov/Dez 2004.

## 6.2 | Autorização para abrir crânios

**É** espantosa a velocidade com que as mudanças estão acontecendo no mundo. A humanidade nunca viu tantas descobertas em tão pouco tempo. Nos últimos 50 anos, o mundo se transformou em rapidez inacreditável. Usos, costumes e conhecimentos são transformados em progressão geométrica.

No meio do desenvolvimento e de toda a parafernália tecnológica atualmente existente está o homem: ser não mecânico, de carne e osso, passível de falhas, sujeito a variações emocionais momentâneas ou duradouras, destemperadas e uma série quase infinita de perturbações. Está aí toda a doutrina psicológica a respeito do ser humano para ser estudada com mais profundidade. Neste contexto, é incrível como vemos pessoas que não se preocupam nem um pouco com a atualização, aprimoramento e/ou reciclagem profissional.

Vemos médicos, engenheiros, advogados, administradores e toda uma gama de profissionais liberais irresponsáveis que acham que a sociedade parou no momento em que se graduaram. Não estão nem aí para a evolução dos tempos. Acham que o pouco que aprenderam na faculdade é suficiente. Pensam que com aquela mixaria de conhecimento que receberam podem sair por aí resolvendo problemas dos outros, no caso dos advogados, ou salvando vidas de pessoas que, por acaso, podem ser um parente seu, caro leitor, no caso dos médicos.

Para “vencer” hoje em dia, não basta concluir um curso superior na profissão escolhida. É quase que obrigatória a atualização profissional permanente, visando não perder o bonde da história e, em alguns casos, o próprio emprego.

Vemos ícones de ignorância arrotarem, com orgulho inerente a eles, que não leem um livro (técnico ou de cultura geral) há vários anos e que a experiência de

vida lhes ensinaram a trabalhar. Esquecem-se os incultos que descobertas e necessidades de mercado, globalização, novas tecnologias etc., tornam teorias existentes desde os primórdios, de um dia para o outro, obsoletas e desatualizadas, sem campo para aplicação ou desenvolvimento.

A informação é hoje o bem mais valioso que um profissional pode deter. E a obtenção dela deve ser rápida e imediata, pois, se demorar muito, em certos casos, sua utilidade já se perdeu no espaço. Vamos escolher dois exemplos concretos e aleatórios.

**Médicos.** Em uma palestra que realizei foi feita pesquisa sobre o tempo de conclusão de graduação dos seus participantes. Noventa e cinco por cento dos presentes tinha saído da faculdade há menos de 2 anos. Apenas 2% tinham mais de 15 anos de formado. Ou seja, teoricamente, quem necessitaria de atualização [os formados há mais tempo] não se interessam em participar de cursos, congressos ou coisa que o valha.

E isso não é nenhum caso isolado. Pode-se constatar essa tendência na esmagadora maioria dos eventos por aí realizados. Quem participa deles são, quase sempre, as mesmas pessoas. Vê-se de cursos de pós-graduação que os alunos são, na maioria, recém-formados.

Um médico que se graduou há 20 anos, fez residência e nunca mais sentou num banco de um curso universitário ou de um congresso poderá realizar normalmente uma intervenção cirúrgica neurológica em qualquer paciente. O seu diploma de médico e o registro no respectivo Conselho Profissional o autorizam a praticar aquele ato, que lhe é privativo.

Pergunta-se: será que este profissional, por mais autodidata que seja, está sendo responsável no desenvolvimento de suas atividades? Já estamos descontando aqui as exceções. A distância deste médico das informações e das técnicas surgidas durante estes 20 anos o qualificam a realizar a intervenção cirúrgica de maneira eficaz e com alto grau de segurança para o paciente? Caso aconteça algum imprevisto durante a cirurgia, este mesmo médico não poderá ser processado, além de eventual modalidade de culpa (imprudência, negligência ou imperícia) incorrida por ele, pela sua desatualização de informação? Não tenho dúvidas de que esta tese jurídica poderá ser amplamente defendida nos tribunais.

**Advogados.** No ano passado atuei em um processo que possuía, do outro lado, um advogado com seus 50 anos de idade. Em determinado momento ele quis recorrer de uma decisão proferida pelo juiz. Aquele recurso existia desde 1973. Ele não teve dúvidas: interpôs o recurso da forma prevista pelo Código de Processo

Civil. Acontece que a legislação pertinente àquele procedimento havia sido alterada em 1995 (há quase 4 anos). Resultado: o recurso não foi sequer conhecido porque a sua forma de apresentação estava errada. Ela havia sido mudada há pelo menos 4 anos e o advogado, quero crer, não “sabia” que isso tinha acontecido. Como consequência, o cliente dele saiu perdedor do processo.

Não há dúvidas que o cliente daquele advogado, que não tinha feito nenhum curso de reciclagem ou atualização profissional, ou sequer tinha lido a nova legislação, poderá ajuizar ação cobrando perdas e danos daquele profissional desmazelado que parou no tempo e se esqueceu que o tempo não para nem espera por ele.

É vital que cada profissional procure assimilar novos métodos e conhecimentos, visando estar em perfeita harmonia com a loucura que se tornou a nova ordem mundial.

Publicado no site [www.jteixeira.com.br](http://www.jteixeira.com.br) em Abril de 2000



## 6.3 | Bioética

**B**ioética é a combinação de conhecimentos biológicos e valores humanos. Este vocábulo bioética indica um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares que objetiva elucidar e solucionar questões éticas provocadas pelo avanço das tecnociências biomédicas. A bioética é o estudo das dimensões morais das ciências da vida e da saúde.

“Bio”, segundo Pessini e Barchifontaine, “exige que levemos seriamente em conta as disciplinas e as implicações do conhecimento científico, de modo que possamos entender as questões, perceber o que está em jogo e aprender a avaliar possíveis consequências das descobertas e suas aplicações [...]”. A ética, por sua vez, “é uma tentativa para se determinar os valores fundamentais pelos quais vivemos. Quando vista num contexto social, é uma tentativa de avaliar as ações pessoais e as ações dos outros de acordo com uma determinada metodologia ou certos valores básico.”

A evolução surpreendentemente rápida da medicina e de tantas outras áreas ligadas à saúde fez com que assuntos até então não tão pensados viessem à tona. Até pouco tempo não falávamos em clonagem humana, eutanásia, direito de morrer, experimentação em seres humanos, aborto eugênico e tantos outros assuntos que surgem quando falamos de tecnologia e conhecimento na área da genética humana.

E aí surge um problema: - a evolução da sociedade, da medicina e da própria tecnologia é muitas vezes mais rápida que a evolução do Direito. O Direito sempre corre atrás das evoluções experimentadas pela sociedade com a finalidade de regular sua aplicação e suas eventuais consequências. E isso não é privilégio do Brasil. Há vários países que correm contra o tempo para regular uma nova tecnologia

descoberta e que está sendo aplicada. Isso acontece até mesmo porque não sabemos de pronto todas as consequências que aquele experimento vai trazer à sociedade. Aliás, muitas vezes, nem os próprios cientistas têm cem por cento de certeza disso. Todos conhecemos o poder absurdo que tem a internet. Até pouquíssimos anos atrás, os Estados Unidos da América ainda não tinham legislação suficiente que abordasse a sua aplicação. O Brasil até hoje não a tem também. Prevê a Constituição Federal que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.” Portanto, enquanto uma lei não disser que algo não pode ser praticado, poderá sê-lo.

