

# Opiniões 3

A Saúde e o Terceiro Setor polemizados



Josenir Teixeira

# Opiniões 3

A Saúde e o Terceiro Setor polemizados

1ª edição

São Paulo / SP

2015

Coordenação editorial, gráfica e produção: ID7 Studio  
Idealização e coordenação: Josenir Teixeira  
Preparação e atualização dos originais: Josenir Teixeira  
Revisão: Josenir Teixeira  
Design gráfico: ID7 Studio  
Diagramação: ID7 Studio  
Impressão: Colorsystem Gráfica Digital e Offset  
Fonte: Adobe Garamond

  
**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  
São Paulo/SP – (11) 9 9185.6691  
jt@jteixeira.com.br

Acesse:

[www.jteixeira.com.br](http://www.jteixeira.com.br)  
[www.facebook.com/JosenirTeixeira](https://www.facebook.com/JosenirTeixeira)  
[www.prontuariodopaciente.com.br](http://www.prontuariodopaciente.com.br)  
[www.ibats.org.br](http://www.ibats.org.br)  
[www.lucianasilva.com.br](http://www.lucianasilva.com.br)

TEIXEIRA, Josenir.  
Opiniões 3. São Paulo, 2015. 352 páginas

CDD: 340

CDU: 340

É permitida a reprodução, desde que citada a fonte.  
O conteúdo técnico-científico dos artigos é de responsabilidade do autor.

*Para Giovana. Sempre.*



*Agradeço a Hilda, Kellen, Luciana,  
Giovana e José Carlos Rizoli.*



## Sumário

Opiniões 1	
Apresentação .....	12
Contracapa .....	14
Sumário .....	16
Opiniões 2	
Apresentação .....	18
Contracapa .....	19
Sumário .....	20
Opiniões 3	
Apresentação .....	22
Prefácio (Claudio Luiz Lottenberg) .....	24
CAPÍTULO 1 – TERCEIRO SETOR .....	27
1.1 - A filantropia de ontem e hoje. Haverá a de amanhã? .....	28
1.2 - A impertinente igualação das entidades de fins não econômicos às empresas lucrativas: comentários à Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça .....	30
1.3 - A responsabilidade jurídica dos dirigentes de entidades do Terceiro Setor .....	54
1.4 - Anotações sobre as alterações produzidas pela Lei 12.868/13 na concessão ou renovação do CEBAS .....	76
1.5 - Apropriação indébita de contribuições previdenciárias e entidades do Terceiro Setor .....	92
1.6 - Até quando? .....	100
1.7 - CEBAS – A necessidade de cumprimento de requisitos legais supervenientes – Comentários à Súmula nº 352 do STJ .....	102
1.8 - Imunidade tributária e entidades assistenciais - Comentários à ADIN nº 2.028-DF, do Supremo Tribunal Federal .....	112
1.9 - Momentos mágicos do Terceiro Setor! .....	120
1.10 - Não adianta ser pobre. Tem que provar que é pobre.....	122
1.11 - O Terceiro Setor e a gestão da saúde pública .....	126
1.12 - Ponderações sobre o CEBAS e sua lei .....	132
1.13 - Possibilidade legal de remuneração da Diretoria Estatutária de entidades sem fins lucrativos possuidoras de CEBAS .....	160
1.14 - Resenha do livro “Direito do Trabalho no Terceiro Setor” .....	180

1.15 - Resenha do livro “Terceiro Setor e imunidade tributária” .....	184
<b>CAPÍTULO 2 – SAÚDE .....</b>	<b>189</b>
2.1 - A saúde nessa terra de meu Deus .....	190
2.2 - Parcerias Público-Privadas na Saúde (entrevista) .....	192
<b>CAPÍTULO 3 – ASSUNTOS HOSPITALARES .....</b>	<b>201</b>
3.1 - A intervenção em hospitais, sua utilização indiscriminada e viés político .....	202
3.2 - A tormentosa tarefa do hospital em proteger o sigilo do prontuário do paciente .....	222
3.3 - Grande, pesado e sensível; reflexões jurídicas .....	266
3.4 - O hospital paga pelo erro médico? .....	268
3.5 - Prontuário do Paciente (entrevista) .....	270
3.6 - Vigie o paciente .....	278
<b>CAPÍTULO 4 – ADMINISTRAÇÃO HOSPITALAR .....</b>	<b>283</b>
4.1 - Nó de normas (reportagem) .....	284
4.2 - O administrador hospitalar responde por seus erros? .....	294
<b>CAPÍTULO 5 – ADVOCACIA .....</b>	<b>301</b>
5.1 - Contratos: algumas dicas para analisá-los .....	302
5.2 - Quando um juiz empaca a nossa vida .....	310
<b>CAPÍTULO 6 – MÉDICOS .....</b>	<b>313</b>
6.1 - Dor de ouvido confundida com vasectomia .....	314
6.2 - Triste realidade na saúde (Luciana Andrade da Silva) .....	316
<b>CAPÍTULO 7 – DIVERSOS .....</b>	<b>319</b>
7.1 - A retenção de 11% do INSS .....	320
7.2 - Comentário sobre o livro Direito Digital, de Patrícia Peck Pinheiro .....	326
7.3 - O mascaramento da ajuda de custo .....	328
7.4 - Publicação de comentários: Folha de S. Paulo e revista Veja .....	332
7.5 - Tim Maia e o perecimento (José Carlos Rizoli) .....	336
7.6 - Vossa Excelência é um vagabundo .....	338

CAPÍTULO 8 - ANEXOS .....	343
VÍDEOS, PALESTRAS E ENTREVISTAS .....	344
PERIÓDICOS .....	348
LIVROS (do autor) .....	350

## **Opiniões 1 - Apresentação**

### **Publicado em 2010**

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**

Polêmico, passional, 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



## **Opiniões 1 - Sumário**

### **Publicado em 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”?

O Terceiro Setor: ameaça ou solução?

Afinal, o Terceiro Setor presta?

As filantrópicas bandidas

Falsa devoção

Comentários sobre a nova lei da filantropia (Lei n. 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”  
Cést 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 da virgindade antes do casamento não o anula  
Cuidado com o seu namoro  
O mundo é bão, Sebastiao!  
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

## Opiniões 2 - Apresentação

### Publicado em 2013

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 obra intelectual produzida, mesmo que modesta, com facilidade e permitir o mesmo a quem não teve a oportunidade de ler os artigos que a compõe à medida 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 2013. 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, advocacia, 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 !

Opiniões<sup>2</sup>  
Josemir Teixeira

Disponível em iBooks (iPhone e iPad) e e-Book Kindle  
baixe gratuitamente em [www.jteixeira.com.br](http://www.jteixeira.com.br).

Josenir Teixeira  
março de 2013

### **Contracapa**

Josenir nos brinda com o seu Opiniões 2. Trata-se de uma coletânea de textos desenvolvidos no calor da luta por encontrar a luz da justiça em muitos e complexos setores da saúde pública brasileira. Quem teve a oportunidade de ler o Opiniões 1 enriqueceu-se com as opiniões e propostas que o prolífico autor nos contemplou. A estrutura do livro é a mesma. Ele reuniu em sete capítulos sua produção revisitada e melhorada. Todos os temas são muito polêmicos e sobre muito poucos se tem assuntos pacificados, daí a oportunidade da oferta ao debate.

Em uma democracia, o império da lei é construído com o debate que então faz brotar o novo pelo qual anseia a sociedade. Assim, ler as teses colocadas, por exemplo, sobre o 3º Setor, ou sobre os médicos, ou sobre advocacia na saúde, ajuda a iluminar o caminho que todos estamos trilhando de maneira muito insegura, do ponto de vista jurídico.

Na verdade, e o autor nos adverte disso no prefácio, falta debate, falta trazer a baila e enfrentar os assuntos que poderão tornar nossa prática da atenção à saúde mais humana e eficaz. A contribuição do Josenir está dada, está neste livro, e a nossa? A nossa deverá ser tomar esses fios de meada e ir à luta, desmascarar as corporações que não estão preocupadas com as condições de trabalho de seus trabalhadores e sim fazer caixa, desmascarar a verdadeira carnificina que se está praticando contra as Santas Casas ...

É do debate aberto e da comunicação com a sociedade que poderemos ter o novo e melhor mundo que queremos construir.

Gonzalo Vecina Neto

Professor assistente da FSP/USP

(Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo)

Superintendente Corporativo do HSL (Hospital Sírio-Libanês)

## **Opiniões 2 - Sumário**

### **Publicado em 2013**

#### CAPÍTULO 1 – TERCEIRO SETOR

- 1.1 A ignorância que dificulta
- 1.2 A importância das Organizações Sociais na gestão da saúde e o debate de sua constitucionalidade no STF
- 1.3 A indevida utilização da formação do Conselho de Administração das Organizações Sociais federais pelos Estados e Municípios
- 1.4 A odisseia das Organizações Sociais no hostil mundo da insegurança jurídica
- 1.5 As fundações estatais e o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social
- 1.6 As (in)certezas do Terceiro Setor
- 1.7 Imunidade tributária – Panorama atual e perspectivas
- 1.8 O atentado contra as filantrópicas
- 1.9 O desvio de finalidades das ONGs
- 1.10 O Supremo Tribunal Federal e as entidades beneficentes de assistência social – Comentários à decisão do ministro Ricardo Lewandowski no RO em MS nº 27.234-5
- 1.11 O Terceiro Setor avança
- 1.12 Terceirização ou privatização da saúde? Nenhum dos dois: parceria
- 1.13 Terceiro Setor – não dá para não tê-lo

#### CAPÍTULO 2 – SAÚDE

- 2.1. Ai, que loucura!
- 2.2. Enquanto se tem saúde, quietos estão os santos!
- 2.3 Gestão + Verba = Saúde?
- 2.4 Para que tantos leitos?
- 2.5 Top, top, top

#### CAPÍTULO 3 – ASSUNTOS HOSPITALARES

- 3.1 A cobiça dos Conselhos Profissionais
- 3.2 A eficácia da alta a pedido
- 3.3 A FIFA e as Santas Casas
- 3.4 A obrigatoriedade de pagamento do direito autoral pelos hospitais – A visão do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto

3.5 A responsabilidade dos hospitais pelo “erro” do médico na visão do Superior Tribunal de Justiça

3.6 Carlos Cachoeira, a Lei de Acesso e o Prontuário do Paciente

3.7 Hipocrisia versus superlotação

3.8 Intervenção em hospitais: é legal?

3.9 O sigilo do prontuário é para valer?

#### CAPÍTULO 4 – ADMINISTRAÇÃO HOSPITALAR

4.1. A importância da gestão jurídica em saúde

4.2 Vada a bordo, cazzo!

#### CAPÍTULO 5 – ADVOCACIA

5.1 A banana boat e o Judiciário

5.2 E quando o cliente não concorda com o advogado?

5.3 O que importa é ganhar a causa?

#### CAPÍTULO 6 – MÉDICOS

6.1. A horrível letra do médico. De novo.

6.2. Autorização para abrir crânios

6.3 Bioética

6.4 Dê sangue às Testemunhas de Jeová

6.5 Médico: seu linguajar ou descaso podem condená-lo

6.6 Por que os cubanos não podem?

#### CAPÍTULO 7 – DIVERSOS

7.1 A importância das coisas!

7.2 Acionem o Judiciário

7.3 Discursos pífios

7.4 Esqueçam o que (não) deveria ser esquecido (ou algo assim)

7.5 No que vai dar isso?

7.6 Os políticos, o Altíssimo e a mídia

7.7 Será que vai dar tempo?

#### PERIÓDICOS

#### LIVROS

## Apresentação

É de muita valia a visitação aos escritos produzidos e o (re)aprendizado que dela decorre. Visualiza-se facilmente a dificuldade do avanço da discussão e a indefinição de assuntos que o lapso temporal, enorme, não consegue resolver. É exercício interessante e gratificante.

Aqui estão reunidos 35 artigos que foram classificados nas mesmas áreas que constam dos livros Opiniões 1 (2010) e Opiniões 2 (2013): Terceiro Setor, Saúde, Assuntos Hospitalares, Administração Hospitalar, Advocacia, Médicos e Diversos. Inseri nesta edição meu primeiro texto, publicado em 1998, intitulado O mascaramento da ajuda de custo.

Os artigos condensados são compostos por textos acadêmicos, mais aprofundados, do ponto de vista técnico, e por outros curtos, por meio dos quais se externou brevíssima opinião a partir do simples acompanhamento de assuntos.

Homenageio José Carlos Rizoli e Luciana Andrade da Silva com a publicação de alguns de seus artigos, haja vista que seu conteúdo vem ao encontro da proposta desta obra.

Tive o prazer de ser agraciado com prefácios de José Carlos Rizoli (2010), Dr. Gonzalo Vecina Neto (2013) e agora do Dr. Claudio Luiz Lottenberg, o que muito me envaidece e que também agrega mais responsabilidade.

O exercício da escrita continua a proporcionar experiências incríveis e a sua prática é instigante. Ela continuará!

Oxalá o leitor possa encontrar nesse material algo que seja útil para si.

Boa leitura!

Josenir Teixeira  
fevereiro de 2015



## **Prefácio**

O tema saúde vem ocupando importante espaço do debate na esfera política, econômica e, portanto, assumindo um papel de relevo mais amplo que o de um direito social.

É de conhecimento de todos que o envelhecimento vem nos propondo uma pauta difícil de conciliar, que é a incorporação tecnológica dentro de uma limitação de caráter orçamentário. Na persistência da atual forma com que o assunto vem sendo tratado, alguns arriscam dizer que, nos EUA, a partir de 2050, mais de cinquenta por cento do PIB estará comprometido com os gastos em saúde, o que é um fator de grande desequilíbrio nas perspectivas da vida em sociedade. Não obstante a isto não se nega sua importância e mesmo hoje se fala de empregabilidade com algum vínculo com a área da saúde aproximando-se dos trinta por cento, o que demonstra o vigor desta área junto a economia.

Grande parte da polêmica nasce de um desconhecimento por parte do paciente acerca das questões básicas o que o leva a participar deste cenário pouco instrumentalizado e com grande assimetria de conhecimento junto àqueles que atuam na prática ou com algum vínculo na prestação de serviços na saúde. Em função disso, o cenário da saúde assume um quadro caótico, onde as respostas concentram seu entendimento pela suposta e única justificativa da falta de financiamento, o que considero um equívoco, quando tomada de forma absoluta. O tema ganha relevo no calendário político e concentra fôlego para aqueles que desejam fazer política na saúde e não política de saúde, o que acaba tendo pouco sentido prático.

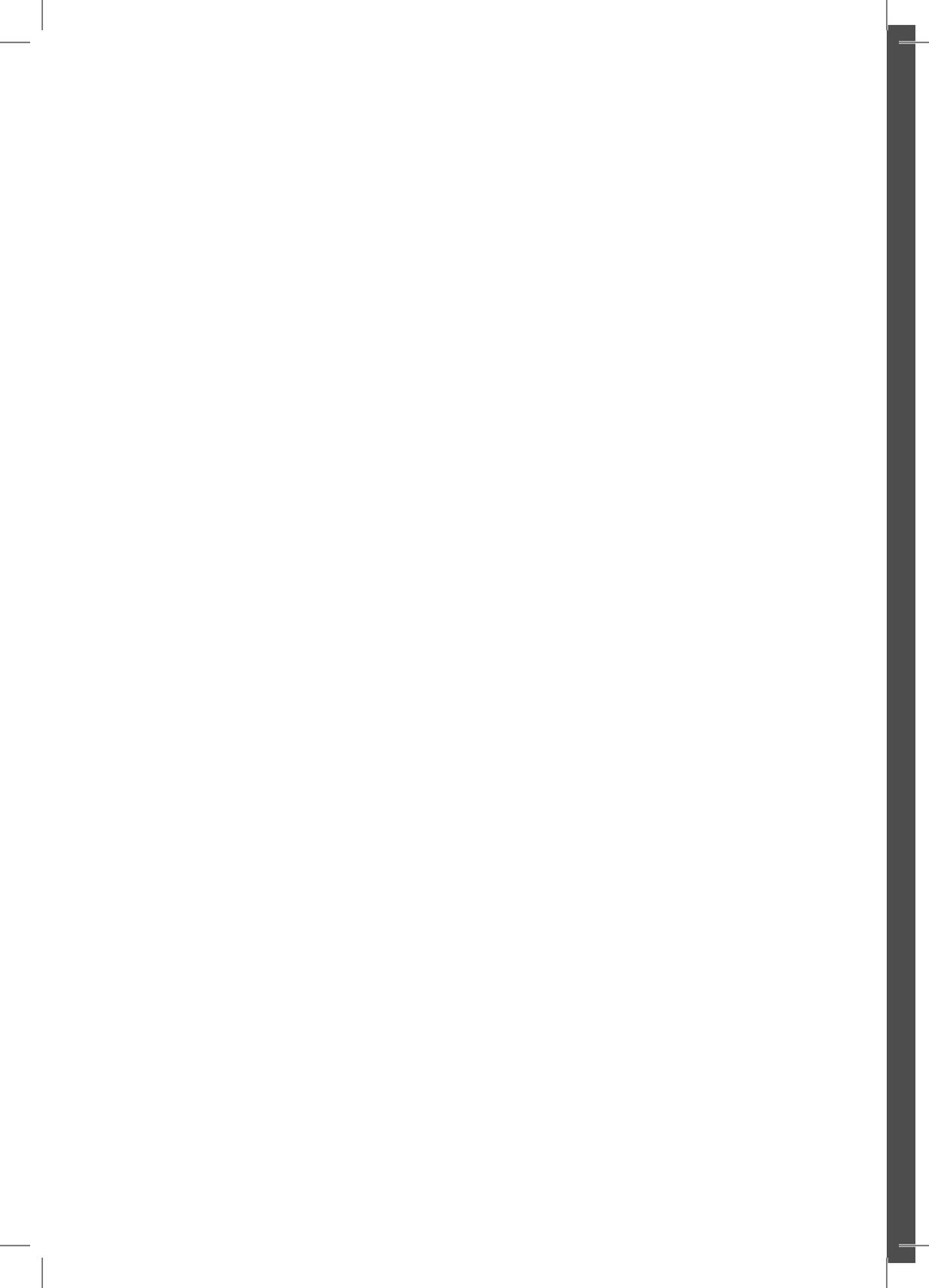
O livro aqui apresentado traz artigos que foram publicados abordando de forma criteriosa e consistente questões de nossa saúde. Discute o papel da filantropia não só com visão caritativa e compensatória, mas inserindo-a dentro de um marco evolutivo até as mecânicas das atuais organizações sociais. Nesta linha, conclama os atores para suas responsabilidades, dentro do marco jurídico, é verdade, mas sobretudo valorizando a responsabilidade como fruto da solidariedade.