Voltando à bioética e para corroborar com a informação aqui feita, citamos Tereza Rodrigues Vieira, na obra aqui mencionada: “Percebemos que a ciência está caminhando mais rápido que a reflexão ética por parte da sociedade. A humanidade ainda não encontrou respostas para diversas questões éticas. Muitos requerem a discussão e a elaboração de leis sobre a bioética para legitimar a sua prática ou para proibir experiências julgadas abusivas. No entanto, com o progresso veloz das pesquisas biológicas, corre-se o risco de já estarem defasadas no momento de sua promulgação.

Philippe le Tourneau recusa a ideia de legiferar. Segundo ele, os grandes princípios do Código Civil são suficientes para regulamentar as situações. Se formos legiferar, acrescenta o professor da Universidade de Toulouse I, é preciso ser muito prudente, dando à matéria grandes princípios sem querer tratar detalhadamente todas as questões. Ademais, a moral não deve ser considerada como um conjunto de restrições, mas um caminho de liberdade e de felicidade.”

Abrimos parêntesis para dizer que legislar de maneira correta e detalhada e ainda com total imparcialidade não é muito o forte do nosso glorioso Congresso Nacional.

Concluimos a transcrição de parte da obra de Tereza Rodrigues Vieira, que afirma que “A lei deve assegurar o princípio da primazia da pessoa aliando-se às exigências legítimas do progresso de conhecimento científico e da proteção da saúde pública. A propósito destes casos, mesmo diante da inexistência de uma lei específica, cabe ao juiz dizer o direito, baseando-se em princípios gerais, determinando os limites.” Prevê a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC): “Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Assusta-me quando começamos a falar em alimentos transgênicos, em clonagem de seres humanos para fins de reposição de órgãos, utilização de embriões

humanos e tantas outras “descobertas” dos nossos cientistas. A princípio, parece que estamos brincando com fogo. Alguns dizem que o homem não deveria mexer com o que Deus criou. Outros, mais céticos e técnicos, dizem que a humanidade só evoluiu da forma que hoje se encontra devido à natureza curiosa do próprio ser humano, do seu pioneirismo, de sua coragem etc. Ambos têm razão. O difícil é conseguir mesclar as duas teorias, os dois pontos de vista diferentes, numa breve análise.

O jornal Folha de S.Paulo de 02.07.99 trouxe a notícia de que a Comissão Nacional de Assessoria em Bioética da Casa Branca estava avaliando a possibilidade de ser autorizado, nos EUA, o uso de embriões de seres humanos para a obtenção de células que seriam utilizadas em experimentos científicos. (extraído do The New York Times) O mesmo jornal trouxe, na sequência, a notícia da formação de uma coalizão de religiosos, pesquisadores e políticos que criticou o uso dos embriões humanos e afirmou que o processo é antiético e cientificamente questionável. O grupo pediu ao Congresso dos EUA que mantenha as leis atuais, que proíbem o uso das verbas federais em pesquisas com embriões humanos, dos quais se poderiam obter as chamadas células-tronco.

Ainda o mesmo jornal trouxe, em 18.06.99, a seguinte notícia: “A aplicação das técnicas de biotecnologia no desenvolvimento de plantas transgênicas é saudada por alguns como uma nova revolução verde. A transferência de genes permite a seleção de novas e melhores variedades, mas abre caminhos para um mau uso da tecnologia. Longe de nós, ambientalistas, estar contra a aplicação da engenharia genética na melhoria da qualidade e da produção agrícola. Mas, quando a transferência genética visa só obter espécies resistentes a pesticidas e herbicidas, o desenvolvimento da agricultura sustentável nos parece ameaçado.”

O doutor em ciências da informação pela Universidade de Paris, Laymert Garcia dos Santos, escreveu artigo na edição da Folha de S.Paulo de 08.06.99, no qual afirmou: “[...] A articulação da informação digital e genética com o regime jurídico da propriedade intelectual permitiu ao grande capital instaurar uma ordem de alcance ao mesmo tempo global e molecular, que vai concretizar sua estratégia de apropriação absoluta da natureza por meio da recombinação e da reprogramação de seus componentes. Mas tal operação exige a desvalorização de todo o conhecimento existente e da própria vida (vegetal, animal, microorgânica e inclusive humana), que se tornam pura matéria-prima para a digitalização e a manipulação genética, essas sim, geradoras da nova riqueza privada. Não é à toa, por exemplo, que a Monsanto pressiona para que a adoção de sementes transgêni-

cas se dê a toque de caixa; trata-se de tornar irreversível o processo de biotecnologização da agricultura. Surge uma pergunta: como entramos nós nessa estratégia? Antes de tudo, cabe lembrar que, apesar dos sonhos e aspirações de nossos cientistas e tecnocratas, não estamos na ponta do processo: a participação brasileira no registro mundial de patentes é inferior a 1%. Isto é: não temos tecnologia e as chances de obtê-la são cada vez menores. Em compensação, somos o país de maior megadiversidade do planeta. A questão da apropriação dos recursos genéticos do Brasil torna-se, portanto, central.” Por aí podemos ver que o assunto do qual estamos tratando não é apenas ético, moral ou jurídico. É também econômico.

Não posso deixar de fazer breve comentário sobre o artigo acima onde menciona as remotas chances de obtermos tecnologia. E faço isso transcrevendo trecho de entrevista publicada nas páginas amarelas da revista *Veja* n. 38, de 22.09.99, na qual Tomas Prolla afirmou: “[...] as pesquisas não são levadas tão a sério nas universidades.”

Tomas Alberto Prolla é geneticista brasileiro que prolongou a vida de ratos e diz que é perfeitamente possível ao ser humano esticar a existência. Atualmente, ele é professor da Universidade de Wisconsin, norte dos EUA. Ele fomenta ainda mais a discussão a respeito da utilização ou não de descobertas científicas em seres humanos, na mesma entrevista: “Eu acredito que, no caso do homem, isso (prolongamento da vida) é muito mais uma decisão da sociedade do que dos cientistas. Em nosso laboratório já começamos a desenvolver um projeto para alterar geneticamente alguns ratos. Pretendemos criar animais transgênicos programados para viver mais. Tratando-se de pessoas, acho que é mais simples desenvolver terapias que atuem nos genes, sem, no entanto, alterar o perfil genético original. Os laboratórios estão extremamente interessados em explorar esse filão com novos medicamentos. Isso é bastante razoável. O que não faz sentido é termos uma tecnologia que nos permite aumentar a vida das pessoas e não usá-la.”

A Folha de S.Paulo (de 09.05.99) trouxe a notícia do quê fazer com os embriões humanos congelados que estão sendo abandonados. A notícia diz que muitos casais os retiram e os estocam em clínicas e que, por diversas razões (como o divórcio, por exemplo), acabam por abandonar aquele “material”, se assim pode ser chamado. O jornal diz que há cerca de 4.000 embriões congelados nas dez maiores clínicas do país, sendo que 1.000 deles estão abandonados. A destruição dos embriões é proibida por resolução do Conselho Federal de Medicina, que apenas autoriza a sua doação com autorização do casal. Apesar disso, várias clínicas acabam por destruí-los.

A igreja católica condena a prática de destruição dos embriões, pois os considera seres humanos e não apenas “um aglomerado de células”. O padre Leocir Pessini, consagrado doutrinador do assunto e sempre consultado a respeito, diz em tal jornal que os embriões devem ser tratados como pessoas. Afirma que “ele já participa da mesma dignidade da pessoa humana e deve ter seus direitos preservados.”

O descarte dos embriões, para a igreja católica, seria o mesmo que o aborto. A discussão continua quando o andrologista Roger Abdelmassih diz: “Não fico tão desesperado com essa polêmica porque tenho convicção que embrião não é vida.” A polêmica ganha mais vozes quando o médico José Gonçalves Franco Júnior, diretor brasileiro da Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida afirma: “Se os embriões não são gente, têm um grande potencial para ser.” E por aí vai. O assunto demanda debates profundos, sendo que, ao que parece, está longe de se ter opinião uníssona.

E é justamente aí que entra a bioética: combinação de conhecimentos biológicos e valores humanos. Essa é a nossa luta. Mesmo porque, em Direito, não há certezas absolutas. Qualquer ponto de vista poderá ser defendido até o fim e ambos estarão certos. Como fazer, então? À medida que as circunstâncias e os fatos acontecem, tentamos ajustar e aplicar valores jurídicos e disposições até então existentes ao caso concreto, sempre utilizando o bom senso e não esquecendo que a sociedade tem sempre que evoluir.

Que há dificuldades enormes há. Tereza Rodrigues Vieira, cuja recente obra, somada a outras, norteia este artigo, reproduziu frase de Álvaro Villaça Azevedo, doutor em Direito e notável jurista, que diz: “A experiência tem mostrado que quanto mais o homem caminha para a artificialidade, foge ele das regras naturais e da essência de sua própria vida.”

Franck Sérusclat sustentou que “A finalidade da ciência é melhorar as condições de existência da humanidade. Assim, a ética, sob o ponto de vista técnico, defende que cada homem que a compõe deveria aceitar ser submetido aos seus projetos.” Como sempre há outra visão para a mesma coisa, inúmeros religiosos vêm a vida como um dom, a doença como uma provação e a morte como uma passagem.

O assunto “bioética” desperta teses teológicas, filosóficas e várias outras. Tanto que a maioria dos livros consultados para este artigo foi escrita por religiosos, que trazem à tona o valor do ser humano, passando por teorias fundamentadas sobre nossa função enquanto criaturas, filhos e servos de Deus. Tereza Rodrigues Vieira

assevera que “A doutrina esposada por Olinto Pegoraro em seu artigo ‘Ética na contemporaneidade’ preconiza que o ‘sujeito ético é o ser humano situado na história que, contando com a experiência humana passada, olha para o futuro de si e do mundo, com responsabilidade ética exclusiva.”

Num ponto, contudo, estão assentes os doutrinadores: é preciso maior aproximação entre o cidadão e as tecnociências para facilitar o diálogo com a coletividade acerca do desenvolvimento social. Todavia, adverte Francisco de Assis Correia, “a ética não deve ser entendida apenas como solução de problemas intelectuais, mas como aquisição de hábitos, de qualidade de caráter.”

Não há, no momento, legislação específica que trate do assunto. Temos poucas normas esparsas que não dão a amplitude que o assunto merece. Enquanto isso não acontece, resta-nos discutir, pesquisar e aprofundar a análise do tema, para que tenhamos o entendimento completo da questão no menor tempo possível.

Ressalto advertência constante do livro de Tereza Rodrigues Vieira: “A sociedade tem o direito de se proteger dos cientistas irresponsáveis.”

Publicado no site [www.jteixeira.com.br](http://www.jteixeira.com.br) em Outubro de 1999 e na revista Notícias Hospitalares n. 15, Ano 2, Out. 1999, p. 8 e 9.

## 6.4 | Dê sangue às Testemunhas de Jeová

O assunto é polêmico. Não pretendemos discutir doutrina nem teologia. Este artigo é essencialmente técnico e assim será conduzido. Pretendemos esclarecer, mesmo que rapidamente, médicos e instituições de saúde sobre como o Direito analisa a hipótese de recusa, por crença religiosa, de transfusão de sangue por paciente que estiver em iminente risco de perder a vida.

A Constituição Federal, lei maior, assegura a inviolabilidade de crença religiosa. O Código Penal tem dispositivos que podem ser aplicados no caso. Além disso, o Código de Ética Médica traz dispositivos que se aplicam ao médico que tiver um paciente nessa situação. Os seguidores da religião Testemunhas de Jeová são organizados e esclarecidos sobre o tema. Há diversos sites na internet dirigidos à discussão do assunto. Conhecidos juristas brasileiros já emitiram parecer abordando a questão. Artigos estrangeiros foram e constantemente são traduzidos para o português, onde a ‘transfusão’ é esmiuçada. O ‘sangue’ já foi dissecado pelas Testemunhas de Jeová sob os mais diversos aspectos: composição, compatibilidade, tipo, segurança, uso medicinal, doenças transmitidas, análise risco/benefício, alternativas, consciência etc. Poderíamos aprofundar cada um destes temas, mas o espaço não permite e o foco principal da discussão não é este.

Os adeptos da religião Testemunhas de Jeová elaboraram, divulgaram e distribuem minutas de “termos de isenção de responsabilidade” para médicos e hospitais visando liberar os profissionais de qualquer consequência no caso da não ministração do sangue. Andam, inclusive, com uma “carteirinha” informando sua crença religiosa e que traz diretrizes para a equipe médica que eventualmente o atender, já trazendo impresso e assinado o ‘termo de responsabilidade’ acima

mencionado. Definitivamente, são conscientes sobre o tema.

Acontece que os hospitais e principalmente os médicos estão no meio dessa discussão. O que fazer diante de um paciente Testemunha de Jeová que irá morrer se não for transfundido? Respeita-se sua crença e ele vem a óbito? Ou se salva a sua vida, fazendo-se a transfusão, independentemente de sua crença?

Há, ainda, os casos em que o paciente, como seu pai, é Testemunha de Jeová, mas a mãe possui outra crença. Aí se instaura outra celeuma: o pai não autoriza a transfusão mas a mãe sim. O que fazer com o paciente, que está inconsciente e não pode se manifestar?

Sabemos da consequência que a transfusão coercitiva traz ao paciente não pactuante daquele procedimento. Sabemos do “estrago” que isso causa ao seguidor daquela religião. Há, porém, outros aspectos que devem ser considerados. Estamos tratando de hipóteses em que haja risco iminente de morte. A autonomia e o consentimento prévio do paciente produzem efeito nos casos eletivos. O Código de Ética Médica proíbe o médico de efetuar qualquer procedimento com o qual o paciente não concorde, ressalvando a hipótese de iminente perigo de morte. Nos casos eletivos, se o paciente não quiser se submeter à transfusão, simplesmente não se a faz. Consequentemente, se o paciente não conseguir se livrar do mal que o aflige por qualquer outra forma, fatalmente aquele procedimento eletivo tornar-se-á de emergência e a situação terá que ser enfrentada mais cedo ou mais tarde, quer queira ou não.