Considero importante e maduro grande parte dos assuntos aqui tratados, pois, embora de natureza jurídica, e muitas vezes polemizada, como o próprio título coloca, ele instrui e demonstra papéis nem sempre tão bem percebidos pela sociedade.

Como apaixonado pelo tema da saúde recomendo a leitura, pois vejo que o autor em sua obra concentra sua atuação no sentido de fazer valer a aproximação entre aqueles que conhecem a saúde e aqueles que precisam entendê-la com maior profundidade.

Claudio Luiz Lottenberg

Médico, Doutor em Oftalmologia e Presidente do Hospital Albert Einstein



# 1

## Terceiro Setor

## 1.1 - A filantropia de ontem e hoje. Haverá a de amanhã?

### Sobre

Publicado na revista São Camilo Brasil – Educação, Saúde, Assistência Social, v. 4, n. 18, nov/dez/2013, p.7 e em [www.jteixeira.com.br](http://www.jteixeira.com.br)

Filantropia significa generosidade para com outrem. Houve tempo em que o título outorgado por órgão estatal às entidades sem fins lucrativos parceiras se chamava CEFF – Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, qualificação que hoje atende pelo nome de CEBAS - Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - e é concedida pelos Ministérios da Saúde, Educação ou Desenvolvimento Social e Combate à Fome, dependendo da área de atuação da instituição. Daí é que algumas entidades (ainda) são chamadas de “filantrópicas”, o que tecnicamente não é correto, apesar de histórico.

O que aconteceu no interstício de 1940 a 2013 em relação à evolução da parceria entre as entidades e o governo? O Estado brasileiro continua descumprindo a Constituição Federal no que fiz respeito às suas obrigações em relação à observância dos direitos sociais e fundamentais dos cidadãos e as entidades continuam a atuar com protagonismo no atendimento dos usuários do SUS – Sistema Único de Saúde e do SUAS – Sistema Único de Assistência Social.

Os números de setembro de 2013 do Ministério da Saúde indicam que há 5.300 estabelecimentos filantrópicos no País e mais de 3.000 deles prestam serviços ao SUS. Em 989 municípios brasileiros (15% do total), o único hospital existente é o filantrópico, setor que responde por 37% dos leitos e 41% das internações dos pacientes do SUS.

Até a edição da Lei n. 12.868, em 16 de outubro de 2013, que alterou a Lei n. 12.101/09, havia razoável tensão e desajustes de compreensão entre o governo e as entidades, pois ele insistia em produzir situações que dificultavam o desenvolvimento de suas atividades. A nova lei não resolveu os impasses históricos existentes entre tais atores, mas apaziguou parte deles, e vai permitir que as entidades atuem

com norte mais definido. Além dela, a Lei n. 12.873/13, que instituiu o programa de fortalecimento das entidades sem fins lucrativos que atuam na saúde [...] – PROSUS, também contribuiu para tornar o cenário menos árido, pois prevê a concessão de moratória e a remissão de dívidas vencidas.

É fato inquestionável que a população é melhor atendida a partir da firmação de parcerias entre o governo e as entidades em áreas como a educação, saúde, assistência social, cultura, esporte etc. Enquanto a legislação, arcaica e distanciada da realidade, não evoluir em qualidade e rapidez, o cenário das parcerias não mudará. Até lá, a sociedade necessitará do exercício diuturno da filantropia por parte das instituições de fins não econômicos. Elas nem precisarão se esforçar para assim agir, pois esta intenção está enraizada nas entranhas daqueles que dedicam a sua vida a melhorar a dos outros, que abdicam de prazeres individuais em prol do atingimento deste objetivo e que colocam em evidência o exercício real e efetivo da sua função social enquanto pessoas físicas e jurídicas.

O Estado brasileiro deve apoiar e fomentar as entidades privadas sem fins lucrativos para que elas incrementem o seu trabalho para beneficiar as pessoas que necessitam de seu auxílio.

O Brasil precisa de gente que faz, como dizia um antigo reclame publicitário. E que faz bem feito. E a esmagadora maioria das entidades contribui de forma decisiva para a melhoria das condições de vida dos cidadãos brasileiros.

O amanhã tem tudo para ser melhor e mais eficiente. Sem pieguice, “depende de nós”! Mãos à obra, então, e vamos à luta, como é do feitio das entidades sérias e cumpridoras das suas obrigações, missão e finalidades estatutárias. E que Deus no ajude!

## 1.2 - A impertinente igualação das entidades de fins não econômicos às empresas lucrativas: comentários à Súmula 481 do STJ

### Sobre

Publicado na Revista Brasileira de Direito da Saúde - RBDS – ano III, n. 4, janeiro a junho de 2013, p. 9 a 40.

### Introdução

Ao longo dos últimos sessenta e dois anos, o Judiciário brasileiro adotou postura facilitadora e permissiva aos usuários da justiça em relação à aplicação da Lei n. 1.060, editada em 1950. E isso se dava porque a própria lei (ainda) prevê que a simples afirmação/declaração<sup>1 2</sup> da parte, de que é pobre<sup>3 4</sup>, basta (ou bastava) para o deferimento do pedido e automático gozo das benesses legais.

Todavia, o Judiciário mudou seu entendimento no dia vinte e oito de junho de 2012, quando a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula n. 481, publicada em primeiro de agosto do mesmo ano, assim redigida:

Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de

1 Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 232.579.1/2. Quinta Câmara Civil. Relator Desembargador Silveira Netto. J. 24.11.1994. in RT 716/169. Ementa: “Justiça gratuita. Suficiência da declaração de pobreza para a sua concessão. Negativa do benefício que somente poderá ocorrer por fundamentadas razões.”

2 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 38.124-0. Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. J. 20.10.1993. P. 29.11.1993.

3 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 9ª Câmara Civil. Agravo de Instrumento n. 2007.002.35859. Relator Desembargador Roberto de Abreu e Silva. P. 08.01.2008. “É relativa a presunção de pobreza que milita em favor daquele que afirma essa condição, consoante § 1º do artigo 4º, da Lei n. 1.060/50, o que permite ao juiz considerá-la insuficiente para a concessão do benefício da gratuidade de justiça, sempre que a situação for incompatível com o benefício pleiteado. No entanto, tendo em vista o princípio de acessibilidade inserto na CRFB/88 – artigo 5º, XXXV -, é possível postergar o recolhimento das custas do processo ou o seu parcelamento, antes da prolação da sentença, como se infere do Enunciado Administrativo nº 27, do Fundo Especial deste Tribunal de Justiça.”

4 Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 207.382-2. Primeira Turma. Relator Ministro Ilmar Galvão. J. 22.04.1997. P. 19.09.1997. in RT 748/172. Ementa: “Justiça gratuita. Necessidade de simples afirmação de pobreza da parte para a obtenção do benefício. Inexistência de incompatibilidade entre o art. 4º da Lei 1.060/50 e o art. 5º, LXXIV, da CF.” Na fundamentação do acórdão colhe-se a citação dos Recursos Extraordinários n. 205.746 e 205.029, da Segunda Turma do STF, como precedentes da questão decidida.

arcar com os encargos processuais.

Além de obrigar a parte a “demonstrar sua incapacidade de arcar com os encargos processuais”, a Súmula promoveu indevida equiparação da “pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos”, partindo da premissa de que a natureza jurídica de sua constituição pouco importa, renegando a importantíssimos conceitos jurídicos que as diferenciam. E em muito.

É sobre estes aspectos que discorreremos brevemente neste artigo, buscando demonstrar a impropriedade cometida pela Súmula em questão.

### **Brevíssimo contexto histórico do surgimento da Lei n. 1.050/60.**

O Maracanã, maior estádio de futebol do mundo, foi construído em 1950 para receber os jogos da Copa do Mundo que se realizaria naquele ano, depois de interrupção devido à Segunda Guerra Mundial. Treze seleções mundiais participaram da Copa. A Argentina não participou, em protesto, por não ter sido escolhida para sediar o evento. Sabemos o que aconteceu nesta Copa: o Uruguai venceu o Brasil na final (2x1) e calou os mais de 174 mil pagantes e 50 mil penetras presentes ao estádio, fato até hoje lamentado pelos brasileiros e bastante lembrado ultimamente, em razão de a final da Copa do Mundo de 2014 se realizar no mesmo estádio do Maracanã.

A década de 1950 foi apelidada de *Anos dourados* e, também, de a *idade do ouro* do cinema. É considerada uma época de transição entre o período de guerras da primeira metade do século XX e o período das revoluções comportamentais e tecnológicas da segunda metade. Deu-se o início da chegada da televisão em Portugal e no Brasil e houve importantes descobertas científicas, como o ADN (Ácido Desoxirribonucleico, ou DNA) e a vacina para a poliomielite.

E foi em 1950, no dia cinco de fevereiro, que o presidente Eurico Gaspar Dutra promulgou a Lei n. 1.060, que estabeleceu normas para a concessão da justiça gratuita aos necessitados. Esta lei foi publicada no Diário Oficial da União em 13 de fevereiro de 1950 e entrou em vigor trinta dias depois (art. 19).

### **O objetivo da Lei n. 1.050/60 e seu conteúdo**

O benefício da justiça gratuita pressupõe a ausência de recursos<sup>5</sup> e foi instituí-

---

<sup>5</sup> Tribunal Superior do Trabalho. Primeira Turma. Recurso de Revista n. 928/2001-011-15-00,5. Relator Ministro Waldir Oliveira da Costa. P. 16.06.2008. Ementa: “[...] Não se confundem o benefício da justiça gratuita e o instituto da litigância de má-fé no processo. A Constituição Federal recepcionou o instituto da assistência judiciária (art. 5º, LXXIV), desde que o pedido seja formulado por meio de simples declaração de pobreza, sem necessidade da respectiva comprovação (OJ nº 304 da SDI-1 do TST). O benefício só poderá ser revogado se houver demonstração da modificação patrimonial da parte, e não por ter sido reputada litigante de má-fé, conduta que pode implicar nas penalidades previstas

do, originariamente, para assegurar às pessoas naturais o efetivo cumprimento do mandamento constitucional do amplo acesso ao Poder Judiciário.

“Necessitado” é definido no artigo 2º de referida lei como “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.”

O Superior Tribunal de Justiça, provocado, já decidiu que o benefício estipulado pela lei aqui em estudo possui alcance amplo e que, dentro da categoria de “necessitado” se incluem não somente as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas<sup>6 7 8</sup>, com e sem fins lucrativos, com (até então) diferentes formas para aferição da sua hipossuficiência financeira.

Os benefícios da justiça gratuita, ou assistência judiciária, são “individuais e concedidos em cada caso ocorrente” (art. 10) e compreendem isenção em relação a “todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias” (art. 9º), especificamente a D) taxas judiciárias; II) emolumentos e custas; III) despesas com as publicações; IV) [...]; V) honorários de advogado e peritos; VI) despesas com a realização do exame de código genético – DNA (incluído pela Lei n. 10.317/01); VII) depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório (incluído pela Lei Complementar n. 132/09), conforme está descrito no seu artigo 3º.

O acesso ao gozo de tais benefícios se dá (ou se dava) “mediante simples afirmação, na própria petição inicial<sup>9</sup>, de que não está em condições de pagar as

---

no art. 18 do CPC, entre as quais não se inclui a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais. Recurso de revista conhecido e provido.”

6 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 197.800. Terceira Turma. Relator Ministro Eduard Ribeiro. J. 01.06.2000. P. 21.08.2000.

7 Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.015.372. Corte Especial. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. J. 17.06.2009. P. 01.07.2009. Ementa: “[...] O benefício da gratuidade pode ser concedido às pessoas jurídicas apenas se comprovarem que dele necessitam, independentemente de terem ou não fins lucrativos. Precedente da Corte Especial.”

8 Cite-se, por todas, a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná prolatada no Agravo de Instrumento n. 91.351-3 (Maringá), Relatora Desembargadora Regina Afonso Portes. J. 22.08.2000. “[...] A gratuidade da justiça, sob minha ótica, não pode ser benefício restrito às pessoas físicas. Observe que não se trata de analisar se o benefício cabe a pessoa física ou jurídica, mas sim a necessidade de quem a está requerendo. [...] De fato, a lei não distingue os necessitados, pessoa física ou jurídica, de modo que a pessoa jurídica pode encontrar-se em situação tal que não lhe permita pagar as custas processuais e honorários advocatícios.” É mencionada na fundamentação o Recurso Especial n. 122.129 (DJ 10.11.1997), do Superior Tribunal de Justiça.

9 Tribunal Regional do Trabalho. Segunda Região. Recurso Ordinário n. 2479-2007-069-02-00-3. Relator Juiz Roberto Husek. P. 12.09.2008. Ementa: “JUSTIÇA GRATUITA - ADVOGADO PARTICULAR – POSSIBILIDADE. Ainda que o autor tenha acionado o Judiciário com advogado por ele contratado e não com patrocínio do Sindicato, nos termos da Lei 5.584/70, entendemos possível acolher-se o pedido de justiça gratuita. A Lei 5.584/70 ao se referir a assistência judiciária na Justiça do Trabalho, não está se referindo ao pagamento das despesas processuais. A exigência ali contida, para fins de declaração de pobreza, foi revogada pela Lei 7.150 de 4 julho de 1986, que dispõe: Art. 4º – A parte

custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”, sendo que “presume-se pobre, até prova em contrário<sup>10</sup>, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais”, conforme prevê o artigo 4º da lei e seus parágrafos.

A própria lei prevê (art. 7º) que “a parte contrária<sup>11</sup> poderá, em qualquer fase da lide, requerer a revogação dos benefícios de assistência, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão”<sup>12</sup>, sendo que, “ocorrendo as circunstâncias mencionadas no artigo anterior (7º), poderá o juiz, ex-officio, decretar a revogação dos benefícios<sup>13</sup>, ouvida a parte

gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. Tal lei revogou os artigos 1º e 4º da Lei 1.060/50, remanescendo em vigor o artigo 6º do referido diploma: Art. 6º – O pedido, quando formulado no curso da ação, não a suspenderá, podendo o Juiz, em face das provas, conceder ou denegar de plano o benefício de assistência... Além do que o § 3º, do artigo 790, da CLT, admite a dispensa do recolhimento das custas processuais até de ofício. Existindo, pois, pedido de benefício na inicial, bem como juntada a declaração de pobreza, os requisitos básicos para a concessão estão atendidos.

10 Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 646.649. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. J. 12.08.2008. P. 15.09.2008. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. PEDIDO FORMULADO JÁ NO CURSO DO PROCESSO. ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. ELEMENTOS FÁTICOS QUE REVELAM INCOMPATIBILIDADE COM O ESTADO DE POBREZA DECLARADO. REVISÃO IMPOSSÍVEL. SÚMULA N. 7-STJ. INCIDÊNCIA. I. Pode o juiz exigir a comprovação do estado de necessidade se a parte somente fez o pedido de gratuidade bem após o início do processo de execução, a indicar que possuía condições de custeio das despesas. [...]”

11 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 945.153. Quarta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. J. 04.11.2008. P. 17.11.2008. Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA FÍSICA. COMPROVAÇÃO DE MISERABILIDADE. DESNECESSIDADE. ÔNUS DA PARTE EX-ADVERSA PROVAR O CONTRÁRIO. 1. No que toca à concessão de gratuidade de justiça, “para a pessoa física, basta o requerimento formulado junto à exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica.” (ERESP 388.045/RS, Rel. Min. GILSON DIPP, Corte Especial, DJ de 22.09.2003). 2. Agravo regimental desprovido.”

12 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 16ª Câmara Civil. Apelação Cível n. 70.022.373.559. Relator Desembargador Paulo Augusto Monte Lopes. P. 07.02.2008. “Constitui ônus do impugnante provar que a impugnada possui condições de pagar as custas e honorários advocatícios, conforme norma contida no artigo 7º da Lei nº 1.060/50, ônus do qual se desincumbiu o impugnante, pois logrou êxito em demonstrar a alegada capacidade econômica da impugnada, que possui veículo e imóvel de luxo, tendo realizado cirurgias estéticas, situação incompatível com a alegação da impugnada de que recebe remuneração mensal de apenas um salário mínimo, estando demonstrado que possui condições para responder pelas despesas do processo, devendo ser revogado o benefício deferido.”

13 Tribunal Regional Federal. Terceira Região. Agravo de instrumento n. 2004.03.00.062876-4. Primeira Turma. Relator convocado Juiz Márcio Mesquita. P. 10.04.2008. “Agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu pedido de justiça gratuita. Nos termos do artigo 4º, caput, e § 1º, da Lei nº 1.060/50, gozará de presunção relativa de pobreza a parte que afirmar, na própria petição inicial, que não tem condições de arcar com as despesas processuais e com os honorários de advogado sem prejuízo próprio ou de seus familiares. A agravante trouxe aos autos prova de que cumpriu o disposto no artigo 4º da Lei nº 1.060/50. É certo que, não obstante tenha a parte apresentado a declaração referida no aludido dispositivo legal, e diante de outros elementos constantes dos autos, indicativos de capacidade econômica, pode o Juiz determinar que o interessado comprove o estado de miserabilidade, ou mesmo indeferir o benefício da assistência judiciária, com fundamento no artigo 5º do referido diploma legal. O fato de a parte estar sendo representada por advogado particular ou possuir bens imóveis, por si só, não tem o condão de infirmar a presunção de penúria. Agravo de instrumento provido.”

interessada dentro de quarenta e oito horas improrrogáveis.” (art. 8º)<sup>14</sup>

O artigo 12 da lei em debate assim disciplina a prescrição: “A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.”

Curiosidade constante do artigo 18 de tal lei: “Os acadêmicos de direito, a partir da 4ª série, poderão ser indicados pela assistência judiciária, ou nomeados pelo juiz para auxiliar o patrocínio das causas dos necessitados, ficando sujeitos às mesmas obrigações impostas por esta Lei aos advogados.”

### **A possibilidade de concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas**

Por décadas, o Judiciário brasileiro entendeu que as pessoas jurídicas não faziam jus à concessão dos benefícios da justiça gratuita. Aliás, ainda hoje, em 2013, lemos despachos de magistrados que comungam dessa opinião. Alguns se dobram às decisões superiores e, após manifestarem seus pontos de vista, decidem conforme a hierarquia. Outros mantêm seu entendimento e decidem de forma contrária às Cortes Superiores, o que posterga por anos o encerramento da discussão, quando, finalmente, os Tribunais cassam a decisão *a quo* que desafiou as suas orientações.