Quanto aos pacientes menores de idade, quando inconscientes ou dependendo de sua idade, a manifestação de vontade dos pais ou dos seus representantes legais, a princípio, prevalece. Todavia, no caso de iminente risco de morte do paciente menor, mesmo que os pais, Testemunhas de Jeová, não concordem com a transfusão de sangue, normalmente, se for avisado e se der tempo, o Ministério Público intervém e obtém liminar judicial para que o procedimento seja realizado, impedindo o desfecho morte.

Apesar de a Constituição Federal declarar como inviolável a crença religiosa, ela também diz a mesma coisa do direito à vida. E não há maior bem tutelado pelo Direito que vida, que antecede o direito à liberdade. Os tribunais brasileiros quase sempre decidem que é obrigação (e direito) do médico salvar a vida do paciente que estiver em iminente risco de morte, mesmo que contra a sua vontade, de seus familiares ou de quem quer que seja. Isso porque, num caso concreto que eventualmente for discutido no Judiciário, o médico e o hospital deverão provar que utilizaram a ciência e a técnica, apoiadas pela literatura médica, em prol da

salvação do paciente, mesmo que haja divergência quanto ao melhor tratamento.

O que sugerimos a nossos clientes é que façam constar do contrato de prestação de serviços médico-hospitalares que é firmado entre eles e o paciente (ou seu representante legal), por ocasião da internação, que a transfusão de sangue está previamente autorizada e que ela não será realizada somente se liminar judicial específica for deferida desautorizando os médicos do hospital a assim procederem. Antes, era o hospital que tinha de obter a liminar judicial para realizar a transfusão de sangue. Simplesmente invertemos a situação. Na prática, ainda não vimos nenhuma liminar desautorizando a transfusão, o que não quer dizer que não existam. Até porque não podemos ignorar que há juízes de primeira e de segunda instâncias que são Testemunhas de Jeová e comungam dessa ideologia.

Para pôr fim à discussão o que se precisa é de legislação específica, objetiva e que esclareça definitivamente a questão, sem necessidade de interpretação do aplicador do Direito. Enquanto isso não acontece, a função do advogado é estudar detidamente a matéria, comparar pareceres e jurisprudência, analisar a doutrina, consultar sua consciência e orientar seus clientes de forma clara e eficaz. O estudo nos indica a orientar o que está estampado no título deste artigo: no caso de iminente do risco de morte do paciente, dê o sangue, faça a transfusão, independentemente da sua religião, pois o direito à vida se sobrepõe ao direito à liberdade de crença religiosa.

Este artigo, aparentemente polêmico, manifesta o posicionamento que está em conformidade com a quase totalidade dos demais credos religiosos, com os quais estamos de acordo.

Publicado no Indicador Jurídico n. 7, Out/Nov 2002 e na revista Notícias Hospitalares n. 15, Ano 2, Out. 1999, p. 8 e 9 e no site [www.jteixeira.com.br](http://www.jteixeira.com.br) em Out. 1999.



## 6.5 | Médico: seu linguajar ou descaso podem condená-lo

A maioria dos processos disciplinares propostos contra médicos perante os Conselhos Regionais de Medicina nascem de discussão entre eles e os pacientes. O paciente (seu responsável ou seus parentes), ao discutir com o médico, vê no processo disciplinar, judicial ou criminal, uma forma de “vingança”, onde ele irá questionar sua técnica, competência ou até mesmo sua falta de educação.

O CREMESP editou o “Guia da Relação Médico-Paciente” na tentativa de traçar regras ou sugerir comportamentos dos médicos no trato com os pacientes, observando a necessidade de haver confiança, diálogo franco e respeito mútuo entre eles. Diz o manual, na apresentação: “Se, por um lado, dominamos exames precisos e procedimentos complexos, realizamos transplantes e deciframos genes, por outro temos, por vezes, deixado de lado aspectos elementares da relação humana.”

Muitos mal-entendidos entre médicos e pacientes poderiam ser evitados. Sei que é muito fácil dizer isso sem a pressão psicológica do momento. Aliás, as discussões acontecem justamente porque pelo menos um dos interlocutores está fora do seu normal. Não fosse isso, não haveria discussão, mas apenas diálogo. Entretanto, o médico tem que ter consciência e controle suficientes para saber se portar de maneira profissional e educada diante do paciente, pois, afinal de contas, o maior prejudicado sempre é ele. Também sei que é difícil pedir domínio de si e paciência numa conversa com um paciente que não entende (ou não quer entender) as orientações médicas ou que as questiona sem razão, principalmente quando se está pós-plantão de 24 horas, por exemplo. E fica muito mais difícil se o médico fez ambulatório de 12 horas antes desse plantão. E por aí vai.

O médico também deve saber que, do outro lado, seu paciente, leigo em medicina, preocupado com sua saúde, com receio de inúmeras consequências que ele “ouviu falar” e, principalmente, com medo da morte, está ávido por informações precisas, mastigadas e traduzidas sobre o que está acontecendo com seu corpo, pois ele não é obrigado a conhecer o significado de termos técnicos que constituem o dia a dia do médico. E, pior, quando o paciente insiste em perguntar sobre determinada passagem que não entendeu, por diversas razões o médico acaba por desabafar e exceder seu linguajar, esquecendo-se que, ao paciente, interessa apenas a resposta à pergunta que fez.

O médico carioca Alex Botsaris relata no livro “Sem Anestesia, o Desabafo de um Médico” (editora Objetiva) seu drama pessoal ao perder o filho após internação de 10 dias em UTI neonatal. Botsaris resume bem o assunto ao responder à seguinte pergunta feita pela revista *Veja* (19.12.2001 – páginas amarelas): “Qual o pior sofrimento de quem está no papel de paciente? – É a sensação de isolamento. Quando qualquer pessoa fica doente – e não precisa ser uma doença séria, basta que você se sinta ameaçado de alguma forma – ocorre uma espécie de regressão. Começam a funcionar mecanismos que são um pouco infantis. Isso acontece porque você fica diante do desconhecido. É sempre uma situação dramática, principalmente quando o doente é uma criança. A sensação de abandono é terrível. Tomo mundo precisa de uma mão num momento desses, mas o médico é cada vez mais incapaz de dar essa mão.”

Quando o descontrole acontece entre as partes, o paciente acaba indo “procurar seus direitos”. E diz o ditado que “quem procura acha”. Sempre se encontra uma evolução não realizada pelo médico, um medicamento não receitado, um cuidado não prescrito, uma preocupação não estampada, um prontuário deficitário de informações, uma letra impossível de se traduzir, enfim, ao se analisar papéis frios, longe do calor da discussão, não raramente encontramos desacertos, enganos, omissões, orientações incompletas, incoerências clínicas e uma série de deslizamentos cometidos pelos médicos, deficiências que ensejam processos disciplinares, judiciais e criminais. O médico deve ter cuidado, também, com sua linguagem, principalmente porque nossa espontaneidade é nativa.

Para ilustrar esse assunto, menciono processo julgado em outubro de 2002 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para que os médicos saibam como os juízes enfrentam casos que os envolvam. Uma paciente foi internada com suspeita de cisto hemorrágico ou abscesso no tubo ovariano. Em visita ao seu leito, a médica lhe perguntou, na presença de outros pacientes e funcionários, se o seu

marido a havia traído, pois aquele abscesso era proveniente de uma relação extra-conjugal. Não satisfeita e para deixar a conversa ainda mais clara, a médica disse à paciente que o seu marido tinha “pulado a cerca”. Como a paciente sentiu-se constrangida e humilhada em público, pois a médica teria exposto indevidamente sua vida íntima, ela ajuizou ação de indenização por danos morais contra o hospital onde se passou o fato. De nada adiantou o hospital alegar, na defesa, que tais perguntas eram de praxe, frente a tal diagnóstico. O Tribunal deu ganho de causa à paciente e determinou que o hospital lhe pagasse R\$10.000,00. O Desembargador gaúcho afirmou em sua decisão: “Penso que pouco importa se a afirmação da médica correspondia tecnicamente à verdade da forma de contágio ou não. [...] De qualquer forma, o que está claro é que a forma escolhida para informar a paciente está muito longe do que se espera eticamente de um médico. [...] Independentemente da precisão do diagnóstico, a conduta com que agiu a preposta do réu (a médica) desrespeitou o pudor da autora. Guarda o senso comum a ideia de que informações de tal tipo jamais poderiam ser prestadas na presença de terceiros, submetendo a paciente a humilhação junto a colegas de tratamento.”

Obviamente que o hospital deve ter ajuizado ação contra a médica para ser ressarcido de tal valor, pois, afinal, foi o ato da médica que desencadeou a condenação. Como se vê, cuidado e caldo de galinha continuam não fazendo mal a ninguém.

Publicado no Indicador Jurídico n. 11, Ago/Set 2003.



## 6.6 | Por quê os cubanos não podem?

**T**em sido travada uma guerra diplomática entre a Embaixada de Cuba no Brasil, o Estado do Tocantins e o Conselho Federal de Medicina. E tudo isso por causa da insensatez de algumas pessoas. Tudo começou quando cidades distantes dos grandes centros necessitavam de auxílio técnico de médicos, no caso, para que a população ali residente não morresse sem nenhum tipo de atendimento. Estamos falando especificamente de algumas cidades situadas no interior do Estado do Tocantins. A revista Veja, na edição 1620, de 20.10.1999, trouxe o assunto à baila. Retratou ela que alguns hospitais, como o de Arraias, Augustinópolis e Miracema, ficaram anos fechados porque não havia médicos interessados em trabalhar naquela região. Disse a revista que eles só foram reabertos porque médicos cubanos se interessaram pela assistência às pessoas que habitavam naquela região. Na verdade, tinham alguns médicos clínicos na região, só não havia especialistas em áreas estratégicas, como anestesistas, por exemplo.

Os médicos cubanos vieram para o Brasil, mais especificamente para Tocantins, por várias razões. Dentre elas, podemos destacar motivos missionários, estudo da ciência e também, porque não, interesse em ganhar dinheiro, o que, salvo melhor juízo, não é proibido no Brasil. Tudo ia bem: a) Para a população, que há anos não via um médico especialista sequer, que passou a contar com assistência de pessoas que tinham formação específica para aquele atendimento. Sabemos que o médico cubano tem grande vocação para desempenhar as funções da figura antiga do médico de família, aquele que põe a mão no paciente e cuida dele com poucos recursos tecnológicos, diferentemente do médico mais “moderno” que se acostumou a não encostar a mão no paciente, deixando que máquinas realizassem aquele trabalho. b) Para o Estado do Tocantins, que mantinha (e mantém)

aquela situação porque, assim, pode proporcionar assistência especializada na saúde e, conseqüentemente, cidadania à sua população, cumprindo mandamento constitucional. c) Para os médicos cubanos, que podem aplicar na prática a teoria obtida na sua formação e são razoavelmente remunerados por isso. A revista *Veja* deu conta que os médicos, em Cuba, recebem salário de US\$25,00, cerca de R\$50,00. Em Tocantins, eles recebem aproximadamente R\$3.500,00.

Um belo dia, o Conselho Federal de Medicina (CFM) levantou a lebre: os diplomas dos médicos precisavam ser revalidados numa universidade brasileira para que pudessem aqui atuar. Certíssimo, além de absolutamente legal. Entretanto, ao invés de o Conselho Federal de Medicina apoiar e ajudar na tal revalidação, oportunidade em que poderiam, inclusive, constatar a expertise dos médicos cubanos, denunciou a contratação daqueles médicos ao Ministério Público, e pediu o cancelamento do convênio governamental. O presidente daquela entidade disse, segundo a revista *Veja*, que “não há motivo para trazer médicos de fora e tirar o emprego dos profissionais daqui.” Sem dúvida, trata-se de manifestação extremamente cômoda e desassociada de maiores repercussões com a inoperância dela.

O jornal da Associação Médica Brasileira do 1º trimestre deste ano trouxe a informação que membros da diretoria da AMB e do CFM representaram o Brasil na Confederação Médica Latino-Americana e do Caribe realizada em dezembro/1999, na Colômbia. Segundo aquele jornal, a delegação brasileira, “apoiada pelos demais países” participantes, “sugeriu e teve aprovação da Assembléia para que fosse enviada aos governos de Brasil e Cuba uma moção repudiando a contratação de médicos cubanos por serviços públicos e privados no Brasil.” O mesmo jornal trouxe os seguintes dados estatísticos: 61,3% dos médicos brasileiros residem nas capitais; a região Sudeste abriga 59,5% dos médicos em atividade; a região Nordeste 16,8%; a Sul 14,3%; a Centro-Oeste 6,3% e a Norte 3,2%.

Mesmo diante destes dados, o CFM e a AMB ainda são contra a atuação dos médicos cubanos no Brasil. Caberia neste momento repetir a pergunta que a revista *Veja* fez no final da sua reportagem: “Por quê faltavam médicos brasileiros nas cidades miseráveis que agora estão sendo atendidos pelos cubanos?” E eu acrescento: onde estavam os médicos brasileiros, formados nas grandes cidades, que não queriam aventurar-se nas regiões distantes do nosso país para atender a seus compatriotas? Nossos médicos estavam preocupados em prestar auxílio aos conterrâneos residentes no interior do Tocantins? Se estavam, porque os hospitais das cidades aqui citadas, e mais algumas, ficaram fechados por tanto tempo por falta de médicos?

O jornal da AMB traz a informação de que as entidades médicas entendem que não adianta deslocar residentes para locais onde “não existam estrutura acadêmica hospitalar, de moradia, transporte e salário dignos.” Mais à frente, o jornal reproduz fala do presidente da AMB dizendo que “para uma boa assistência à saúde, é fundamental uma infraestrutura adequada.” O presidente do CFM posicionou-se sobre a entrada de médicos estrangeiros no país dizendo que “essa medida é um equívoco do governo”. Muito bem. A discussão sempre é válida. Mas ela só é eficaz se acompanhada de atitudes práticas. Ao invés de tantas reuniões e congressos, poderiam as entidades de classe fomentar alguma forma que encorajasse médicos brasileiros a se deslocarem para aquelas regiões para atender a população dali? Uma coisa parece óbvia: não podemos deixar a população sem atendimento médico enquanto burocratas ficam em seus gabinetes com ar condicionado discutindo quem é que pode e quem é que não pode prestar auxílio aos brasileiros que moram em locais distantes.