Fato é que as pessoas jurídicas são destinatárias dos benefícios da justiça gratuita.<sup>15</sup>

Decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em curioso caso julgado em 1997, que “o acesso à ordem jurídica justa que a assistência gratuita permite não é um direito exclusivo das pessoas físicas, podendo ser reconhecido à sociedade comercial que, sem caixa e sem atividade, busca indenização securitária pelos danos de incêndio que destruiu completamente seu parque industrial.” Afirmou o Desembargador Relator deste caso que

Não é heresia admitir que uma sociedade civil ou comercial, para exercer com plenitude o direito público de demandar, necessite da proteção do Estado, a exemplo do que sucede com a pessoa física carente e que necessita de amparo – leia-se anistia das despesas do processo – para obter resposta dos Juízes sobre seus anseios e insatisfações sociais.

14 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 785.043. Quarta Turma. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. J. 15.05.2007. P. 04/06/2007). Ementa: “É admitido ao juiz, quando tiver fundadas razões, indeferir pedido de assistência judiciária gratuita, não obstante declaração da parte de que a situação econômica não lhe possibilita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. (Lei nº 1.060/50).”

15 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 258.174. Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. J. 15.08.2000. P. 25.09.2000.

Pelo menos PONTES DE MIRANDA, ao comentar o art. 69 do CPC, revogado, afirmou que “O Código não pré-exclui benefício de gratuidade a favor de pessoas jurídicas” (Com. ao CPC, Forense, 1958, I/437) [...]

Discriminar a pessoa jurídica, na avaliação dos beneficiários da gratuidade, é afrontar a lógica do princípio da igualdade processual (art. 125, I, do CPC), um enunciado constitucional concebido para permitir que o processo sirva aos necessitados no plano econômico e jurídico, como serve ao rico usuário. [...]

O caráter pessoal [do benefício] interpreta-se com o que é intransferível e não com exclusividade do conceito de miserabilidade humana como condição de assistência ao litigante – pessoa física – pobre e carente. [...]

A excepcionalidade de certas situações permite recepcionar pedidos de assistência judiciária às pessoas jurídicas, uma garantia do amplo acesso à Justiça para todos os necessitados de apoio econômico (art. 5º, LXXIV, da CR e art. 10 da L. 1.060/50). Essa a interpretação consentânea com a doutrina moderna do processo.<sup>16</sup>

Não é de hoje que o Superior Tribunal de Justiça sacramentou a possibilidade de concessão dos benefícios da justiça gratuita às pessoas jurídicas. Eis um de seus julgados, de 1997:

O acesso ao Judiciário é amplo, voltado também para as pessoas jurídicas. Tem, como pressuposto a carência econômica, de modo a impedi-los de arcar com as custas e despesas processuais. Esse acesso deve ser recepcionado com liberalidade. Caso contrário, não será possível o próprio acesso, constitucionalmente garantido. O benefício não é restrito às entidades pias, ou sem interesse de lucro. O que conta é a situação econômico-financeira no momento de postular em juízo (como a autora, ou ré).<sup>17</sup>

Em julgamento realizado no ano 2000, que envolvia microempresa individual, o ministro Eduardo Ribeiro, do Superior Tribunal de Justiça, consignou: “*Já decidiu esta Corte que a referida norma [Lei n. 1.060/50] tem alcance amplo, não fazendo distinção entre pessoas físicas ou jurídicas, especialmente quando voltadas para atividades não lucrativas. Cito como precedentes os Recursos Especiais 70.469, 111.423, 132.495, 135.181, 208.812, 223.129, entre outros.*”<sup>18</sup>

Pelo menos por enquanto não cabe discussão em relação ao fato de as pessoas jurídicas poderem ser destinatárias dos benefícios da justiça gratuita.

### **As diferenças entre pessoas jurídicas com e sem fins lucrativos**

Não vamos aqui nos deter sobre a vertente do acesso à justiça<sup>19</sup> que os benefi-

16 Tribunal de Justiça de São Paulo. 3ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento n. 050.101-4/7. Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. J. 05.08.1997.

17 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 127.330. Sexta Turma. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. J. 23.06.1997. P. 01.09.1997.

18 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 197.800. Terceira Turma. Relator Ministro Eduardo Ribeiro. J. 01.06.2000. P. 21.08.2000.

19 Tribunal de Justiça de São Paulo. 3ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento n.

cios da assistência judiciária proporcionam, assunto que parece intrínseco àquele instituto.<sup>20</sup> Devemos passar imediatamente à questão posta, que é a inapropriada falta de distinção entre pessoas jurídicas que se encontram em situações diferentes promovida pelo Superior Tribunal de Justiça ao editar a Súmula n. 481.

Várias são as distinções existentes entre as pessoas jurídicas “com” e as “sem” fins lucrativos. Talvez a principal e mais escancarada delas seja o destino do lucro obtido a partir do desenvolvimento das suas atividades. As pessoas jurídicas que possuem finalidade lucrativa dividem as sobras entre os seus próprios sócios<sup>21</sup>, conselheiros ou acionistas, dependendo da sua forma de organização e da forma jurídica escolhida para regulamentar sua atuação<sup>22</sup>. Muito diferente e longe dessa

050.101-4/7. Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. J. 05.08.1997. “Que a exigência do pagamento de custas para uma petição inicial formar uma lide representa um ônus que embaraça o exercício do direito de ação, isso é inegável, tanto que a própria L. 1.060/50 veio para eliminar esse óbice aos que, carentes de recursos financeiros, abandonavam, antes de começar, a briga judicial para não comprometer receitas indispensáveis para a sobrevivência própria e o de dependentes.”

20 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Primeiro Grupo Cível. Mandado de Segurança n. 70.022.866.339. Relator Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal. P. 25.08.2008. “JUSTIÇA GRATUITA. EXTENSÃO DA GRATUIDADE AOS ATOS REGISTRAIS E NOTARIAIS. PROVIMENTO 38/2007 da CGJ-RS. A Corregedoria-Geral da Justiça, dando cumprimento ao disposto no artigo 38, da Lei nº 8.935/94, levou a efeito o Provimento CGJ nº 38/2007, estendendo aos beneficiários da gratuidade da justiça a gratuidade dos serviços notariais e registrais, quando emanados de ordem judicial nos próprios autos do processo em que o requerente litiga sob o manto da gratuidade prevista na Lei nº 1.060/50. Não há confundir a justiça gratuita prevista na Lei nº 1.060/50 com a assistência jurídica integral e gratuita, prevista no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal. E, ainda, com a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, como dispõe o inciso LXXVII do artigo 5º. Cognição que envolve ingresso em questões conceituais e exame exegético não só Constitucional como infraconstitucional. O direito constitucional previsto no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal – assistência jurídica integral e gratuita – a ser prestada pelo Estado aos necessitados – prestação positiva do Estado – se revela através da Defensoria Pública, tal qual referido no artigo 134, da própria Constituição Federal. O direito constitucional inserto no inciso LXXIV do artigo 5º, muito mais abrangente, diz com a assistência jurídica integral e gratuita que é pré-processual, e não com a justiça gratuita processual, esta prevista na Lei nº 1.060/50. A intenção do Provimento nº 38/2007 é, além de dar efetividade à prestação jurisdicional, tornar efetivo o acesso à justiça, daí compreendidos não apenas os atos processuais, mas também os atos extraprocessuais decorrentes da lide onde a parte goze do benefício da gratuidade da justiça – Lei nº 1.060/50. De nada adiantaria reconhecer que a parte requerente não tem condições de suportar as despesas processuais sem prejudicar o seu sustento e de sua família, mas entender que possa suportar despesas extraprocessuais, mas emanadas daquele processo em que litiga sob o manto da justiça gratuita, ou seja, onde seu estado de miserabilidade fora reconhecido. Vale dizer, o cidadão é reconhecidamente pobre para arcar com despesas existentes dentro do processo – despesas de cunho judicial – mas não o é para arcar com despesas que, embora decorrentes daquela ação, tem natureza extraprocessual, exatamente como os serviços registrares e notariais. A hipossuficiência não se limita tão-só aos atos processuais, indo, certamente além desse para que a efetividade do processo se faça cumprida na forma constitucional. Estar-se-á prestando jurisdição apenas modo formal, e não material, negando ao cidadão o acesso à justiça – artigo 5º, XXXV – modo efetivo e integral, pois terá ele o direito de litigar em juízo – terá acesso ao judiciário –, mas, ao final, não lhe será alcançado o direito de efetivar a jurisdição. O seu direito permanecerá no mundo fático-processual, mas ilusório sobre a ótica jurídica e constitucional para fins de aplicação do direito e realização da justiça. Terá sido alcançado ao cidadão o direito/garantia constitucional do acesso à justiça modo formal, mas não lhe terá sido alcançada a justiça modo substancial. Serviços cartorários – registral e notarial – que são de natureza pública, não obstante hibridismo privatista por delegação do Poder Público – artigo 236, da Constituição Federal.”

21 Código Civil (CC), Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

22 Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) (CC, art. 980-A), Sociedade por Cotas

realidade estão as entidades sem fins lucrativos, constituídas sob a regência do artigo 53 e seguintes do Código Civil, que são proibidas de dividir o superávit eventualmente decorrente de suas atividades com quem quer que seja, devendo ele ser aplicado no desenvolvimento delas próprias e das suas finalidades estatutárias, diante da função social que as norteia desde o início da sua constituição, inclusive por ocasião da sua eventual extinção.<sup>23</sup>

Prevê o Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66), com redação dada pela Lei Complementar n. 104/01:

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

[...]

IV - cobrar imposto sobre:

[...]

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; Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; [...]

A Constituição Federal de 1988, mas também as anteriores, ratificou a vedação de instituição de imposto às entidades sem fins lucrativos pelos entes políticos, em dispositivo assim redigido:

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;

[...]

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas “b” e “c”, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

---

de Responsabilidade Limitada (CC, art. 1.052), Sociedade Empresária (CC, arts. 982 e 983), Sociedade Simples (CC, art. 997), Sociedade Anônima (CC, art. 1.088), Sociedade em Conta de Participação (CC, art. 981), Sociedade em Nome Coletivo (CC, art. 1.039), Cooperativa (CC, art. 1.093) etc.

<sup>23</sup> Código Civil (CC), Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissis este, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

As pessoas jurídicas com fins lucrativos não contam com dispositivos legais ou constitucionais que proíbam, limitem ou disciplinem a destinação dos seus excedentes, na origem, como as regras legais e constitucionais que se aplicam às entidades sem fins lucrativos. Ora, então, como é que pessoas jurídicas tão antagônicas na sua essência, na sua constituição e na sua natureza jurídica podem ser igualadas, como fez o Superior Tribunal de Justiça?

Esta própria Corte, por décadas, tratou as entidades sem fins lucrativos de forma **diferente**<sup>24</sup> das que objetivam o lucro. Eis alguns exemplos claríssimos desta postura do STJ, agora modificada:

PROCESSUAL CIVIL – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – SINDICATO – PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS – POSSIBILIDADE.

1. Esta Corte tem entendido ser possível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita a pessoa jurídica, desde que comprovado que não tenha ela condições de suportar os encargos do processo.

2. Revisão do entendimento da relatora a partir do julgamento do EREsp 653.287/RS.

3. Pessoas jurídicas com fins lucrativos fazem jus ao benefício da assistência judiciária gratuita desde que comprovem a dificuldade financeira porque a presunção é de que essas empresas podem arcar com as custas e honorários do processo.

4. Pessoas jurídicas **sem** fins lucrativos como entidades filantrópicas, sindicatos e associações fazem jus ao benefício da assistência judiciária gratuita porque a **presunção** é a de que não podem arcar com as custas e honorários do processo. **Desnecessária a prova da dificuldade financeira para obter o benefício.**<sup>25</sup> (gr)

PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SINDICATO. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MISERABILIDADE JURÍDICA. PRECEDENTES.

1. O entendimento firmado nesta Corte que é no sentido de ser possível conceder às pessoas jurídicas o benefício da assistência Judiciária gratuita, conforme os ditames da Lei n.º 1.060/50.

2. Tratando-se de pessoas jurídicas **sem** fins lucrativos – tais como entidades filantrópicas, sindicatos e associações – a concessão poderá se dar em havendo **requerimento e independentemente de prova.**<sup>26</sup> (gr)

PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA SEM

24 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 603.137. Quinta Turma. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. P. 11.06.2007. Ementa: “1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que mesmo em favor das pessoas jurídicas é possível a concessão do benefício da justiça gratuita, nos termos da Lei 1.060/50. Tratando-se de pessoa jurídica sem fins lucrativos, o benefício será concedido independentemente de prova. Se, de outro lado, tratar-se de pessoa jurídica com fins lucrativos, a gratuidade estará condicionada à comprovação da existência de dificuldade financeira. [...]” (gr)

25 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 642.288. Relatora Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. J. 15.09.2005. P. 03.10.2005. Esta decisão remete às seguintes, todas do STJ: Recurso Especial n. 445.601; Recurso Especial n. 414.049; Agravo Regimental no Recurso Especial n. 529.026; Agravo Regimental no Agravo n. 502.409; Embargos de Declaração no Agravo n. 656.126; Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 653.287.

26 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 916.638. Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. J. 03.04.2008. P. 28.04.2008.

FINS LUCRATIVOS. COMPROVAÇÃO DA ESCASSEZ DE RECURSOS PARA ARCAR COM DESPESAS PROCESSUAIS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

Consoante entendimento firmado pela eg. Corte Especial, para a concessão do benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas **sem** fins lucrativos, **basta o requerimento** formulado junto à petição inicial, ficando a cargo da parte contrária a prova da inexistência do estado de miserabilidade jurídica.<sup>27</sup> (gr)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SINDICATO. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DA MISERABILIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

1. Esta Corte possui entendimento uníssono no sentido de que é possível conceder às pessoas jurídicas o benefício da assistência judiciária gratuita, nos termos da Lei n.º 1.060/50.

2. Em se tratando de pessoas jurídicas **sem** fins lucrativos – tais como entidades filantrópicas, sindicatos e associações – é **prescindível a comprovação da miserabilidade jurídica**, para fins de concessão o benefício da assistência judiciária gratuita. [...] <sup>28</sup> (gr)

PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SINDICATO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. COMPROVAÇÃO DA MISERABILIDADE. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

1. Esta Corte possui entendimento uníssono no sentido de que é possível conceder às pessoas jurídicas o benefício da assistência judiciária gratuita, nos termos da Lei n.º 1.060/50.

2. Em se tratando de pessoas jurídicas sem fins lucrativos – tais como como entidades filantrópicas, sindicatos e associações – é **prescindível a comprovação da miserabilidade**, para fins de concessão do benefício previsto na Lei n. 1.060/50. [...] <sup>29</sup> (gr)

Ainda nesta mesma linha de proceder, muito recentemente, em 2011 e 2010, o Superior Tribunal de Justiça havia definido a regra para identificar qual pessoa jurídica deveria comprovar impossibilidade financeira para suportar os ônus processuais: as com fins lucrativos, pois, para as de fins não econômicos, bastava o mero requerimento neste sentido. Eis a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PESSOA JURÍDICA. ALEGAÇÃO DE SITUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA PRECÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO MEDIANTE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. INVERSÃO DO ONUS PROBANDI.

1. A jurisprudência desta Corte tem entendido que o benefício da assistência judiciária gratuita pode ser deferido às pessoas jurídicas, sendo imprescindível, contudo, distinguir duas situações: (i) em se tratando de pessoa jurídica sem fins lucrativos (entidades filantrópicas ou de assistência social, sindicatos etc.), basta o mero requerimento, cuja negativa condiciona-se à comprovação da ausência de estado de miserabilidade jurídica

27 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 799.103. Relator Ministro Francisco Peçanha Martins. J. 14.03.2006. P. 02.05.2006.

28 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.058.554. Quinta Turma. Relator Ministro Jorge Mussi. J. 16.10.2008. P. 09.12.2008.

29 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.107.763. Quinta Turma. Relator Ministro Jorge Mussi. J. 21.05.2009. P. 29.06.2009.

ca pelo ex adverso; (ii) já no caso de pessoa jurídica com fins lucrativos, incumbe-lhe o onus probandi da impossibilidade de arcar com os encargos financeiros do processo. 2. A parte recorrente enquadra-se na hipótese (i), sendo, pois, bastante o simples requerimento. [...].<sup>30</sup>

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE “MISERABILIDADE JURÍDICA”.

1. O benefício da assistência judiciária gratuita pode ser deferido às pessoas jurídicas, sendo mister, contudo, distinguir duas situações: (i) em se tratando de pessoa jurídica sem fins lucrativos (entidades filantrópicas ou de assistência social, sindicatos, etc.), basta o mero requerimento, cuja negativa condiciona-se à comprovação da ausência de estado de miserabilidade jurídica pelo ex adverso; (ii) no caso de pessoa jurídica com fins lucrativos, incumbe-lhe o onus probandi da impossibilidade de arcar com os encargos financeiros do processo (EREsp 388.045/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, julgado em 01.08.2003, DJ 22.09.2003). [...].<sup>31</sup>

E estas decisões vêm na mesma esteira de procedimento que o Superior Tribunal de Justiça adotava há anos, como, por exemplo, no julgamento ocorrido em 2003, pela Corte Especial, em processo assim ementado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PESSOA JURÍDICA. ALEGAÇÃO DE SITUAÇÃO ECONÔMICA-FINANCEIRA PRECÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO MEDIANTE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. INVERSÃO DO ONUS PROBANDI.

I- A teor da reiterada jurisprudência deste Tribunal, a pessoa jurídica também pode gozar das benesses alusivas à assistência judiciária gratuita, Lei 1.060/50. Todavia, a concessão deste benefício impõe distinções entre as pessoas física e jurídica, quais sejam: a) para a pessoa física, **basta o requerimento** formulado junto à exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica. Pode, também, o juiz, na qualidade de Presidente do processo, requerer maiores esclarecimentos ou até provas, antes da concessão, na hipótese de encontrar-se em “estado de perplexidade”; b) já a pessoa jurídica, requer uma **bipartição**, ou seja, **se a mesma não objetivar o lucro** (entidades filantrópicas, de assistência social, etc.), **o procedimento se equipara ao da pessoa física**, conforme anteriormente salientado. II- Com relação às pessoas jurídicas com fins lucrativos, a sistemática é diversa, pois o onus probandi é da autora. Em suma, admite-se a concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas, com fins lucrativos, desde que as mesmas comprovem, de modo satisfa-

<sup>30</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.152.669. Segunda Turma. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. J. 12.04.2001. P. 27.04.2001.

<sup>31</sup> Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.183.557. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. J. 13.04.2010. P. 30.04.2010. No mesmo sentido: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.292.537, do mesmo relator. J. 05.08.2010. P. 18.08.2010; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.305.859. Relator Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/PA). J. 10.08.2010. P. 24.11.2010.

tório, a impossibilidade de arcarem com os encargos processuais, sem comprometer a existência da entidade.