A tal moção aprovada no congresso que já citei diz que “o Brasil possui número de médicos mais que suficiente para atender a demanda, com qualidade inquestionável, bastando que os contemplem com uma política de interiorização baseada numa remuneração digna e boas condições de trabalho”. Pergunto: por quê o brasileiro tem essa mania estúpida e comodista de esperar que o governo faça tudo por ele? Por quê as entidades médicas, principalmente o CFM e a AMB, não incentivam, por elas próprias, a ida de médicos brasileiros (que são tantos) para aquelas cidades? Por quê tais entidades não ajudam a criar as condições necessárias para que isso aconteça? Por quê elas não ajudam a descentralizar o ensino, com a instalação de campus universitários naquelas regiões?

Parece muito cômodo e egoísta ficarmos criticando e escrevendo posições doutrinárias e corporativistas no papel, enquanto há brasileiros sem nenhuma assistência médica especializada contraindo doenças que há muito já foram erradicadas no resto do mundo e no próprio Brasil. E pior: alguns cidadãos estão morrendo por causa disso. Um pouco de ação e menos falatório não fariam mal a ninguém. Pelo contrário.

Publicado no site [www.jteixeira.com.br](http://www.jteixeira.com.br) em Maio de 2000.



# 7 | Diversos

# Diversos



## 7.1 | A importância das coisas!

Você se lembra onde estava no dia 11.09.2001, por volta das 10h30? Naquele momento, as torres gêmeas eram atacadas, em Nova York. Lembro-me de entrar na internet e ver uma delas em chamas. Mais embaixo, na mesma página do site, havia informação redigida mais ou menos assim: “Marcelinho Carioca não mais vestirá a camisa do Corinthians”. Eu nunca me esqueci desse “comparativo” de importância de notícias.

Eu passo em frente ao prédio da TAM Express todos os dias, na ida e na volta do trabalho. No dia 19 de julho foi diferente. A imagem do enorme prédio que tantas vezes vi e frequentei, destruído, me chocou! Uma sensação muito estranha me invadiu naquele momento! E ela foi mais contundente ainda porque eu também viajo de avião todo mês. Minha vida passou na minha frente num minuto, em plena avenida.

Tenho pensado muito na maldita burocracia do nosso País, nas imbecilidades e nos discursos pífios que ouvimos, no ilusionismo de que vivemos no país da Alice, na perda de tempo precioso de políticos com idiotices em assuntos que só lhes dizem respeito, em detrimento de grande número de pessoas que têm problemas mais sérios mas que não possuem educação suficiente para resolvê-los, na hipocrisia de nossa legislação, na impunidade de tudo e de todos, desde “pequenas” contravenções até roubos, principalmente da dignidade dos cidadãos, da dependência clara do governo das entidades do Terceiro Setor, que ele insiste em querer destruir a qualquer custo; enfim, a lista é grande.

Se pudéssemos comparar os itens acima com a visão do prédio da TAM, em chamas, e na lembrança da morte de quase 200 pessoas, a qual conclusão chegaríamos?

Pense, caro leitor, e responda para você mesmo!

Publicado no site [www.jteixeira.com.br](http://www.jteixeira.com.br) e no Enfoque Jurídico n. 7, Jul/Ago/Set 2007.

## 7.2 | Acionem o Judiciário

O Judiciário é o melhor Poder da República, mesmo com todas as suas mazelas. Apesar da enormidade de tempo que se gasta para resolver um processo no Brasil não podemos nos despojar de levar os litígios à apreciação do Poder Judiciário, confiar na sua decisão e, principalmente, respeitá-la. Isso é intrínseco ao Estado Democrático de Direito, sob pena da instalação da anarquia e do nosso rebaixamento ao primitivismo de um povo ignóbil.

Novas leis entrarão em vigor este ano para (tentar) ajudar na rapidez da solução dos processos. Ainda não é o ideal, mas já é alguma coisa. Aliás, o próprio Judiciário deverá ficar atento para que direitos dos cidadãos não sejam desrespeitados em prol da rapidez processual que as novas normas pretendem imprimir. De qualquer maneira, o que importa é exercermos a democracia e a cidadania de forma eficaz e constante.

Lembro-me do ensinamento do jurista alemão Rudolf von Ihering, constante da obra “A Luta pelo Direito”, publicada em 1872: “Todo aquele que, ao ver seu direito torpemente desprezado e pisoteado, não sente em jogo apenas o objeto desse direito, mas também a sua própria pessoa, aquele que numa situação dessas não se sente impelido a afirmar a si mesmo e ao seu bom direito, será um caso perdido, e não tenho o menor interesse em converter um indivíduo desse tipo. Trata-se de um tipo humano que deve ser considerado um simples dado fático, e que poderia ser designado como o filisteu do direito. Seus traços fundamentais consistem num egoísmo e num materialismo primário. [...] A esse tipo humano só posso aplicar as palavras de Kant: ‘Quem se transforma num verme não pode se queixar de ser pisado aos pés dos outros.’ ”

Ainda devemos lembrar do filósofo Emanuel Kant: “Não permiti que vosso

direito seja pisoteado impunemente.”

Publicado no Enfoque Jurídico n. 2, Abr/Mai/Jun 2003.

## 7.3 | Discursos pífios

**É** incrível a capacidade de as pessoas falarem sem nada dizer, fazendo do engodo sua atividade principal. Fala-se muito e age-se pouco, em todos os setores da sociedade. Se há exceções, elas são raríssimas e desconhecidas. Produzem-se respostas burocráticas, pré-moldadas, otárias, que valem para diversas situações, sem se levar em conta o teor e o contexto da pergunta. E assim agem para “fazer alguma coisa” diante de um acontecimento. Era melhor poupar nossos ouvidos e olhos de tamanhas cretinices e de metáforas desairosas, tão utilizadas ultimamente.

Mais preocupante (e irritante) ainda é a atitude de juízes que despacham e decidem de forma ininteligível, às vezes tentando mostrar cultura de almanaque. E pior: como dela será interposto recurso, para restabelecer o imprescindível bom senso que deve nortear o Direito, o Judiciário vai ficando cada vez mais entulhado de porcarias, ao invés de se gastar tempo e papel com coisas mais edificantes.

Invariavelmente, discursos e despachos assim proferidos não são motivados, não decorrem de cronologia sustentável, nem de contexto coerente e muito menos do desenvolvimento de pensamentos lógicos, o que simplesmente demonstra a superficialidade intelectual de quem os proferiu.

Este editorial não ter cor partidária. Por outro lado, não podemos ignorar a manifestação da sociedade. Basta ler jornais e revistas para se constatar o óbvio: estamos involuindo, no que diz respeito a valores morais e éticos. E não é de hoje. Como políticos adoram gastar nosso precioso tempo com discursos reles e fazendo o gancho com o assunto inicialmente tratado, resolvemos ilustrar essas linhas com citação de Diogo Mainardi, que disse em seu último livro: “A burrice que nos acometeu desde a eleição de Lula terá de ser lembrada para sempre.

Demos ao governo um crédito que nenhum governo pode ter. Por mais de um ano, ignoramos seu populismo ordinário, seus desvarios retóricos, seu empreguismo desavergonhado, seu fisiologismo ostentoso, seu descaramento ético, sua equipe indigente. Abdicamos estupidamente de nossa prerrogativa básica, que é a de vaiar e atirar ovos nos políticos. A convicção simplória de que todos os políticos são enganadores precisa ser restaurada urgentemente. Só ela pode estimular a criação de anticorpos na sociedade. Sem esses anticorpos, a democracia brasileira continuará incompleta, viciada, sujeita a surtos de histeria sebastianista igual à que acompanhou a vitória de Lula.”

Publicado no site [www.jteixeira.com.br](http://www.jteixeira.com.br)  
Escrito em Março 2005.

## 7.4 | Esqueçam o que (não) deveria ser esquecido (ou algo assim)

**D**esde que assumiu, temos ouvido muita coisa vinda do governo federal. Algumas coisas que devem ser levadas em consideração e outras nem tanto. Muito falatório e pouca ação. Os editoriais dos jornais e a imprensa em geral têm falado isso todos os dias. E nada continua não acontecendo. Seis meses é pouco tempo. É ... é pouco. (!) Enfim, ...

As ações realizadas até agora, se aprovadas, promoverão alterações importantíssimas na vida do cidadão comum. Todos nós gastaremos mais dinheiro com isso. Óbvio. Alguém, por algum momento, teve alguma dúvida? Inclusive os inativos, em que pese o Supremo Tribunal Federal ter sinalizado que não, passarão a pagar para sustentar a previdência. É justo? Responda você, leitor.

Perguntar não ofende: quem são os culpados pela situação chegar ao ponto em que chegou? Garanto que não é culpa dos cidadãos que pagam mensalmente seus impostos. E mesmo gerenciado desastrosamente pelos governantes, no final das contas, os mesmos cidadãos que pagam seus impostos mensalmente é que pagarão o prejuízo existente em prol da não explosão do sistema? Sim. É coerente? Que se dane a coerência. É isso o que lemos todo dia. Quanta diferença entre atirar pedras e ser vidraça!

Aproveitando a onda do novo Código Civil (se bem que isso já era possível na vigência do velho), será que não caberia ação de responsabilização (ou de prestação de contas) contra os ex-governantes para (tentar) justificar o porquê do caos hoje vivenciado pela sociedade? Que o digam os legítimos “representantes do povo”.

Nunca vimos na nossa história a utilização tão desenfreada de sinônimos de palavras para elastecer os discursos e dizer, ao fim, a mesmíssima coisa. Nunca se

viu, também, tanta utilização de jargões e ditadinhos populares simplórios aplicados à complexidade da administração do Brasil.

*Alea jacta est !*

Publicado no Indicador Jurídico n. 10, Jun/Jul. 2003.

## 7.5 | No que vai dar isso?

**I**nfelizmente, sabemos (e vemos) que o Judiciário é moroso, ultrapassado tecnologicamente, tem número insuficiente de funcionários, de juizes, de varas, enfim, não há como tecer muitos elogios a ele. Tal constatação é ainda mais preocupante quando é feita por operadores do Direito, pois somos nós quem deveríamos levar ao cliente a crença e a confiança em tal Poder, pois é ele, em última análise, que dá sustentação e garante a paz na sociedade, em todos os seus aspectos.

Mas como fazer isso eficazmente se não vemos mudança de quase nada no dia a dia forense? Planos até existem. Verba (mínima) até existe. Mas por um motivo inexplicável, talvez sobrenatural, eles não são aplicados em prol do desenvolvimento e da rápida solução dos litígios que lhe são submetidos. A consequência é desastrosa para a sociedade. Quando o caos está instalado ou prestes a se instalar vemos “alternativas” antiéticas serem praticadas na tentativa de solução das pendências, o que é muitíssimo perigoso.

O futuro, a seguir no ritmo atual, é sombrio, lamentavelmente. Parece até que a lerdeza e morosidade do Judiciário interessam a certos setores da sociedade. (?) O ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence já disse que “A credibilidade não resiste à exacerbação da justa insatisfação popular com a ineficiência, o custo e a lentidão do funcionamento do serviço da Justiça”. (Folha de S.Paulo, 18.08.2003)

Mas nós, operadores do Direito, devemos trabalhar incansavelmente para que tal cenário mude e para que o Judiciário continue sendo fielmente respeitado. Não podemos esmorecer nunca, pois os advogados exercem papel importantíssimo, quiçá definitivo, nesse contexto. Nossos clientes devem saber que estamos

trabalhando arduamente em prol da defesa de seus interesses e que podem ter em nós batalhadores laboriosos nesta luta, que será por nós vencida. Não tenham dúvidas. Porém, algo precisa mudar. E mais rápido, pois, a justiça que tarda, falha.

Publicado no Indicador Jurídico n. 11, Ago/Set 2003.

## 7.6 | Os políticos, o Altíssimo e a mídia

Constava do folheto da missa da sexta-feira santa, como um dos itens da Oração Universal: “Oremos por todos os governantes: que o nosso Deus e Senhor, segundo sua vontade, lhes dirija o espírito e o coração para que todos possam gozar da verdadeira paz e liberdade.”

A revista *Veja* (19.04.06) trouxe as seguintes frases: “Antes a questão era: sabia e é conivente ou não sabia e é um presidente apalermado, vagando em um palácio em que seus íntimos planejam as mais criativas formas de assalto ao dinheiro do povo.” (p. 48) “São 40 os ladrões de dinheiro público encastelados no governo do PT e denunciados pelo Procurador-Geral.” (p. 50)

Elio Gaspari utilizou palavras fortes em seu artigo na *Folha de S.Paulo* de 23.04.06: “A megalomania presidencial é um delírio de ignorância embebida em leviandade.”

Do alto da sabedoria dos seus 95 anos de idade, Miguel Reale, que nos deixou na mesma sexta-feira santa, ensinava: “Quando o povo descrê de seus representantes, a democracia é ferida em sua essência”.

Em artigo publicado no sábado de aleluia, seu filho, Miguel Reale Jr., escreveu (em *O Estado de São Paulo*) que ele “Tinha grande incompreensão com o que se passa no plano político. Disse que não queria mais se inteirar porque não estava compreendendo. E carregou ali certa desilusão”.

Quem não está entendendo nada da política brasileira está bem acompanhado. É um alívio e uma preocupação: onde vamos parar? Estão brincando com coisa séria. Ou tratamos nosso Brasil com mais responsabilidade, ética e vergonha na cara ou tudo o que foi construído ao longo de anos de sacrifício, inclusive de vidas humanas, será perdido. A sociedade precisa deixar seu comodismo inerte

amórfico e fazer alguma coisa.

Parodio um reclame: é melhor prevenir, pois pode não haver remédio.