III- A comprovação da miserabilidade jurídica pode ser feita por documentos públicos ou particulares, desde que os mesmos retratem a precária saúde financeira da entidade, de maneira contextualizada. Exemplificativamente: a) declaração de imposto de renda; b) livros contábeis registrados na junta comercial; c) balanços aprovados pela Assembleia, ou subscritos pelos Diretores, etc.

IV- No caso em particular, o recurso não merece acolhimento, pois o embargante requereu a concessão da justiça gratuita ancorada em meras ilações, sem apresentar qualquer prova de que encontra-se impossibilitado de arcar com os ônus processuais.

V- Embargos de divergência rejeitados.<sup>32</sup> (gr)

O pensamento contido no julgamento que gerou a ementa imediatamente acima transcrita, ocorrido em 2003, foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça em mais de cinquenta julgados posteriores, como facilmente pode ser comprovar por breve pesquisa no sítio do próprio STJ.

Nesta linha de entendimento, veja-se decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca da **desnecessidade de prova** para concessão dos benefícios da justiça gratuita a entidades **sem** fins lucrativos, pois, para elas, até então, **presumia-se** a hipossuficiência financeira:

PROCESSUAL CIVIL. ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. LEI 1.060/50.

1. As pessoas jurídicas sem fins lucrativos fazem jus ao benefício da assistência judiciária gratuita independentemente de prova, porque a **presunção** é a de que não podem arcar com as custas e honorários do processo. Cabe à parte contrária provar a inexistência da miserabilidade jurídica, até porque a concessão do benefício não é definitiva, nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 1.060/50.

2. Já as pessoas jurídicas com fins lucrativos somente fazem jus ao benefício da assistência judiciária gratuita se comprovarem a dificuldade financeira, porque a presunção, nesse caso, é a de que podem arcar com as custas e honorários do processo.

3. Precedentes da Turma e da Corte Especial.

4. Na hipótese, a Corte de origem firmou a premissa de que o recorrido é entidade sem fins lucrativos em virtude das “Certidões de Utilidade Pública Federal, Estadual e Municipal” que fez acostar aos autos.

5. Recurso especial improvido.<sup>33</sup>

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA INDEPENDENTEMENTE DE PROVA DE MISERABILIDADE. CABIMENTO.

1. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que as pessoas jurídicas sem fins lucrativos fazem jus ao benefício da assistência judiciária gratuita independentemente de prova, eis que em seu favor opera **presunção** de que não podem arcar

32 Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 388.045. Relator Ministro Gilson Dipp. J. 01.08.2003. P. 22.09.2003

33 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 867.644. Segunda Turma. Relator Ministro Castro Meira. J. 07.11.2006. P. 17.11.2006.

com as custas e honorários do processo. Precedentes. [...]»<sup>34</sup>

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS. COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM AS DESPESAS PROCESSUAIS. RECURSO DESPROVIDO.

1. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos EREsp 388.045/RS, consolidou entendimento no sentido de que as pessoas jurídicas podem ser beneficiárias da assistência judiciária gratuita de que trata a Lei 1.060/50. Em se tratando de **entidade filantrópica**, de assistência social ou similares, **basta o requerimento** e a declaração do estado de pobreza, a qual goza de **presunção** juris tantum, incumbindo, portanto, à parte ex adversa a prova em contrário. De outro turno, tratando-se de pessoas jurídicas com fins lucrativos, cabe ao requerente comprovar a impossibilidade de pagamento dos encargos do processo, sem comprometer a sua existência.

2. Na hipótese em exame, o Tribunal de origem entendeu que essa comprovação foi devidamente realizada pela empresa, na medida em que restou demonstrada a dificuldade de ela pagar as despesas processuais sem comprometer a sua própria subsistência.

3. Para se entender de modo diverso das conclusões constantes do acórdão recorrido, faz-se necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que, no entanto, é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Recurso especial desprovido.<sup>35</sup> (gr)

E a presunção de hipossuficiência econômica das pessoas jurídicas sem fins lucrativos era tratada de forma clara pelo Superior Tribunal de Justiça, que considerava que as entidades que possuíam natureza filantrópica já evidenciam o prejuízo que adviria para a manutenção da atividade assistencial prestada à significativa parcela da sociedade, caso tivesse que suportar os ônus decorrentes do processo. E, mais especificamente no caso do julgado cuja ementa é abaixo transcrita, afirmou o Ministro Relator que *“[...] sendo sua atividade [da entidade sem fins lucrativos] de natureza médico-hospitalar, o simples fato de destinar parte de seus recursos para custear uma ação judicial importa em redução em sua capacidade de atendimento, quer qualitativa quer quantitativamente, dos pacientes que necessitam de seus serviços.”* Eis a ementa do julgado:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA. CONCESSÃO DE EFEITOS MODIFICATIVOS. POSSIBILIDADE. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. ENTIDADE FILANTRÓPICA. REQUISITOS PRESENTES. PEDIDO DEFERIDO. EMBARGOS ACOLHIDOS.

[...]

III - Na linha da jurisprudência deste Tribunal, é “possível a concessão do benefício da assistência judiciária à pessoa jurídica que demonstre a impossibilidade de arcar com

<sup>34</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 994.397. Quarta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. J. 04.12.2007. P. 17.12.2007.

<sup>35</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 656.274. Primeira Turma. Relatora Ministra Denise Arruda. J. 17.05.2007. P. 11.06.2007.

as despesas do processo sem prejudicar a própria manutenção”.

IV - No caso, a própria natureza filantrópica da recorrente já evidencia o prejuízo que, certamente, advirá para a manutenção da atividade assistencial prestada à significativa parcela da sociedade, caso tenha que arcar com os ônus decorrentes do processo.<sup>36</sup>

No passado, o Superior Tribunal de Justiça entendia, com todas as letras, que a pessoa jurídica com fins lucrativos não fazia jus à justiça gratuita, diferentemente da pessoa jurídica sem fins lucrativos, esta sim, recepcionada como destinatária de tal benefício. Eis um exemplo:

CIVIL E PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - LOCAÇÃO - DESPEJO POR DENÚNCIA VAZIA - JUSTIÇA GRATUITA - LEI Nº 1.060/50 - PESSOA JURÍDICA - EMPRESA COMERCIAL LIMITADA - REEXAME DE PROVA – SÚMULA 07/STJ - DISSÍDIO PRETORIANO PREJUDICADO.

1 - A gratuidade da Justiça, sendo um direito subjetivo público, outorgado pela Lei nº 1.060/50 e pela Constituição Federal, deve ser amplo, abrangendo todos aqueles que comprovarem sua insuficiência de recursos, não importando ser pessoa física ou jurídica.

2 - Os arts. 2º, 4º e 6º da Lei nº 1.060/50, não se coadunam com as pessoas jurídicas voltadas para atividades lucrativas, pois não se incluem estas no rol dos necessitados. O auferimento de lucro, prima facie, afigura-se incompatível com a situação de miserabilidade

descrita na norma legal. **A extensão do benefício deve ocorrer somente às pessoas jurídicas** pias, filantrópicas, consideradas por lei socialmente relevantes, ou ainda, **sem** fins lucrativos.

3 - Para conhecimento deste recurso, necessário seria o reexame de prova, porquanto a declaração de pobreza juntada aos autos, meio hábil para o deferimento da gratuidade da justiça, não faz prova inequívoca do alegado, diante dos fatos narrados na mesma e no v.

acórdão atacado. Referida declaração apenas esclarece que a pessoa jurídica deixou de auferir valores suficientes para arcar com o ônus processual e de honorários advocatícios, deixando claro que, apesar da proclamada recessão econômica, obtém lucros. Aplicação da Súmula 07/STJ.

4 - Eventual dissídio pretoriano prejudicado, posto ser necessário a análise da prova documental para, confirmado o estado alegado, confrontar os julgados divergentes.

5 - Recurso não conhecido.<sup>37</sup> (gr)

A decisão constante do Recurso Especial n. 642.288, julgado em 2005, cuja parte da ementa foi acima transcrita, é uma evolução da posição até então defendida pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido da não distinção das pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos. Eis a ementa do julgado, da Corte Especial do STJ:

<sup>36</sup> Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 205.835. Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. J. 06.05.2003. P. 23.06.2003.

<sup>37</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 223.129. Quinta Turma. Relator Ministro Jorge Scartezzini. J. 05.10.1999. P. 07.02.2000.

PROCESSO CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. Se provar que não tem condições de arcar com as despesas do processo, a pessoa jurídica, independentemente de seu objeto social, pode obter o benefício da justiça gratuita. [...]»<sup>38</sup>

A edição da Súmula n. 481 indica que os ministros do STJ resolveram resgatar o pensamento dominante no passado, o que nos parece não encontrar respaldo jurídico para sua manutenção, com todas as vênias protocolares.

### **A obrigatoriedade de as pessoas jurídicas com fins lucrativos demonstrarem sua incapacidade financeira**

Valemo-nos do resumo feito pelo ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, que afirmou que o benefício da assistência judiciária foi instituído, originariamente, para assegurar às pessoas naturais o efetivo cumprimento do desiderato constitucional do amplo acesso ao Poder Judiciário, já cogente ao tempo de sua edição (CF de 1946, artigo 141, parágrafo 4º), bastando, à sua concessão a simples afirmação de se tratar de pessoa necessitada, porque presumida, *juris tantum*, a condição de pobreza (artigo 4º da Lei n. 1.060/50). Mais tarde, doutrina e jurisprudência ampliaram significativamente tal benefício no sentido de alcançar não somente as pessoas naturais, mas também, com base na mesma norma, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos e beneficentes, mantendo a presunção *juris tantum* sobre a impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejuízo de sua manutenção. Por fim, restou assegurada a concessão da assistência judiciária às pessoas jurídicas em geral, incluindo aquelas com fins lucrativos, cabendo-lhes, contudo, a comprovação da condição de miserabilidade, porque não há falar, aí, em presunção de pobreza, nos termos jurídicos. Concluiu o ministro que as entidades sem fins lucrativos e beneficentes fazem jus à concessão do benefício da justiça gratuita, sendo despicienda prévia comprovação da necessidade, porque gozam de presunção *juris tantum* de tal condição. Ele citou precedente da Corte Especial (EREsp nº 388.045/RS) já mencionado neste trabalho.<sup>39</sup>

A pesquisa atenta às dezenas de julgados do Superior Tribunal de Justiça indicará a claríssima posição desta Corte no sentido de as pessoas jurídicas com fins lucrativos necessitarem provar a sua condição de impossibilidade econômica. Eis alguns exemplos, de vários outros que também aqui poderiam ser citados:

<sup>38</sup> Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 653.287. Relator Ministro Ari Pargendler. J. 17.08.2005. P. 19.09.2005.

<sup>39</sup> Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.055.037. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. J. 15.04.2009. P. 14.09.2009.

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Justiça gratuita. Pessoa jurídica com fins lucrativos. Necessidade de prova do estado de pobreza. Precedentes da Corte.

1. Tratando-se de pessoa jurídica com fins lucrativos, hipótese destes autos, a concessão do benefício de gratuidade de justiça depende da prova da necessidade, ou seja, do estado de pobreza.

2. Agravo regimental desprovido.<sup>40</sup>

PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. CONSTRUTORA. FINALIDADE LUCRATIVA. NÃO CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

1. O benefício de assistência judiciária gratuita, tal como disciplinado na Lei 1.060/50, destina-se essencialmente a pessoas físicas.

2. A ampliação do benefício às pessoas jurídicas deve limitar-se àquelas que não perseguem fins lucrativos e se dedicam a atividades beneficentes, filantrópicas, pias, ou morais, bem como às microempresas nitidamente familiares ou artesanais. Em todos as hipóteses é indispensável a comprovação da situação de necessidade.

3. Recurso especial a que se nega provimento.<sup>41</sup>

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PESSOA JURÍDICA. PRESUNÇÃO DE POBREZA. INEXISTÊNCIA. ÔNUS DA PROVA. O benefício da assistência judiciária não se limita às pessoas físicas, podendo estender-se às pessoas jurídicas, desde que comprovem não possuir condições de arcar com as custas do processo e os honorários de advogado. Hipótese em que não basta a simples afirmação do requerente, pois somente em condições excepcionais podem ser tidas por necessitadas para os fins da Lei 1.060/50. Embargos declaratórios recebidos como regimental. Improvido.<sup>42</sup>

PROCESSUAL CIVIL - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA COM FIM LUCRATIVO - POSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA ESCASSEZ DE RECURSOS PARA ARCAR COM DESPESAS PROCESSUAIS - PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL.

Consoante entendimento firmado pela eg. Corte Especial, a assistência judiciária gratuita pode ser concedida à pessoa jurídica com fins lucrativos que comprove a escassez de recursos para arcar com as despesas processuais. Recurso especial conhecido, mas improvido.<sup>43</sup>

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS. SIMPLES REQUERIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE "MISERABILIDADE JURÍDICA".

1. O benefício da assistência judiciária gratuita pode ser deferido às pessoas jurídicas, sendo mister, contudo, distinguir duas situações: (i) em se tratando de pessoa jurídica sem fins lucrativos (entidades filantrópicas ou de assistência social, etc.), basta o mero

40 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 567.823. Terceira Turma. J. 28.06.2004. P. 11.10.2004.

41 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 557.181. Primeira Turma. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. J. 21.09.2004. P. 11.10.2004.

42 Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 549.815. Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. J. 20.09.2005. P. 07.11.2005.

43 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 596.912. Segunda Turma. Relator Ministro Francisco Peçanha Martins. J. 15.12.2005. P. 06.03.2006.

requerimento, cuja negativa condiciona-se à comprovação da ausência de estado de miserabilidade jurídica pelo ex adverso; (ii) no caso de pessoa jurídica com fins lucrativos, incumbe-lhe o onus probandi da impossibilidade de arcar com os encargos financeiros do processo (REsp 388.045/RS, Corte Especial, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 22.09.2003).

2. In casu, o acórdão recorrido encontra-se em perfeita consonância com o entendimento sufragado por esta Corte Superior, ao assentar que: “a concessão da Assistência Judiciária Gratuita às pessoas jurídicas é medida excepcional que exige comprovação cabal, por parte de quem o postula, da insuficiência de recursos para bancar as custas do processo, o que, no caso, não restou demonstrado, porquanto a simples declaração de inatividade da empresa sem mais esclarecimentos, pelo menos, com relação à existência ou não de bens e ativos financeiros, não é suficiente para tanto” (fl. 163). Precedentes: REsp 1.055.037/MG (DJe de 14.09.2009), AgRg no REsp 963.553/SC (DJe de 07.03.2008), REsp 833.353/MG (DJ de 21.06.2007), REsp 656.274/SP (DJ de 11.06.2007) e REsp 867.644/PR (DJ de 17.11.2006).

3. Agravo regimental desprovido<sup>44</sup>

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544, CPC. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA NO RECURSO ESPECIAL. REQUERIMENTO DE PESSOA JURÍDICA NÃO FORMULADO EM PETIÇÃO AVULSA. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO. RECURSO DESERTO.

1. O benefício da assistência judiciária gratuita pode ser deferido às pessoas jurídicas, sendo mister, contudo, distinguir duas situações: (i) em se tratando de pessoa jurídica sem fins lucrativos (entidades filantrópicas ou de assistência social, sindicatos, etc.), basta o mero requerimento, cuja negativa condiciona-se à comprovação da ausência de estado de miserabilidade jurídica pelo ex-adverso; (ii) no caso de pessoa jurídica com fins lucrativos, incumbe-lhe o ‘ônus probandi’ da impossibilidade de arcar com os encargos financeiros do processo (REsp 388.045/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, julgado em 01.08.2003, DJ 22.09.2003).

2. In casu, trata-se de pessoas jurídicas com fins lucrativos que não se desincumbiu do ônus de demonstrar a necessidade dos benefícios da Justiça gratuita.

3. Ademais, embora o pedido de assistência judiciária gratuita possa ser postulado a qualquer tempo, quando a ação está em curso, este deverá ser veiculado em petição avulsa, a qual será processada em apenso aos autos principais, consoante o disposto no art. 6º da Lei nº 1.060/50, constituindo-se erro grosseiro caso não atendida tal formalidade.

4. No caso dos autos, os benefícios da justiça gratuita foram requeridos em preliminar de recurso especial.

5. Recurso especial deserto por ausência de preparo

6. Agravo regimental desprovido.<sup>45</sup>

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. LEI Nº 1.060/1950. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao recurso especial da agravante.

2. A concessão do benefício da justiça gratuita, instituída pela Lei nº 1.060/1950, não é possível às pessoas jurídicas, exceto quando as mesmas exercerem atividades de fins tipicamente filantrópicos ou de caráter beneficente, desde que comprovada, nos termos

<sup>44</sup> Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.043.524. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. J. 22.06.2010. P. 03.08.2010.

<sup>45</sup> Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.306.182. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. J. 05.08.2010. P. 18.08.2010.

da lei, a sua impossibilidade financeira para arcar com as custas do processo.

3. Precedentes das 1ª, 2ª e 5ª Turmas desta Corte Superior.

4. Agravo regimental não provido.<sup>46</sup>

RECURSO ESPECIAL - PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS – JUSTIÇA GRATUITA - CONCESSÃO - IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM OS ENCARGOS PROCESSUAIS SEM COMPROMETER A EXISTÊNCIA DA PRÓPRIA SOCIEDADE - COMPROVAÇÃO RECONHECIDA PELA CORTE A QUO - ENTENDER DE MANEIRA DIVERSA IMPLICA REEXAME DE PROVA - MATÉRIA PACIFICADA - SÚMULA 83 DESTA CORTE.

1 - Para a concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas com fins lucrativos é imprescindível a comprovação minuciosa e exaustiva da impossibilidade de arcar com os encargos processuais, sem comprometer a existência da própria sociedade. Estando o v. acórdão recorrido no mesmo sentido de entendimento pacificado nesta Corte, aplica-se a Súmula 83 deste Tribunal Superior.

2 - Precedentes (REsp nº 431.239/MG, EDcl no REsp nº 205.835/SP, EREsp nºs 321.997/MG e 388.045/RS).

3 - Se o Colegiado a quo, analisando as provas contidas nos autos, concede aludido benefício, não há como entender de maneira diversa, sob pena do reexame do material fático-probatório apresentado, o que encontra óbice na Súmula 07 desta Corte.

4 - Precedente (REsp nº 556.081/SP).

5 - Recurso não conhecido.<sup>47</sup>

PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MISERABILIDADE JURÍDICA. PRECEDENTES.

1. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que o benefício da justiça gratuita somente é concedido a empresas com fins lucrativos em circunstâncias especialíssimas e quando devidamente demonstrada a situação de miserabilidade jurídica. Precedentes.

2. Reconhecer a alegada incompatibilidade financeira do Recorrente com as despesas processuais, in casu, implicaria, necessariamente, o reexame do contexto fático-probatório constante dos autos, impossível na via estreita do recurso especial, a teor do verbete sumular n.º 07 desta Corte.

3. Recurso especial não conhecido.<sup>48</sup>

PROCESSO CIVIL - MEDIDA CAUTELAR - INDEFERIMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PRESSUPOSTO DA AÇÃO CAUTELAR NÃO ATENDIDO - DESPROVIMENTO.

1 - O voto condutor do v. acórdão impugnado decidiu em conformidade com o entendimento adotado por esta Corte, ao dispor que, em se tratando de pessoa jurídica com fins lucrativos, para a concessão da benesse era imprescindível a apresentação de prova robusta da sua

necessidade. Destarte, ausente um dos pressupostos processuais de validade da Ação Cautelar, qual seja, o *fumus boni iuris* do provimento judicial, não há como prosperar o presente pedido.

2 - Agravo regimental desprovido.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 594.316. Primeira Turma. Relator Ministro José Delgado. J. 16.03.2004. P. 10.05.2004.

<sup>47</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 715.048. Quarta Turma. Relator Ministro Jorge Scartezzini. J. 26.04.2005. P. 16.05.2005.

<sup>48</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 445.665. Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. J. 23.08.2005. P. 26.09.2005.

<sup>49</sup> Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 9.972. Quarta Turma.

PROCESSUAL CIVIL - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA COM FIM LUCRATIVO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA ESCASSEZ DE RECURSOS PARA ARCAR COM DESPESAS PROCESSUAIS - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ - PRECEDENTES.

- Consoante recente entendimento esposado pela eg. Corte Especial, a assistência judiciária gratuita pode ser concedida a pessoa jurídica com fins lucrativos que comprove a escassez de recursos para arcar com as despesas processuais.

- Verificar se os documentos colacionados pela recorrente comprovam a sua hipossuficiência financeira, importaria no reexame de provas, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula 07/STJ). Recurso especial não conhecido.<sup>50</sup>

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE “MISERABILIDADE JURÍDICA”. [...]

2. In casu, o acórdão recorrido assentou que a incapacidade financeira da ora agravada é demonstrada na prova dos autos, motivo pelo qual é o caso de que se conceda o benefício de assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica com fins lucrativos, o que está consoante com entendimento sufragado pela Corte (AgRg no REsp 963.553/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19.02.2008, DJe 07.03.2008; REsp 656.274/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17.05.2007, DJ 11.06.2007; REsp 833.353/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17.05.2007, DJ 21.06.2007; e REsp 867.644/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07.11.2006, DJ 17.11.2006).

3. Agravo regimental desprovido.<sup>51</sup>

A mesma pesquisa aos julgados do Superior Tribunal de Justiça indicará a também clara posição desta Corte, de forma contrária ao acima indicado, quanto à **desnecessidade** de as entidades sem fins lucrativos provarem a sua condição de impossibilidade econômica, conforme exaustivamente foi exemplificado acima, por meio da transcrição de algumas ementas.

Mesmo assim, diante deste contexto tumultuado e antagônico, surgiu no mundo jurídico a Súmula n. 481, editada pelo Superior Tribunal de Justiça, que utilizou um precedente que se vale de decisão do Supremo Tribunal Federal, assim ementada:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. Ao contrário do que ocorre relativamente às pessoas naturais, não basta a pessoa jurídica asseverar a insuficiência de recursos, devendo comprovar, isto sim, o fato de se encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo.<sup>52</sup>

Relator Ministro Jorge Scartezzini. J. 11.10.2005. P. 21.11.2005.

<sup>50</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 395.609. Segunda Turma. Relator Ministro Francisco Peçanha Martins. J. 03.06.2004. P. 27.09.2004.

<sup>51</sup> Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.183.557. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. J. 13.04.2010. P. 30.04.2010.

<sup>52</sup> Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Reclamação n. 1.905. Relator (e Presidente) Ministro Marco Aurélio. J. 15.02.2002.

### **Os precedentes da Súmula n. 481, STJ.**

Referida Súmula foi editada baseada em apenas oito precedentes, sendo dois deles julgados em 2012, três em 2011 e um em 2010, 2006 e 2002.

As partes envolvidas nos julgados utilizados como precedentes para a edição da Súmula são as seguintes: Fundação Ulbra-Fulbra<sup>53</sup>; Sindicato dos técnicos em tributação, fiscalização e arrecadação do Estado de Minas Gerais – SINFFAZ<sup>54</sup>; Sindicato dos trabalhadores federais da saúde, trabalho e previdência no Estado do Rio Grande do Sul – SINDISPREV/RS<sup>55</sup>; Sindicato dos servidores federais do Rio

---

<sup>53</sup> Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 126.381. Terceira Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. J. 24.04.2012. Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS/ENTIDADE FILANTRÓPICA. 1.- A egr. Corte Especial, na sessão de 02.08.2010, passou a adotar a tese já consagrada STF, segundo a qual é ônus da pessoa jurídica comprovar os requisitos para a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita, mostrando-se irrelevante a finalidade lucrativa ou não da entidade requerente. Precedente: EREsp nº 603.137/MG, Corte Especial, de minha relatoria, DJe 23.08.10.” (AgRg nos EREsp 1.103.391/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, da Corte Especial, julgado em 28/10/2010, DJe 23/11/2010) 2. Agravo Regimental improvido.”

<sup>54</sup> Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial n. 130.622. Primeira Turma. Relator Ministro Francisco Falcão. J. 17.04.2012. Ementa: “SINDICATO. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NECESSIDADE DE PROVA DA MISERABILIDADE. INSUFICIÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE POBREZA. I - As pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, para obter os benefícios da justiça gratuita, devem comprovar o estado de miserabilidade, não bastando simples declaração de pobreza. Precedentes: EREsp nº 1.185.828/RS, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, DJe de 01/07/2011 e AgRg no AgRg no REsp nº 1.153.751/RS, Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 07/04/2011. II - Agravo regimental improvido.”

<sup>55</sup> Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Agravo n. 1.245.766. Corte Especial. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. J. 16.11.2011. Ementa: “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO. SÚMULA 316/STJ. SINDICATO. JUSTIÇA GRATUITA. ESTADO DE POBREZA. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA, REFORMANDO O ACÓRDÃO RECORRIDO, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. “Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial” (Súmula 316/STJ). 2. “Na linha da jurisprudência da Corte Especial, as pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, para obter os benefícios da justiça gratuita, devem comprovar o estado de miserabilidade, não bastando simples declaração de pobreza” (EREsp 1.185.828/RS, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, Corte Especial, DJe 1º/7/11). 3. Embargos de divergência acolhidos para, reformando o acórdão embargado, negar provimento ao agravo de instrumento do SINDISPREV/RS.”

Grande do Sul – SINDSERF/RS<sup>56</sup>; Fundação Felice Rosso<sup>57</sup> 58; Sociedade Caritativa e Literária São Francisco de Assis Zona Central<sup>59</sup> e Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais – CEFET/MG<sup>60</sup>.

No julgamento do processo n. 603.137, o ministro Carlos Meira, do Superior Tribunal de Justiça, afirmou que *“Não se justifica realizar a distinção entre pessoas jurídicas com ou sem finalidade lucrativa, pois, quanto ao aspecto econômico-financeiro, a diferença primordial entre essas entidades não reside na suficiência ou não de recursos para o custeio das despesas processuais, mas na possibilidade de haver distribuição de lucros aos respectivos sócios ou associados”* e que, *“Outrossim, muitas entidades sem fins lucrativos exploram atividade econômica em*

56 Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.185.828. Corte Especial. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. J. 09.06.2011. Ementa: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SINDICATO. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NECESSIDADE DE PROVA DA MISERABILIDADE. INSUFICIÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE POBREZA. Na linha da jurisprudência da Corte Especial, as pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, para obter os benefícios da justiça gratuita, devem comprovar o estado de miserabilidade, não bastando simples declaração de pobreza. Embargos de divergência providos.”

57 Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Agravo n. 833.722. Corte Especial. Relatora Ministra Laurita Vaz. J. 12.05.2011. “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSO CIVIL. FUNDAÇÃO HOSPITALAR DE CUNHO FILANTRÓPICO E ASSISTENCIAL. JUSTIÇA GRATUITA NÃO CONCEDIDA. MISERABILIDADE. NECESSIDADE DE PROVA. QUESTÃO RECENTEMENTE APRECIADA PELA CORTE ESPECIAL. ENTENDIMENTO EM CONSONÂNCIA COM O ACÓRDÃO EMBARGADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 168 DO STJ. EMBARGOS AOS QUAIS SE NEGOU SEGUIMENTO. DECISÃO MANTIDA EM SEUS PRÓPRIOS TERMOS. [...] 2. “A egr. Corte Especial, na sessão de 02.08.2010, passou a adotar a tese já consagrada STF, segundo a qual é ônus da pessoa jurídica comprovar os requisitos para a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita, mostrando-se irrelevante a finalidade lucrativa ou não da entidade requerente. Precedente: EREsp nº 603.137/MG, Corte Especial, de minha relatoria, DJe 23.08.10.” (AgRg nos EREsp 1103391/RS, CORTE ESPECIAL, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJe de 23/11/2010). [...]”

58 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 431.239. Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro. J. 03.10.2002. Ementa: “ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. FUNDAÇÃO MANTENEDORA DE HOSPITAL. ALEGAÇÃO DE SITUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA PRECÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. É possível conceder-se às pessoas jurídicas o benefício da assistência judiciária, desde que, porém, demonstrem a impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejuízo da própria manutenção. Precedente do STJ. Recurso especial não conhecido.”

59 Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 690.482. Corte Especial. Relator Ministro Gilson Dipp. J. 15.02.2006. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL - GRATUIDADE DE JUSTIÇA - LEI Nº 1.060/50 - CONCESSÃO ÀS PESSOAS JURÍDICAS SEM FINS LUCRATIVOS - COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM AS CUSTAS DO PROCESSO - NECESSIDADE - ÔNUS DA PESSOA JURÍDICA QUE ALEGA - MISERABILIDADE NÃO DEMONSTRADA - EMBARGOS REJEITADOS. I - No acórdão ora embargado restou decidido que o deferimento da gratuidade de justiça, mesmo que para pessoa jurídica que se dedica a atividades beneficentes, filantrópicas, pias ou morais, fica condicionado à comprovação da necessidade. II - No aresto divergente, o EResp nº 388.045/RS, desta Corte Especial e da minha relatoria, foi desenhovida a tese de que se faz necessária uma bipartição entre as espécies de pessoa jurídica, sendo que para aquelas que não objetivam o lucro o procedimento se equipara ao da pessoa física, ou seja, basta o requerimento formulado na inicial, cabendo à parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade. III - O benefício da justiça gratuita pode ser concedido à pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, cabendo à mesma a comprovação da ausência de condições de arcar com as custas do processo, não bastando a mera alegação. IV - No caso dos autos, consoante consignado no acórdão embargado, não houve comprovação, por parte da ora embargada, da sua miserabilidade jurídica. V - Embargos rejeitados.”

60 Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 603.137. Corte Especial. Relator Ministro Castro Meira. J. 02.08.2010.

*regime de concorrência com as sociedades empresárias, não havendo parâmetro razoável para se conferir tratamento desigual entre essas pessoas jurídicas.”* Afir-  
mou o ministro, ainda, que *“a matéria em apreço já foi objeto de debate na Corte Especial e, após sucessivas mudanças de entendimento, deve prevalecer a tese ado-  
tada pelo STF, segundo a qual é ônus da pessoa jurídica comprovar os requisitos  
para a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita, sendo irrelevante  
a finalidade lucrativa ou não da entidade requerente.”*

Com a vênua de praxe, apenas os precedentes invocados para a edição da Súmula não seriam suficientes para nortear o proceder da Superior Tribunal de Justiça, pois esta mesma Corte decidiu de forma diferente em dezenas de outros julgados, em épocas distintas, como se vê das várias (de muitas outras) ementas transcritas neste artigo.

O próprio ministro Sidnei Beneti afirmou recentemente, em abril de 2012, que o STJ possui *decisões conflitantes a respeito da questão*.<sup>61</sup> Apesar deste cenário de incerteza, ele se fiou a decisão de 2006, do Supremo Tribunal Federal, assim ementada:

BENEFÍCIO DA GRATUIDADE. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS. Inexistência, no caso, de demonstração inequívoca do estado de incapacidade econômica. Consequente inviabilidade de acolhimento desse pleito. Recurso Improvido.

O benefício da gratuidade – que se qualifica como prerrogativa destinada a viabilizar , dentre outras finalidades, o acesso à tutela jurisdicional do Estado – constituiu direito público subjetivo reconhecido tanto à pessoa física quanto à pessoa jurídica de direito privado, independentemente de esta possuir , ou não, fins lucrativos. Precedentes.

Tratando-se de entidade de direito privado – com ou sem fins lucrativos -, impõe-se-lhe, para efeito de acesso ao benefício da gratuidade, o ônus de comprovar a sua alegada incapacidade financeira (RT 787/359, RT 806/129, RT 833/264, RF 343/364), não sendo suficiente, portanto, ao contrário do que sucede com a pessoa física ou natural (RTJ 158/963-964, RT 828/388, RT 834/296), a mera afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários advocatícios. Precedentes. <sup>62</sup>

Três dos precedentes da Súmula do STJ tratam de *sindicatos*, que são pessoas jurídicas sem fins lucrativos que se constituem em apenas uma espécie das várias pessoas jurídicas sem fins lucrativos que compõem o chamado Terceiro Setor, não se podendo tratar todas de forma idêntica sem se fazer a necessária separação delas e a análise do público-alvo a que se destinam as suas ações. Para se ter ideia

<sup>61</sup> Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 126.381. Terceira Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. J. 24.04.2012.

<sup>62</sup> Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 192.715-1. Segunda Turma. Relator (e Presidente) Ministro Celso de Mello. J. 21.11.2006.

de quão os sindicatos não possuem expressividade no universo das pessoas jurídicas sem fins lucrativos, a pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontou a existência de 18.814 sindicatos, federações e confederações, de um total de 556.846 entidades de fins não econômicos. Ou seja, eles representam pouco mais de 3% (três por cento) do total delas. As pessoas jurídicas sem fins lucrativos constituídas sob a forma de associação civil ou fundação totalizam 290.692<sup>63</sup>, deste mesmo universo. Não nos parece adequado e muito menos aceitável utilizar três decisões, do total de oito, envolvendo *sindicatos* para se decidir a sorte de milhares de *associações* e *fundações* sem fins lucrativos, como fez a Súmula em estudo, haja vista o distanciamento de suas realidades, finalidade de atuação e até mesmo de existência.

Também por conta disso a Súmula n. 481, do STJ, nos parece contaminada pela falta de aprofundamento e perfeição técnico-jurídica.

### **Conclusão**

Por conta da mixórdia que gravita em torno da adequada identificação dos destinatários dos benefícios da justiça gratuita e da indevida equiparação das pessoas jurídicas com fins lucrativos às entidades de fins não econômicos, a edição da Súmula n. 481, pelo Superior Tribunal de Justiça, é precipitada e temerosa, em razão das injustiças que certamente serão cometidas a partir da sua utilização pelas decisões judiciais como fundamento e norte a ser trilhado.

Os parcos julgados utilizados pela Corte Superior como precedentes para embasar referida Súmula são ínfimos, tímidos e inapropriados, se comparados ao grande número de decisões provenientes dela mesma, que poderiam ter sido trazidos à baila para sustentar a edição da norma orientadora. Tivesse assim agido o STJ, poder-se-ia, inclusive, ter havido decisão noutro sentido, dada à postura exteriorizada de forma tão clara em centenas de julgados, alguns deles aqui mencionados.

Equiparar pessoas jurídicas com e sem finalidade lucrativa é tecnicamente inapropriado do ponto de vista jurídico, sob diversos aspectos.

Mesmo se levado em consideração apenas o universo das pessoas jurídicas sem fins lucrativos, a Súmula peca pela falta do imprescindível joelamento das entidades, a partir da sua natureza jurídica, constituição e finalidade estatutária. Apesar de não ser o ideal, mas para constar e justificar a desordenação jurídica, a Corte Superior poderia ter sido pontual e específica se decidisse que as *associa-*

<sup>63</sup> Disponível em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Fundacoes\\_Privadas\\_e\\_Associacoes/2010/fasfil.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Fundacoes_Privadas_e_Associacoes/2010/fasfil.pdf) - Acesso em 09 jul 2013, 18h25.

*ções e fundações* sem fins lucrativos receberiam as benesses da justiça gratuita se comprovassem possuir, por exemplo, o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS)<sup>64</sup>, regido pela Lei n. 12.101/09, que serviria como prova para demonstrar a impossibilidade de arcar com os encargos sociais, fato que, por si só, eliminaria os *sindicatos* e as outras pessoas jurídicas sem fins lucrativos arroladas indevidamente como receptoras dos benefícios oriundos de tal instituto jurídico. Mas essa sugestão também pode não ser a mais indicada, haja vista que menos de 7.000 entidades brasileiras são portadoras do CEBAS, de um total de 290.692 existentes, conforme pesquisa do IBGE indicada.

Essa situação contemporânea de indefinição, no mínimo, indica que o assunto mereceria ser destrinchado para não se praticar injustiça contra associações e fundações que necessitam gozar do benefício da justiça gratuita e que de maneira nenhuma, e muito menos, podem ser equiparadas às empresas lucrativas, que não agem procurando o bem comum da população, situação inata às instituições sem fins lucrativos. De nada adianta tentar colocar pá de cal de forma abrupta em assunto que ferve, sob pena de impossibilidade de reparação de situações desconformes com a justiça e que desafiam o bom senso.

É necessário que o Poder Legislativo atue imediatamente e promova a revisão da Lei n. 1.060/50, de forma a alterar as suas previsões e resgatar, mesmo que no seu limitado âmbito de atuação, a indiscutível diferenciação jurídica existente entre as empresas lucrativas e as entidades sem fins econômicos, pois, uma vez editada, a alteração da norma legal provocará, necessária e obrigatoriamente, a revisão da Súmula n. 481, trazida ao mundo pelo Superior Tribunal de Justiça.

Esta é a esperança para se minimizar ou mesmo impedir que as entidades sem fins lucrativos tenham o seu amplo acesso à justiça obstaculizado.

---

<sup>64</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70.025.870.445. Relatora Desembargadora Liége Puricelli Pires. P. 11.03.2009. Ementa: "JUSTIÇA GRATUITA - ENTIDADE DE CARÁTER FILANTRÓPICO - COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE. É possível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas, desde que comprovem a necessidade, colacionando aos autos o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos concedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social. Em se tratando de entidade filantrópica, é presumida a impossibilidade de suportar as despesas do processo.

#### Sobre

Publicado na Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 9-32, jan./jun. 2008.

## 1.3 - A responsabilidade jurídica dos dirigentes de entidades do Terceiro Setor

### Introdução

As pessoas se dispõem a criar e dirigir entidades do Terceiro Setor por diversos motivos, na maioria das vezes de ordem estritamente subjetiva. Tais atos são louváveis, principalmente num país órfão de competência do Poder Público, como é o nosso.

Todavia, nem todos aqueles que assumem cargos diretivos estatutários numa entidade do Terceiro Setor têm pleno conhecimento do alcance da responsabilidade que tomaram para si e desconhecem que, dependendo dos atos praticados e das circunstâncias em que o foram, seus bens pessoais poderão ser comprometidos, com possibilidade de até vir a perdê-los.

Traçaremos breves considerações sobre o assunto para reflexão e conscientização do dirigente de entidade sem fins lucrativos sobre a importância da vigilância dos atos praticados na sua gestão, dando-se destaque à doutrina, à jurisprudência e, principalmente, à legislação, que deverá ser aplicada por analogia, em razão da inexistência de normatização consolidada para o Terceiro Setor.

### Conceito e abrangência da “responsabilidade”

Ser “responsável” por alguma coisa quer dizer chamar para si, assegurar ou satisfazer o cumprimento de uma obrigação (dever jurídico) assumida diretamente ou por meio de prepostos que agiram em seu nome ou “para suportar as sanções legais que lhe são impostas”.<sup>1</sup> As conseqüências do não cumprimento da obrigação ou da regra jurídica são de responsabilidade do agente, inclusive e principalmente em relação aos danos daí advenientes.

1 Silva, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. pg. 713.

Rui Stoco<sup>2</sup> ensina:

A noção de responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de Justiça existente no grupo social estratificado.

...

Observou Zanobini não haver dúvida, no entanto, de que o termo “responsabilidade” serve para indicar a situação toda especial daquele que, por qualquer título, deva arcar com as conseqüências de um fato danoso (Corso di diritto amministrativo, 6a. ed., 1950, vol. I, p. 260).

...

A responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação. Se atua na forma indicada pelos cânones, não há vantagem, porque supérfluo em indagar da responsabilidade daí decorrente. O que interessa, quando se fala de responsabilidade, é aprofundar o problema na face assinalada, de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente.

A responsabilidade legal (ou jurídica) “é a que se deriva de uma imposição ou regra legal, distinguindo-se, assim, da responsabilidade contratual. A responsabilidade legal determina a obrigação de reparar o dano, mesmo por fato de outrem, nos casos em que a própria lei especifica.”<sup>3</sup>

Há várias espécies de “responsabilidades jurídicas”, tais como, penal, administrativa, civil, contratual, tributária, fiscal, trabalhista, previdenciária, funcional, limitada etc., sendo que “todas elas não fogem ao sentido geral de obrigação, encargo, dever, compromisso, sanção, imposição.”<sup>4</sup>

### **Abrangência da palavra “dirigente”**

Quem dirige uma entidade do Terceiro Setor (o dirigente) é responsável por dar o caminho a ser seguido por ela, é quem a governa, comanda, administra, decide, define pagamentos e posições estratégicas, enfim, é o guia no cumprimento das finalidades previstas no estatuto. É, finalmente, quem assume os riscos inerentes ao desenvolvimento de qualquer atividade.

O “dirigente” pode ser identificado como qualquer pessoa que efetivamente pratica as ações inerentes aos atos acima mencionados, independentemente da

---

2 Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 59/60.

3 Silva. De Plácido e. Ob. cit. p. 714.

4 Idem nota acima.

sua denominação, podendo ser o presidente (normalmente) ou quaisquer diretores estatutários, o superintendente, o gerente, o procurador, o preposto etc.

Nesse sentido é a jurisprudência:

O CTN, no inciso III do Art. 135, impõe responsabilidade, não ao sócio, mas ao gerente, diretor ou equivalente. Assim, sócio-gerente é responsável não por ser sócio, mas por haver exercido a gerência.<sup>5</sup>

Seria aconselhável (não obrigatório para as entidades sem fins lucrativos) que a pessoa a ser escolhida pela instituição para exercer as funções de administrador demonstrasse o cumprimento de alguns requisitos, tais como: a) inexistência de condenação em crimes (atestado de antecedentes); b) inexistência de qualquer impedimento para exercer a função; c) aptidão técnica; d) reputação ilibada etc.

### **Atividades do dirigente**

Deve o dirigente exercer seus atos de gestão com competência, eficiência, honestidade, diligência<sup>6</sup> (cuidado, zelo, interesse – art. 1.011<sup>7</sup> do Código Civil, por analogia), lealdade<sup>8</sup> (fidelidade, sigilo, manter reserva sobre os negócios da enti-

5 STJ, REsp 86.439-ES

6 Lei 6.404/76, Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios. Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. § 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres. § 2º É vedado ao administrador: a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia; b) sem prévia autorização da assembleia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito; c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo.

§ 3º As importâncias recebidas com infração ao disposto na alínea c do § 2º pertencerão à companhia.

§ 4º O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

7 Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios. (...)

Parágrafo segundo. Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato.

8 Lei 6.404/74, Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir.

§ 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo

dade), reportando as informações<sup>9</sup> necessárias (relatório, comunicação, números etc.) a quem de direito e cumprir fielmente a lei, o estatuto e as demais normas internas inerentes à sua atividade, sem preterir qualquer grupo ou categoria de associados, evitando conflito de interesse<sup>10</sup> (o pessoal versus o da entidade – art. 117<sup>11</sup> do Código Civil, por exemplo, devendo o dirigente declarar à entidade a

e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.

§ 2º O administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança.

§ 3º A pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infração do disposto nos §§ 1º e 2º, tem direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação.

§ 4º. (incluído pela Lei 10.303/01) – É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários.

9 Lei 6.404/76, Art. 157. O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular.

§ 1º O administrador de companhia aberta é obrigado a revelar à assembléia-geral ordinária, a pedido de acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social: a) o número dos valores mobiliários de emissão da companhia ou de sociedades controladas, ou do mesmo grupo, que tiver adquirido ou alienado, diretamente ou através de outras pessoas, no exercício anterior; b) as opções de compra de ações que tiver contratado ou exercido no exercício anterior; c) os benefícios ou vantagens, indiretas ou complementares, que tenha recebido ou esteja recebendo da companhia e de sociedades coligadas, controladas ou do mesmo grupo; d) as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível; e) quaisquer atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia.

§ 2º Os esclarecimentos prestados pelo administrador poderão, a pedido de qualquer acionista, ser reduzidos a escrito, autenticados pela mesa da assembléia, e fornecidos por cópia aos solicitantes.

§ 3º A revelação dos atos ou fatos de que trata este artigo só poderá ser utilizada no legítimo interesse da companhia ou do acionista, respondendo os solicitantes pelos abusos que praticarem.

§ 4º Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembléia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia.

§ 5º Os administradores poderão recusar-se a prestar a informação (§ 1º, alínea e), ou deixar de divulgá-la (§ 4º), se entenderem que sua revelação porá em risco interesse legítimo da companhia, cabendo à Comissão de Valores Mobiliários, a pedido dos administradores, de qualquer acionista, ou por iniciativa própria, decidir sobre a prestação de informação e responsabilizar os administradores, se for o caso.

§ 6º. (incluído pela Lei 10.303/01) – Os administradores da companhia aberta deverão informar imediatamente, nos termos e na forma determinados pela Comissão de Valores Mobiliários, a esta e às bolsas de valores ou entidades do mercado de balcão organizado nos quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, as modificações em suas posições acionárias na companhia.

10 Lei 6.404/74, Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.

§ 1º Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros.

§ 2º O negócio contratado com infração do disposto no § 1º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido.

11 Art. 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o repre-

extensão de interesse seu que seja conflitante com o da instituição) no exercício de suas funções.

Exercendo o dirigente os atos de gestão de forma regular, em estrita observância aos ditames legais, dentro dos limites de seus poderes, sem tirar nenhum tipo de vantagem pessoal, em respeito ao mandato etc., e, conseqüentemente, não causando dano ou prejuízo a terceiros, em princípio, ele não será responsável perante a entidade ou terceiros<sup>12</sup> e a situação não interessará ao mundo jurídico, eis que os comandos cogentes estão sendo observados. E tais atos, assim exercidos, obrigam a pessoa jurídica, conforme prevê o art. 47<sup>13</sup> 14 do Código Civil.

A situação passará a interessar ao Direito quando o dirigente descumprir obrigações legais, normas internas (decisões das assembléias gerais e da diretoria, por exemplo) e/ou funcionais, agir com excesso de poder e causar dano ou prejuízo a terceiros, inclusive e principalmente, nos dias de hoje, ao governo, em todas as suas esferas.

José Eduardo Sabo Paes<sup>15</sup> aborda o tema anotando que “consagrou-se nas pessoas jurídicas em geral o regime de responsabilidade dos administradores pelos excessos, abusos ou violação da lei, do contrato ou do estatuto.”

Pode ser entendido como excesso de poder a prática de ato: a) para o qual não foi autorizado; b) que extrapola os poderes que lhe foram outorgados; c) que foge ao padrão da normalidade e à praxe dos negócios; d) que infrinja a lei, o contrato ou o estatuto.

### **Tipos de responsabilidade**

Eventuais deslizes cometidos pelos dirigentes poderão levar sua conduta a ser apreciada sob três ângulos de responsabilidade: a) administrativa; b) penal e c) civil.

A responsabilidade **administrativa** decorre da má gestão, quer pela incompetência, quer pela falta de dedicação ao cargo ou pelo desentrosamento com as demais pessoas. Sendo o dirigente administrador graduado, inscrito no CRA

---

sentante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo. Parágrafo único. Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido subestabelecidos.

12 “A regra no Egrégio STJ, em tema de responsabilidade patrimonial secundária é a de que o redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa.” STJ, REsp. 610.216-PR.

13 Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

14 Maria Helena Diniz in Novo Código Civil Comentado – Coordenador: Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002.

15 Fundações e Entidades de Interesse Social, Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Lei 10.406/02. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

– Conselho Regional de Administração, pode ser requerida a abertura de sindicância perante aquela autarquia para apuração de eventual infração ética, com punições administrativas que variam da advertência até a exclusão dos quadros, se condenado.

A responsabilidade **penal** decorre do enquadramento de eventual ato irregular cometido pelo administrador no tipo penal descrito pela legislação. Pode-se citar, por exemplo, os crimes praticados contra o patrimônio (furto, roubo, dano, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes etc.) previstos no Código Penal, os da lei de economia popular (Lei 1.521/51) e os existentes para o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/86). Cite, ainda, os crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo (Lei 8.137/90) e os acrescentados pela Lei 10.303/01 às Leis 6.404/76 (sociedade por ações) e 6.385/76, que tratada dos delitos praticados contra o mercado de capitais.

A responsabilidade **civil** consiste na obrigação de indenização a terceiros por prejuízos causados pelo dirigente que agir com culpa ou dolo ou violar a lei ou o estatuto no desenvolvimento de suas atividades.

O dirigente, no exercício de seu cargo, pode lesar a própria entidade<sup>16</sup>, os associados, demais membros do órgão colegiado de administração e terceiros, sendo todos habilitados a propor ações judiciais contra o causador do dano.

Acionado por alguém, direta ou solidariamente com a entidade, que se julgue prejudicado por entender que o dirigente teria agido com culpa ou dolo, cabe ao autor o ônus de provar suas alegações. Para eximir-se da responsabilidade jurídica, o dirigente acionado deverá provar que não foi responsável pelo fato, que dele não tinha conhecimento ou, se sabedor, agiu para impedir a sua prática ou dele dissentiu por escrito em ata ou comunicação a órgão de administração da sociedade, o que, convenhamos, não é muito fácil.

16 Por analogia, Lei 6.404/76, Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

§ 1º A deliberação poderá ser tomada em assembleia-geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembleia-geral extraordinária.

§ 2º O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembleia.

§ 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembleia-geral.

§ 4º Se a assembleia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.

§ 5º Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados.

§ 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

§ 7º A ação prevista neste artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador.

## **Dolo**

Obviamente que o dirigente de entidade sem fins lucrativos que agir com dolo (consciente da irregularidade e visando fim ilícito) no exercício de suas atividades deverá ser responsabilizado direta e pessoalmente dos pontos de vista civil, criminal e administrativo, por todo e qualquer prejuízo ou dano causado a outrem, com a possibilidade de avanço no seu patrimônio pessoal para fazer frente àqueles.

## **Culpa**

A discussão maior do problema cinge-se à atuação culposa<sup>17</sup> do dirigente, que deverá ser inequivocamente demonstrada.

Prevê o Código Civil, aqui invocado por analogia:

Art. 1016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados por culpa no desempenho de suas funções.

Nelson Nery Júnior<sup>18</sup> ensina (art. 50, CC):

Responsabilidade tributária. In Comunicabilidade dos bens pessoais. 'Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta ao sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente. Não é responsável por dívida tributária, no contexto do art. 135, III do CTN, o sócio que se afasta regularmente da sociedade comercial, sem ocorrer extinção ilegal da empresa, nem ter sido provado que praticou atos com excesso de mandato ou infração à lei, contrato social ou estatutos'. (RT 778/211)

## **O Conselho Fiscal**

Muito se discute sobre a natureza jurídica do Conselho Fiscal e a sua atuação como órgão de administração de uma entidade.

O Código Civil prevê (art. 54) que o estatuto das associações, para ser registrado pelo cartório, deverá indicar, dentre outros requisitos, o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos (inciso V) e a forma de gestão administrativa e de aprovação de contas (inciso VII).

---

17 Modalidades de culpa: a) Imprudência: falta de atenção, fazer o que não deveria ser feito. b) Imperícia: ausência de conhecimento específico, inabilidade, fazer algo além de sua formação. c) Negligência: descuido, desídia (falta de interesse, má vontade, pouco zelo), deixar de fazer algo que deveria ser feito.

18 Código Civil Comentado. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. pg. 210.

Antes, ao falar genericamente das pessoas jurídicas, o Código Civil prevê (art. 46) a obrigatoriedade de se indicar no seu ato constitutivo o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores e dos diretores (inciso II), o modo pelo qual a entidade se administra e a sua representação ativa, passiva, judicial ou extrajudicial (inciso III) e se os membros respondem ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais (inciso V) assumidas pela pessoa jurídica.

No cumprimento do inciso V, art. 54, Código Civil, o estatuto indicará os seus órgãos de administração, sendo a assembléia geral obrigatória (art. 59).

Normalmente, o estatuto das entidades prevê como órgãos de administração uma Diretoria (com os cargos e funções previstos de acordo com a vontade dos associados, sem nenhuma definição ou indicação legal neste sentido) e um Conselho Fiscal, este, como o próprio nome sugere, criado justamente para fiscalizar os atos praticados pela primeira. Todavia, se uma entidade resolver criar apenas a assembléia geral (que é obrigatória) e a diretoria, sem a previsão do Conselho Fiscal, seu estatuto será registrado pelo cartório competente, diante de inexistência de lei que o exija expressamente.

Além do Conselho Fiscal há a possibilidade (não obrigação) de se criar outros Conselhos no estatuto, tais como o Deliberativo, de Administração, Consultivo, Gestor etc. Tudo dependerá da vontade e interesse dos próprios associados ou do instituidor, no caso das fundações. O Código Civil não exige a obrigatoriedade de criação de nenhum Conselho.

Outras leis é que, para a concessão de determinadas qualificações, exigem a criação de Conselhos, tal como o Fiscal (exigido pelo inciso III do art. 4º. da Lei 9.790/99 – OSCIP) e o de Administração (exigido pelo art. 3º. da Lei 9.637/99).

O Conselho Fiscal é uma figura instituída pelas leis 6.404/76 (arts. 161 a 165-A, alterada pela Lei 10.303/01) e 10.406/02 (CC, arts. 1.066 a 1.070), especificamente para as empresas regidas sob a forma jurídica de sociedades anônimas ou limitada, respectivamente, sendo ele o órgão fiscalizador dos atos da administração em relação às contas, à regularidade e à legalidade dos atos de gestão delas.

O Conselho Fiscal possui, normalmente, entre outras atribuições, a de examinar as atividades desenvolvidas pela Diretoria e verificar sua adequação ao que está previsto no estatuto, emitir pareceres, denunciar erros, fraudes etc., mas não é órgão deliberativo e não possui nenhum poder de mando, de gestão, nem de decisão. Apenas de fiscalização.

A composição e as atividades a serem desenvolvidas pelo Conselho Fiscal deverão constar do estatuto, se os associados assim desejarem, e à legislação es-

pecífica de alguns títulos, se os associados entenderem que é prudente obtê-los.

Os doutrinadores Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik<sup>19</sup> ensinam:

A fiscalização a ser exercida pelo conselho fiscal sobre os atos dos administradores deve restringir-se tão-somente à verificação do atendimento de seus deveres legais e estatutários.

Assim, o órgão fiscalizador não possui competência para apreciar o conteúdo de gestão societária, ou seja, não lhe cabe entrar no julgamento do mérito e da conveniência das decisões empresariais tomadas pelos administradores.

Na mesma linha de raciocínio segue Waldirio Bulgarelli<sup>20</sup>, para quem “a função essencial do Conselho Fiscal é a fiscalizatória; dos seus resultados serão extraídas as conseqüentes medidas, através de pareceres opinativos, com informações, sugestões ou mesmo denúncias.”

O então deputado Ricardo Fiúza<sup>21</sup> assim comentou o art. 1.066, CC, o que trazemos aqui por analogia:

O conselho fiscal, todavia, é considerado como órgão subordinado e auxiliar da assembléia dos sócios, que é a instância deliberativa superior da sociedade, com poderes para aprovar ou rejeitar os pareceres emitidos pelo órgão de fiscalização.

A natureza jurídica do Conselho Fiscal é fiscalizatória e os seus membros só se eximirão de responsabilidade se, verificado que as contas, balanço, escrituração das receitas e despesas não estão de acordo com as disposições legais e estatutárias, tiverem registrado em ata a rejeição e a sugestão das providências necessárias para correção das não conformidades (art. 1.069 e incisos do Código Civil, por analogia e na hipótese de sua previsão estatutária).