Publicado no Enfoque Jurídico n. 2, Abr/Mai/Jun 2006.

## 7.7 | Será que vai dar tempo?

**G**rosso modo, o núcleo central da sustentabilidade consiste em identificar a melhor forma de fazer o que já fazemos para continuarmos fazendo no futuro. Historicamente, nós não nos preocupávamos com o porvir. Interessava-nos o presente.

Um belo dia, percebemos que o futuro não existiria se continuássemos a agir da forma irresponsável que norteava nossas ações. Desde 1990, pelo menos, o mundo debate as metodologias a serem empregadas para que seja possível atingir os objetivos estabelecidos pelos países que o compõem, capitaneados pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Vários protocolos de intenção e eventos foram realizados para debater as metas e suas ampliações, as ferramentas a serem criadas e implementadas e os prazos para que isso aconteça, pois a natureza não pode esperar pelo tempo dos homens. Para isso, estabeleceram-se as Metas do Milênio da ONU e foram realizadas a Eco-92 e a Rio+20, tendo sido feitos diversos encontros neste interregno.

O entendimento do que vem a ser sustentabilidade se amplia a cada dia e a diversidade das variáveis que a compõem chegará, inexoravelmente, a toda a complexidade social e técnica que o ser humano conseguiu delinear para que ele mesmo trilhe.

A discussão acerca da sustentabilidade abrange o meio ambiente (a exploração dos recursos naturais, a preservação do verde etc.), o consumo inteligente, a erradicação da pobreza e da fome, a educação básica, a igualdade entre os sexos e vários outros assuntos, aqui omitidos por economia.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, realizada no Rio de Janeiro em junho de 2012 (Rio+20), reuniu representantes de

quase todos os países do mundo para avaliar as ações praticadas até então e definir os próximos passos para garantir que nossos filhos continuem a viver bem sobre o planeta, extraindo dele o que vão precisar.

A área da saúde, que é uma das dimensões de atuação dos Camilianos no Brasil, é absolutamente importante para permitir e facilitar a efetivação da sustentabilidade, pois, para que as pessoas consigam agir, atuar e desenvolver todas as atividades macro que a compõem, é necessário que elas estejam aptas para tal, ou seja, que tenham saúde, no seu sentido lato.

Apesar da obviedade da afirmação acima, curiosamente, a Rio+20 dedicou poucos esforços para tratar da saúde e de seus inumeráveis problemas, que vão desde o crônico subfinanciamento brasileiro e mundial, até o combate à AIDS, à malária, à erradicação do uso de mercúrio (inclusive em termômetros) e por aí vai.

Os advogados podem contribuir muito para levar a efeito a sustentabilidade nas suas diversas facetas, inclusive como estratégia de negócios e instrumento de gestão e não apenas como postura legal ou de marketing. Eles poderão interpretar e orientar corretamente os seus clientes acerca do cumprimento da legislação ambiental, aplicada aos mais diversos segmentos empresariais, da Norma Regulamentadora n. 32, editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego e que trata da segurança e saúde no trabalho em serviços de saúde, e por mais um sem número de normas jurídicas que tratam direta ou indiretamente da sustentação equilibrada.

Da sustentabilidade dependemos todos nós, individual e coletivamente. Precisamos atuar de forma multidisciplinar para que nossas gerações se perpetuem. Façamos, pois, a nossa parte! Rápido.

Publicado na revista São Camilo Brasil – Educação, Saúde e Assistência Social, n. 11, Jul/Ago 2012, p. 10.  
[www.saocamilo.br](http://www.saocamilo.br)

## Periódicos

**Enfoque Jurídico** (INPI n. 828.632.804) é boletim jurídico editado por JOSENIR TEIXEIRA ADVOCACIA (CNPJ 02.430.626/0001-63) e distribuído a clientes, amigos, colegas, empresas e profissionais da área. Desde 2005 foram publicados 19 números, que podem ser lidos na íntegra no site [www.jteixeira.com.br](http://www.jteixeira.com.br).

**Indicador Jurídico** é boletim jurídico bimestral editado, inicialmente, pelos escritórios Tilelli e Tilelli Advogados Associados e Josenir Teixeira Advocacia, em conjunto, desde a edição n° 1, de outubro/novembro de 2001 até a de n° 16, relativa ao primeiro trimestre de 2006. Posteriormente, o primeiro escritório passou a publicá-lo sozinho, até o número 41 (julho de 2011), quando cessou sua tiragem. O conteúdo das edições pode ser visto nos sites [www.jteixeira.com.br](http://www.jteixeira.com.br) e [www.indicadorjuridico.com.br](http://www.indicadorjuridico.com.br). O Dr. Antônio Oniswaldo Tilelli, fundador do escritório Tilelli e Tilelli Advogados Associados, juntamente com seu irmão Reynaldo Tilelli, faleceu em 28 de setembro de 2011.

**Notícias Hospitalares** é publicação trimestral da Pró-Saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar dirigida a hospitais, clínicas, laboratórios, secretarias de saúde, médicos, administradores, fornecedores e interessados em geral das áreas médica, hospitalar e administrativa. Ela pode ser lida nos sites [www.noticiashospitalares.com.br](http://www.noticiashospitalares.com.br) e [www.prosaude.org.br](http://www.prosaude.org.br).

**RBDS - Revista Brasileira de Direito da Saúde** é editada pela Confederação das Santas Casas de Misericórdia e Hospitais e Entidades Filantrópicas (CMB) e foi

lançada em fevereiro de 2011. Com periodicidade semestral, a RBDS tem como objetivos promover, sob a perspectiva jurídica, a discussão de temas relacionados à prestação de serviços de Saúde, ampliar a divulgação do entendimento dos Tribunais sobre o tema e mobilizar a sociedade em torno de questões que afetam o direito fundamental à saúde. Informações podem ser obtidas em [www.rbds.org.br](http://www.rbds.org.br) e [www.cmb.org.br](http://www.cmb.org.br)

**RDTS – Revista de Direito do Terceiro Setor** é publicação oficial do IBATS – Instituto Brasileiro de Advogados do Terceiro Setor. Trata-se de revista semestral focada em assuntos exclusivos sobre o Terceiro Setor, na sua visão jurídica. O IBATS ([www.ibats.org.br](http://www.ibats.org.br)) foi criado por Josenir Teixeira, ex-presidente e seu atual vice-presidente, juntamente com o Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira, seu atual presidente, professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). A revista é comercializada por meio de assinatura pela Editora Fórum, que pode ser feita pelo site [www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br) ou pelos telefones 0800.704.3737 ou (31) 2121.4949.

## Livros



TEIXEIRA, Josenir.  
**Prontuário do Paciente: aspectos jurídicos**  
Goiânia  
AB editora, 2008  
200 páginas



TEIXEIRA, Josenir.  
**Opiniões.**  
São Paulo  
Edição Própria, 2010.  
324 páginas



TEIXEIRA, Josenir.  
**Assuntos hospitalares na visão jurídica.**  
Goiânia  
AB editora, 2009  
184 páginas



TEIXEIRA, Josenir.  
**O Terceiro Setor em perspectiva: da estrutura à função social.**  
Belo Horizonte  
Editora Fórum, 2011  
195 páginas