A responsabilidade jurídica do Conselho Fiscal é maior que a da Diretoria, pois cabe a ele justamente fiscalizar e se manifestar sobre os atos praticados por aquela, visando manter a incolumidade legal da entidade no desenvolvimento de suas atividades.

## **Legislação**

Há infinidade de normas jurídicas que podem ser avocadas e aplicadas analogicamente ao assunto aqui tratado.

Por sua importância, abrangência e clareza, entendemos por bem transcreever

---

19 A Nova Lei das S/A, Saraiva: 2002, 1. ed.

20 Regime Jurídico do Conselho Fiscal das S/A, ed. Renovar, 1998.

21 Novo Código Civil Comentado, ed. Saraiva, 2002.

apenas algumas delas para facilitar a leitura e conhecimento imediato de seu conteúdo:

#### Código de Processo Civil

Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro excutidos os bens da sociedade.

§ 1º Cumpre ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito.

§ 2º Aplica-se aos casos deste artigo o disposto no parágrafo único do artigo anterior.

#### Código Civil

Art. 50. 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 desconsideração da personalidade jurídica**

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi criada para coibir abusos praticados por administradores ou sócios de pessoas jurídicas que se utilizavam destas para cometer fraudes e abusos de direito permanecendo impunes sobre o “manto da personalidade jurídica”.

Entendendo o juiz que os dirigentes e administradores cometeram abusos utilizando-se da personalidade jurídica, esta será considerada ineficaz no que diz respeito aos atos abusivos e aqueles responderão pessoalmente, com seu patrimônio, pelos danos causados ou obrigações assumidas. Caso os dirigentes de uma entidade do Terceiro Setor façam uso da personalidade jurídica para realizar atos irregulares (sonegação impostos, apropriação indébita, fraude contra credores ou quaisquer outros que se desviem da finalidade da instituição ou visem causar prejuízos a terceiros), a pessoa jurídica será desconsiderada e a responsabilidade por eles será pessoal deles.

Uadi Lammêgo Bulos<sup>22</sup> observa:

A responsabilidade das pessoas jurídicas recai sobre co-autores ou partícipes do mesmo fato criminoso. Parece-nos que o constituinte possibilitou a adoção da teoria da co-autoria necessária entre o agente individual e a pessoa jurídica. Decerto que seria um absurdo deixar de lado a persecução daquele que concorreu para a realização do crime.

---

22 Constituição Federal Anotada. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Theotônio Negrão<sup>23</sup> diz<sup>24</sup>: “Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido”.

Somente aqueles que cometeram o ato, que quebrarem seus deveres (diligência, lealdade e/ou informação), violarem as regras estabelecidas pelo contrato ou estatuto social ou o objeto social da entidade/sociedade<sup>25</sup>, ou que com eles foram coniventes ou negligenciaram em descobri-lo ou se, dele tendo conhecimento, não agiram para impedir sua prática, é que serão responsabilizados.

Maurício Godinho Delgado<sup>26</sup> ensina:

Fundada no art. 135 do Código Tributário Nacional (que fixa a responsabilidade tributária dos administradores societários) e na circunstância de que o crédito trabalhista recebe da ordem jurídica proteção ainda mais acentuada que a deferida ao crédito tributário (art. 8º., CLT), e com suporte ainda na teoria da desconsideração da personalidade jurídica (lift the corporate veil) – hoje já claramente incorporada pelo Direito Comum, a teor do art. 28 da Lei n. 8.078, de 1990 (Código do Consumidor) e mais recente art. 50 do CCB/2003 – a jurisprudência trabalhista tem compreendido que o sócio-gerente responde pelas dívidas trabalhistas da sociedade, caso esta não tenha bens para garantir a execução judicial.

Tal responsabilidade, de maneira geral, tem sido estendida, no plano trabalhista, aos demais sócios, independentemente de terem (ou não) participação na gestão societária.

Não só o presidente da entidade, mas os demais dirigentes, eis que os órgãos são colegiados, poderão ser responsabilizados com seu patrimônio pessoal. Caso apenas um dos diretores seja responsabilizado, este poderá chamar os demais ao processo ou ajuizar ação regressiva (CC, art. 934<sup>27</sup>) contra eles, visando o ressarcimento.

O procurador é obrigado a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente.

O Código Civil prevê (art. 206) o prazo prescricional de três anos para ajuizamento de procedimento contra pessoas que tenham violado a lei ou estatuto, assim indicadas:

23 Código Civil e legislação civil em vigor, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

24 Enunciado 7 do CEJ.

25 Desvio de finalidade como causa de suspensão do benefício fiscal. Artigo do prof. Alexandre Tavares Guerreiro “Sobre a Interpretação do Objeto Social”, publicado na RDM, vol. 54, p. 67. Ele defende que é a finalidade dos atos que determina sua pertinência ao objeto da companhia, levando-se em conta, nessa constatação, a noção de interesse social.

26 Curso de direito do trabalho. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 475/6.

27 Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento;

Prevê o Código Civil:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

Código de Defesa do Consumidor

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

...

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste código, incide nas penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.

Código Tributário Nacional

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

...

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

...

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei,

contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:

I - quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;

II - quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;

II - quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:

a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondem;

b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores;

c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas.

Pedro Roberto Decomain<sup>28</sup> observa:

Tem-se entendido, e com razão, que essas extinções irregulares e meramente de fato das sociedades, deixando débitos tributários, mas com desaparecimento total do patrimônio, representam atos de violação à lei por parte de seus administradores, fazendo nascer a responsabilidade pessoal deles pelo pagamento desses tributos.

### Lei Complementar 123/06

Art. 9º O registro dos atos constitutivos, de suas alterações e extinções (baixas), referentes a empresários e pessoas jurídicas em qualquer órgão envolvido no registro empresarial e na abertura da empresa, dos 3 (três) âmbitos de governo, ocorrerá independentemente da regularidade de obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, do empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores ou de empresas de que participem, sem prejuízo das responsabilidades do empresário, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção.

...

Art. 78. As microempresas e as empresas de pequeno porte que se encontrem sem movimento há mais de 3 (três) anos poderão dar baixa nos registros dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais, independentemente do pagamento de débitos tributários, taxas ou multas devidas pelo atraso na entrega das respectivas declarações nesses períodos.

...

§ 3º A baixa, na hipótese prevista neste artigo ou nos demais casos em que venha a ser efetivada, inclusive naquele a que se refere o art. 9º desta Lei Complementar, não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados impostos, contribuições e respectivas penalidades, decorrentes da simples falta de recolhimento ou da prática, comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial, de outras irregularida-

---

28 Anotações ao Código Tributário Nacional, São Paulo, Saraiva, 2000.

des praticadas pelos empresários, pelas microempresas, pelas empresas de pequeno porte ou por seus sócios ou administradores, reputando-se como solidariamente responsáveis, em qualquer das hipóteses referidas neste artigo, os titulares, os sócios e os administradores do período de ocorrência dos respectivos fatos geradores ou em períodos posteriores.

§ 4º Os titulares ou sócios também são solidariamente responsáveis pelos tributos ou contribuições que não tenham sido pagos ou recolhidos, inclusive multa de mora ou de ofício, conforme o caso, e juros de mora.

### Lei 8.620/93

Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

### Instrução Normativa INSS n. 100/03

Art. 188. São responsáveis solidários pelo cumprimento da obrigação previdenciária principal:

...

§ 2º Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Previdência Social, por dolo ou culpa, conforme Lei nº 8.620, de 1993.

### Código Penal

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele

estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Art. 177 - Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembléia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular.

§ 1º - Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular:

I - o diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou à assembléia, faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo;

II - o diretor, o gerente ou o fiscal que promove, por qualquer artifício, falsa cotação das ações ou de outros títulos da sociedade;

III - o diretor ou o gerente que toma empréstimo à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembléia geral;

IV - o diretor ou o gerente que compra ou vende, por conta da sociedade, ações por ela emitidas, salvo quando a lei o permite;

V - o diretor ou o gerente que, como garantia de crédito social, aceita em penhor ou em caução ações da própria sociedade;

VI - o diretor ou o gerente que, na falta de balanço, em desacordo com este, ou mediante balanço falso, distribui lucros ou dividendos fictícios;

VII - o diretor, o gerente ou o fiscal que, por interposta pessoa, ou conluiado com acionista, consegue a aprovação de conta ou parecer;

VIII - o liquidante, nos casos dos ns. I, II, III, IV, V e VII;

IX - o representante da sociedade anônima estrangeira, autorizada a funcionar no País, que pratica os atos mencionados nos ns. I e II, ou dá falsa informação ao Governo.

§ 2º - Incorre na pena de detenção, de seis meses a dois anos, e multa, o acionista que, a fim de obter vantagem para si ou para outrem, negocia o voto nas deliberações de assembléia geral.

#### Lei 8.884/94

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

...

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinqüenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente.

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

### Lei 10.671/03

Art. 19. As entidades responsáveis pela organização da competição, bem como seus dirigentes respondem solidariamente com as entidades de que trata o art. 15 e seus dirigentes, independentemente da existência de culpa, pelos prejuízos causados a torcedor que decorram de falhas de segurança nos estádios ou da inobservância do disposto neste capítulo.

### Lei 1.521/51

Art. 3º. São também crimes desta natureza:

...

VII - dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para fim de substituição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas;

VIII - exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência;

IX - gerir fraudulentamente ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;

X - fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a um mil cruzeiros com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcar ou de desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.

Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros.

## **Jurisprudência**

O Judiciário tem julgado casos específicos sobre a responsabilidade jurídica de dirigentes de entidades sem fins lucrativos. Considero uma decisão do TRT da 2ª. Região (São Paulo) bastante contundente, importante, e que serve de alerta para os dirigentes, dada à sua clareza e amplitude a respeito da forma com que aquele tribunal, provavelmente, irá doravante enfrentar as questões trabalhistas, tão presentes no dia-a-dia das entidades do Terceiro Setor.

Eis parte do voto do juiz relator:

A ré é uma associação formada por pais e amigos de excepcionais com o propósito de prestar-lhes assistência social (Código Civil, art. 53). É gerida pelos administradores eleitos em assembléia geral (Código Civil, art. 59; fls. 58/61), cujos atos obrigam a pes-

soa jurídica (Código Civil, art. 47). Os bens penhorados pertencentes à executada (fl. 194) não despertaram interesse em hasta pública (fls. 205/206), bem como não surtiu efeito o bloqueio de suas contas bancárias (fl. 216). Esses fatos demonstram que a associação não apresenta liquidez mínima à satisfação da dívida, seja por insolvência, por fraude à execução (CPC, art. 593, II), ou ainda, por abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial (Código Civil, art. 50).

O fato de a ré ser uma associação que não busca auferir lucros para reparti-los entre seus associados não pode servir como um escudo para proteger os bens particulares de seus administradores. Ao contrário, a administração de uma instituição de Utilidade Pública Federal (fl. 177) é um encargo da mais alta relevância, exigindo de sua diretoria grande dedicação e seriedade. Não se pode tolerar irresponsabilidade e descaso dos administradores de uma associação pela simples razão de não receberem, em tese, remuneração por suas atividades, eis que cientes dessa condição quando assumem esse munus público. O risco do empreendimento, pouco importando sua finalidade, não pode ser transferido aos seus empregados, tampouco à sociedade. A responsabilidade pelo gerenciamento de uma associação sempre será daqueles que a administram. ... Assim, os bens dos administradores da ré ficam ao alcance da atividade expropriatória devido ao contido nos arts. 50 do Código Civil e 28, caput e § 5º, do CDC, c/c o art. 8º da CLT, bem como pela aplicação analógica do art. 592, II e V, do CPC. (Agravamento de Petição 02035.1999.382.02.00-1, TRT 2ª. R., 6ª. T.)

Citamos mais alguns julgados que tratam do assunto e outros que podem ser entendidos por analogia à responsabilidade do dirigente de entidades do Terceiro Setor:

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. OPÇÃO PELO REFIS NÃO DEFERIDA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. SANTA CASA DE MISERICÓRDIA. ENTIDADE BENEFICENTE NA ÁREA DA SAÚDE. ADMINISTRADORES NÃO REMUNERADOS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DÚVIDA QUANTO AO DOLO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA.

1. Se o Fisco indeferiu a opção pelo Programa REFIS, não há falar em extinção da punibilidade pela aplicação do art. 15 da Lei n.º 9.964/2000.
2. O procedimento administrativo fiscal, comprobatório dos descontos das contribuições e do não-recolhimento à Previdência, é prova bastante da materialidade do delito capitulado no art. 168-A, § 1º, do Código Penal.
3. A prova colhida durante a instrução autoriza a conclusão de que os réus, na qualidade de gestores da entidade empregadora, praticaram a conduta prevista no art. 168-A, § 1º, do Código Penal.
4. Tratando-se de entidade beneficente, sem fins lucrativos (Santa Casa de Misericórdia), administrada por voluntários não remunerados, a análise do dolo deve ser feita sob outro prisma, diverso daquele que se faz comumente, quando o acusado de apropriar-se das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados é interessado no progresso econômico próprio e de seu negócio.
5. Nessas condições e remanescendo dúvida a respeito da existência do dolo de praticar a conduta delituosa, é preferível absolver os acusados, com fundamento no inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal.
6. Apelação provida. Sentença condenatória reformada. (TRF 3ª Região, Proc. 2003.03.99.012818-0 ACR 14841)

RESPONSABILIDADE DO DIRETOR NA EXECUÇÃO DA SOCIEDADE ANÔNIMA. Não possuindo a executada sociedade anônima bens livres e desembaraçados para satisfazer a execução, legítima é a penhora de bens do diretor, tendo em vista que o descaso da sociedade para com o seu passivo trabalhista, demonstra a sua má gestão, senão dolosa, o que autoriza a responsabilização de seus diretores, por caracterizada a culpa ao longo do contrato de trabalho. Segurança que se denega.

(TRT/SP SDI 12577200400002005 (2577/2004-5) - Mandado de Segurança)

TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. A jurisprudência tem identificado como ato contrário à lei, caracterizador da responsabilidade pessoal do sócio-gerente, a dissolução irregular da sociedade, aquela em que, não obstante os débitos tributários, os respectivos bens são liquidados sem o processo próprio; a presunção aí é a de que os bens foram subtraídos em benefício dos sócios ou dos credores privados, numa ou noutra hipótese com detrimimento da Fazenda Pública.

(REsp 9.245-0-SP)

TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. Ajuizada execução fiscal contra sociedade por quotas de responsabilidade limitada, e não localizados bens desta suficientes para o adimplemento da obrigação, pode o processo ser redirecionado contra o sócio-gerente, hipótese em que este deve ser preliminarmente citado em nome próprio para se defender da responsabilidade imputada, cuja causa o credor deve traduzir em petição clara e precisa. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 7.397-MT)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, CTN. PRECEDENTES.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

2. Em qualquer espécie de sociedade comercial é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou da lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76).

3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato evitado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.

4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.

(REsp. 260.107-RS)

PENHORA. BEM DE SÓCIO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA. O fato do bem atingido pelo ato de constrição pertencer a apelante desde

muito antes da existência da sociedade em nada altera a questão, pois ocorrendo a desconsideração da personalidade jurídica, qualquer bem particular, com exceção dos impenhoráveis, pode ser objeto da constrição, independente de ter sido adquirido antes ou depois da existência da sociedade. Inteligência do artigo 591, CPC. (TJ-RJ, Ap. Cível 2006.001.21771)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SÓCIO-GERENTE. RESPONSABILIDADE PESSOAL PELO NÃO PAGAMENTO DE TRIBUTO. AUSÊNCIA DE PROVA DE INFRAÇÃO À LEI OU ESTATUTO. Nega-se provimento ao agravo regimental, em face das razões que sustentam a decisão recorrida, sendo certo que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que o sócio-gerente de sociedade só pode ser responsabilizado pelo não pagamento de tributo, respondendo com o seu patrimônio, se comprovado, pelo Fisco, ter aquele agido com dolo ou culpa, com infração à lei, do contrato social ou estatuto e que redunde na dissolução irregular da sociedade. Ademais, o não pagamento de tributo, de per si, não caracteriza violação à lei, mormente quando verificado que a sociedade continua em pleno funcionamento, como na hipótese vertente. (Resp. 330.191)

TRIBUTÁRIO. SÓCIO-GERENTE E/OU DIRETOR DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. RESPONSABILIDADE PESSOAL PELO NÃO-PAGAMENTO DE TRIBUTO. ART. 135, III, DO CTN. DOLO. COMPROVAÇÃO IMPRESCINDÍVEL. 1. A responsabilidade do gerente ou diretor de pessoa jurídica de direito privado, pelo não-pagamento de tributo no prazo estipulado, decorre da atuação dolosa que deve ser cabalmente provada. 2. Recurso especial conhecido, porém, improvido. (Resp. 174.532)

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL – REDIRECIONAMENTO CONTRA SÓCIOS DA EMPRESA - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PREVISTAS NO ART. 135, III, DO CTN – PRETENDIDA REFORMA. Não houve a violação do artigo 535 do Código de Processo Civil argüida pela recorrente, uma vez que o tribunal recorrido apreciou toda a matéria recursal devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco se destina a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia observada a res in iudicium ducta. - O não-recolhimento do tributo, por si só, não pode constituir infração legal. É preciso que tenha agido o representante da sociedade com excesso de poderes ou infração de contrato social ou estatuto, na forma do art. 135 do CTN. - Qualquer conclusão no sentido de afirmar ter ou não o sócio agido com abuso de poder dependeria de reexame de aspectos fáticos e probatórios, o que é inviável pela via eleita do especial, a teor da Súmula 7 do STJ. - Recurso especial improvido. (Resp. 653.394)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC – SÚMULA 284/STF – REDIRECIONAMENTO – CITAÇÃO NA PESSOA DO SÓCIO-GERENTE – ART. 135, III DO CTN – DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA.

1. Considera-se deficiente a fundamentação do recurso que, a par de indicar ofensa ao art. 535 do CPC, alega genericamente defeito na prestação jurisdicional, sem indicar com clareza e objetividade os fatos que amparam a suposta violação.
2. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o simples inadimplemento

da obrigação tributária não caracteriza infração à lei, de modo a ensejar a redirecionamento da execução para a pessoa dos sócios.

3. Entretanto, em matéria de responsabilidade dos sócios de sociedade limitada, é necessário fazer a distinção entre empresa que se dissolve irregularmente daquela que continua a funcionar. 4. Tratando-se de sociedade que se extingue irregularmente, cabe a responsabilidade dos sócios, os quais devem provar que não agiram com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder, para se eximirem da obrigação. (REsp. 938.442)

### **Conclusão**

A regra geral é a total separação das obrigações da pessoa jurídica e da pessoa física dos seus dirigentes. Os bens pessoais destes somente serão alcançados e utilizados para pagamento de condenações se ficar provado que agiram com excesso de poder ou descumprimento da lei, do estatuto ou de outras normas internas.

Todavia, a caracterização do descumprimento da lei está cada vez mais “viável”, entendendo-se, por exemplo, que o não pagamento de determinado tributo na data de seu vencimento caracterizaria a infringência às normas legais, atraindo, conseqüentemente, a responsabilização pessoal dos seus dirigentes.

Portanto, as pessoas que exercem cargos em instituições do Terceiro Setor, principalmente estatutários, devem estar absolutamente atentas para o efetivo cumprimento do dia-a-dia burocrático delas, sob pena de comprometem seu patrimônio pessoal em razão de desatenções.

### **Referências**

- BULGARELLI, Waldirio. Regime Jurídico do Conselho Fiscal das S/A. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 6. ed., rev., atual. e ampl. até a EC 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARVALHOSA, Modesto e Nelson Eizirik. A Nova Lei das S/A, São Paulo: Saraiva, 2002.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. Anotações ao Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- DINIZ, Maria Helena in Novo Código Civil Comentado – Coordenador: Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FIÚZA, Ricardo. Novo Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GUERREIRO, Alexandre Tavares. Sobre a Interpretação do Objeto Social. RDM,

vol. 54, p. 67.

NEGRÃO, Theotônio. Código Civil e legislação civil em vigor. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. Código Civil Comentado. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PAES, José Eduardo Sabo. Fundações e Entidades de Interesse Social, Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Lei 10.406/02. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.



## **1.4 - Anotações sobre as alterações produzidas pela Lei n. 12.868/13 na concessão ou renovação do CEBAS**

### **Sobre**

Publicado pela Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, p. 51-70, jul/dez. 2013

### **Introdução**

As modificações acerca da forma de concessão e de renovação da certificação das entidades beneficentes de assistência social foram objeto de comentários publicados na edição número 7 da Revista de Direito do Terceiro Setor (RDTS), editada em janeiro/junho de 2010 (ano 4), publicada pela Editora Fórum.

Naquela oportunidade, contextualizamos o relacionamento entre o Primeiro e o Terceiro Setores, fizemos brevíssimos comentários acerca das primeiras entidades sem fins lucrativos surgidas no Brasil, falamos sobre o início do fomento de tais instituições pelo Estado, traçamos rápidas pinceladas acerca do surgimento do Conselho Nacional de Serviço Social (CNSS), em 1938, e sua sucessão pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), em 1993, e historiamos o surgimento da Lei n. 12.101/09, a partir da contextualização dos fatos acontecidos naquele momento, que culminaram com a revogação das normas que regiam o assunto há mais de onze anos, o que era feito pelo Decreto n. 2.536/98. Destacamos o conteúdo da Lei n. 12.101/09 (e seus 45 artigos) e o fato de ela ser ordinária, e não complementar, como, infelizmente, sói acontecer pelas bandas deste País que insiste em descumprir as regras constitucionais que ele mesmo gerou.<sup>1</sup> Também fizemos o confronto do texto da Lei n. 12.101/09 com a Medida Provisória n. 446/08, que veio a ser rejeitada pela Câmara dos Deputados em 10 de fevereiro de 2009, por meio de ato produzido pelo seu então presidente, o hoje vice-presidente da República Michel Temer. Por conta deste histórico recente, este artigo focará especificamente as modificações ocorridas em 2013,

---

1 Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.163.335, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, j. 30.04.2010.

já que o contexto delas poderá ser consultado no texto publicado em 2010, acima indicado.

A Lei n. 12.101/09 já havia sido alterada pela Lei n. 12.453/11 (o art. 9º desta alterou a redação dos arts. 4º, 5º, 6º e 8º daquela, sendo que a redação de alguns destes foi novamente alterada pela Lei n. 12.868/13), especificamente para as entidades que atuam na área da saúde e pela Lei n. 12.688/12 (o art. 24 desta alterou o art. 17 daquela, sendo que a redação deste último artigo foi alterada pela Lei n. 12.868/13), para as que desenvolvem suas atividades na área da Educação.

Agora, menos de quatro anos depois da edição da Lei n. 12.101/09, lei ordinária (ao invés de complementar, novamente) produz alterações na forma de renovação e concessão do CEBAS, o que motiva a produção deste texto, que objetiva indicar os artigos que tiveram sua redação modificada, comparando as suas redações, e aqueles que foram incluídos na lei primitiva, pois isso implica na mudança da sistemática de atuação dos Ministérios da Educação, Saúde e Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

### **A regulamentação da Lei n. 12.101/09 pelos Ministérios**

Antes de abordar especificamente as mudanças ocorridas em 2013, por coerência cronológica devemos historiar a regulamentação ministerial da Lei n. 12.101/09, até porque ela se referiu por dez vezes a “regulamentos”, que deveriam ser editados pelos ministros das respectivas pastas para estabelecer os requisitos a serem cumpridos pelas entidades sem fins lucrativos.

Apesar da previsão legal, os prazos indicados no texto da Lei n. 12.101/09 não foram cumpridos pelo governo. A inércia do Poder Público mostrou que o previsto no artigo 35 de tal lei não se efetivou, no primeiro momento. Tal artigo prevê que os pedidos de renovação de CEBAS protocolados no CNAS e pendentes de julgamento seriam julgados pelo Ministério da área de atuação da entidade no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da edição da lei, ou seja, até 30 de maio de 2010.<sup>2</sup>

A regulamentação geral da lei só viria oito meses depois da sua edição, por meio do Decreto n. 7.237, de 20 de julho de 2010, que foi alterado pelo Decreto

---

2 A respeito do não cumprimento dos prazos de renovação do CEBAS por parte dos Ministérios, vejam-se os acórdãos n. TC 007.203/2011-0, do TCU – Tribunal de Contas da União, que trata de Relatório de Auditoria realizada nos Ministérios do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e da Saúde, e que possui o seguinte Sumário: Relatório de auditoria. Procedimentos de emissão e renovação de certificados de entidade beneficente de assistência social. Descumprimento do prazo para análise de requerimentos. Renovação tácita e automática de certificados anteriores e ausência de supervisão, com risco de concessão de isenções indevidas e de prejuízos ao erário. Recomendações e determinação (gr); e n. 2.206/09, Plenário, do TCU.

n. 7.300, de 14 de setembro de 2010.

Os Ministérios produziram suas normas internas com muito mais atraso ainda. O Ministério da **Saúde** só veio a editar norma legal para tratar do assunto quase um ano após a edição da Lei n. 12.101/09, o que fez por meio da Portaria nº 3.355, em 04 de novembro de 2010, que dispôs sobre o *processo de Certificação das Entidades Beneficentes de Assistência Social na área da Saúde*. Esta Portaria trazia no seu bojo e nos seus anexos questões quase ininteligíveis e exigia informações que as entidades não tinham condições de produzir, seja porque nunca haviam sido exigidas, seja porque elas não possuíam condições operacionais e nem softwares que pudessem ser utilizados para preparar as informações, e muito menos condições financeiras para adquiri-los. Enfim, a Portaria era a verdadeira *letra morta*, por simples impossibilidade de seu cumprimento.

A equipe técnica que passou a trabalhar em referido Ministério teve sensibilidade suficiente para identificar este cenário macabro e, de forma consciente, passou a dialogar com o setor para que se chegasse a denominador comum que evitasse o fingimento de ambas as partes, diante da existência de norma jurídica impraticável.

A partir da interação havida entre o Ministério da Saúde e a Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas – CMB, além de outros atores da sociedade civil, foi possível a revogação<sup>3</sup> daquela norma por meio da edição da Portaria n. 1.970, de 16 de agosto de 2011, do Gabinete do Ministro, que vige até os dias atuais.

Esta nova Portaria é adequada para regulamentar o assunto porque considerada as características específicas das instituições ao subdividi-las em 6 (seis) classificações, a partir da *“forma como a entidade pretenda comprovar sua condição de beneficente para fins de certificação”*<sup>4</sup>.

São as seguintes as possibilidades de enquadramento das entidades que atuam preponderantemente na área da saúde, cada uma com requisitos próprios que devem ser observados por ocasião do pedido de concessão ou renovação do CEBAS, conforme prevê o art. 9º da Portaria em destaque:

I – entidade que busque a comprovação de sua condição de beneficente pela prestação anual de serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento);

II - entidade que busque a comprovação de sua condição de beneficente pela prestação anual de serviços ao SUS em percentual menor que 60% (sessenta por cento) e por aplicação de percentual da receita efetivamente recebida da prestação de serviços de

<sup>3</sup> Portaria n. 1.970/11, do Gabinete do Ministro da Saúde, art. 66.

<sup>4</sup> Portaria n. 1.970/11, do Gabinete do Ministro da Saúde, art. 9º.

saúde em gratuidade;

III - entidade cujos serviços de saúde não forem objeto de contratação pela ausência de interesse do gestor do SUS e que busque a comprovação de sua condição de beneficente pela aplicação do percentual de 20% (vinte por cento) da receita efetivamente recebida da prestação de serviços de saúde em gratuidade;

IV - entidade que busque a renovação de sua condição de beneficente mediante a realização de projetos de apoio ao desenvolvimento institucional do SUS;

V - entidade que busque a comprovação de sua condição de beneficente pelo estabelecimento de parcerias, além de observar o disposto nos incisos I, II e III deste artigo [9º], no que couber, [...];

VI - entidade que busque a comprovação de sua condição de beneficente conforme o disposto no art. 110<sup>5</sup> da Lei n. 12.249, de 2010, item que foi regulamentado pelo Decreto n. 7.300/11.

Referida Portaria menciona nos seus “considerandos” o Decreto n. 7.530/11<sup>6</sup>, que versa sobre as competências do Departamento Nacional de Certificação de Entidades Beneficentes de Assistência Social em Saúde (DCEBAS/SAS/MS). Além disso, a Portaria GM/MS n. 1.970/11 instituiu o “Comitê Consultivo do DCEBAS/SAS/MS, com a finalidade de assistir o referido Departamento, sem participar da instrução e julgamento do processo de certificação e renovação do CEBAS-SAÚDE”<sup>7</sup>, e que ele “será integrado por representante, titular e suplente, dos seguintes órgãos e entidades:

I – DCEBAS/SAS/MS, cujo Diretor será o representante titular;

II – Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS);

III – Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS);

IV – Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas (CMB); e

V – Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS).”<sup>8</sup>

No que diz respeito ao **Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS)**, ele só veio a editar norma para estabelecer os “procedimentos relativos à certificação de entidades beneficentes de assistência social” em 30 de dezembro de 2010, mais de um ano após a edição da Lei n. 12.101/09, o que fez por meio da Instrução Normativa nº 1, da Secretaria Nacional de Assistência

---

5 Art. 110. As entidades da área de saúde certificadas até o dia imediatamente anterior ao da publicação da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, que prestam serviços assistenciais de saúde não remunerados pelo Sistema Único de Saúde - SUS a trabalhadores ativos e inativos e respectivos dependentes econômicos, decorrentes do estabelecido em Norma Coletiva de Trabalho, desde que, simultaneamente, destinem no mínimo 20% (vinte por cento) do valor total das isenções de suas contribuições sociais em serviços, com universalidade de atendimento, a beneficiários do SUS, mediante pacto do gestor do local, terão concedida a renovação, na forma do regulamento.

6 O Decreto n. 7.530/11 foi revogado pelo Decreto n. 7.797/12, que foi revogado pelo Decreto n. 8.065/13.

7 Portaria n. 1.970/11, do Gabinete do Ministro da Saúde, art. 4º.

8 Portaria n. 1.970/11, do Gabinete do Ministro da Saúde, art. 4º, § 1º.

Social, publicada no Diário Oficial da União de 3 de janeiro de 2011, que foi reafirmada pela Instrução Normativa nº 2, de 18 de janeiro de 2011. Antes, em 30 de setembro de 2010, a então Ministra de referida Pasta editou a Portaria n. 710, que estabelecia “as competências e atribuições relativas à certificação das entidades beneficentes de assistência social” no âmbito daquele Ministério. Tal Portaria foi publicada no Diário Oficial da União em 1º de outubro de 2010.

A Instrução Normativa nº 1, da Secretaria Nacional de Assistência Social, vigorou até 23 de dezembro de 2011, quando a Ministra da Pasta editou a Portaria nº 353, publicada no Diário Oficial da União de 26 de dezembro de 2011, que estabeleceu

as normas e “procedimentos relativos à certificação de entidades beneficentes de assistência social”, no âmbito de tal Ministério, e que revogou<sup>9</sup> expressamente aquela primeira regra jurídica.

A certificação das entidades em tal Ministério foi delegada à Secretaria Nacional de Assistência Social, conforme prevê a Portaria n. 353:

Art. 2º - A certificação será concedida pela Secretaria Nacional de Assistência Social - SNAS às entidades ou organizações de assistência social que realizam ações socioassistenciais de forma gratuita, a quem delas necessitar, sem qualquer discriminação, e segundo o princípio da universalidade, observada a Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, e o Decreto nº 6.308, de 14 de dezembro de 2007. [...]

Em março de 2012, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome editou Orientação Conjunta<sup>10</sup> com o CNAS – Conselho Nacional de Assistência Social. Trata-se de documento que contém 58 páginas e que aborda a “inscrição de entidades de assistência social nos Conselhos de Assistência Social Municipais e do Distrito Federal – CAS, nos termos da Resolução CNAS nº 16/10 e questões frequentes sobre o processo de certificação de entidades beneficentes de assistência social no âmbito do MDS.”

Referido documento faz menção a algumas Resoluções<sup>11</sup> do CNAS que precisam ser obrigatoriamente seguidas pela entidade que atua preponderantemente na área da assistência social e traz modelos (nos anexos) que devem ser utilizados pelas instituições interessadas e/ou enquadradas em tal área de atuação.

O Decreto n. 7.079/10 aprovou a “estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções gratificadas” do MDS e estabeleceu, no artigo 21, as competências do Departamento da Rede Socioassistencial Privada do

9 Portaria n. 353, do Gabinete da Ministra do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, art. 43.

10 <http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/certificacao>, Acesso em 11 abr 2012, 16h04

11 Resoluções CNAS n. 191/05; 237/06; 109/09; 16/10; 27/11; 33/11; 34/11.

Sistema Único de Assistência Social que, dentre várias, possui a de (II) “proceder à certificação das entidades beneficentes de assistência social que prestam serviço ou realizam ações assistenciais, nos termos da Lei n. 12.101, de 27 de novembro de 2009.” Referido Decreto foi revogado pelo artigo 7º do Decreto n. 7.493/11, que entrou em vigor em 17 de junho de 2011 (artigo 6º), e que manteve a mesma previsão e numeração de artigos do decreto anterior.

A título de curiosidade, apenas, consta do site<sup>12</sup> oficial do MDS a pergunta assim formulada: “Quais são os benefícios do Certificado?”, seguida da resposta: “O Certificado é um dos documentos exigidos para solicitar as seguintes isenções de contribuições sociais: a) parte patronal da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento; b) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL; c) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS; d) Contribuição PIS/PASEP; e e) Contribuições dispensadas: as devidas a terceiros, nos termos do artigo 3º, parágrafo 5º da Lei 11.457/07. Importante: a certificação também possibilita o parcelamento de dívidas com o Governo Federal, nos termos do artigo 4º, parágrafos 12 e 13 da Lei nº 11.345, de 14 de setembro de 2006.” (sic)

O Ministério da **Educação** é o que menos produziu regulamentos para tratar da certificação das entidades. O primeiro ato neste sentido foi a edição da Portaria nº 02<sup>13</sup>, de 27 de maio de 2010 [com 6 artigos], da lavra do chefe de gabinete do Ministro de Estado da Educação, que resolveu direcionar à Secretaria de Educação Básica – SEB a atribuição da “certificação das entidades beneficentes de assistência social que atuem preponderantemente na educação básica” e à Secretaria de Educação Superior – SESu a certificação daquelas que atuem preponderantemente na educação superior, conforme se lê dos artigos 2º e 3º, respectivamente.

Quase três meses depois, em 20 de julho de 2010, o Ministro da Educação editou a Portaria nº 920, com 3 artigos, que estabeleceu “os procedimentos para o cadastramento de entidades sem fins lucrativos, atuantes na área da educação, nos termos do disposto no art. 40, parágrafo único, da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009.”

O despacho do Secretário de Regulação e Supervisão da Educação Superior nº 100, datado de 22 de maio de 2013 (DOU Seção 1 – 23.05.2013), determinou que, “a partir de 3 de junho de 2013, os pedidos de concessão ou renovação de Certificação das Entidades Beneficentes de Assistência Social na Área de Educação - CEBAS - EDUCAÇÃO devem ser formalizados exclusivamente por meio do Siste-

12 <http://www.mds.gov.br/falemds/perguntas-frequentes/assistencia-social/certificacao-de-entidades/certificacao-de-entidades>

13 <http://www.audisa.net/arquivos/1279290930.pdf>

ma de Certificação das Entidades Benéficas de Assistência Social – SISCEBAS.”

As entidades que atuam na educação devem observar a Instrução Normativa nº 1, de 15 de julho de 2013, do Gabinete do Ministro, publicada no DOU Seção 1, em 16.07.2013, que “regula os procedimentos de apresentação, recebimento, análise, aprovação, execução e supervisão de celebração de termo de compromisso a ser firmado entre o Ministério da Educação e as entidades beneficentes de assistência social da área e educação, que tiverem seus pedidos de renovação e ou concessão de certificados indeferidos unicamente por não terem cumprido o percentual de gratuidade estabelecido no caput do art. 13 da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, com vistas ao atendimento do quanto estabelecido no art. 24 da Lei nº 12.688/2012, que alterou o artigo 17 da Lei nº 12.101/2009.”

Consta do site<sup>14</sup> do Ministério da Educação que “O certificado CEBAS será concedido pelo MEC à entidade com atuação preponderante na área da Educação, que oferte ensino regular e presencial na Educação Básica (Educação Infantil, Ensino Fundamental, Ensino Médio) e/ou no Ensino Superior, devendo estar cadastrada nos sistemas e-MEC e/ou Educacenso do INEP.” (sic)

### **Alteração da Lei n. 12.101/09 pela MP n. 620/13, que foi convertida na Lei n. 12.868/13**

Desde a sua edição, em 30 de novembro de 2009, a Lei n. 12.101 gerou muita discussão a respeito da consequência da sua aplicação para as instituições sem fins lucrativos. Isso mobilizou muitas entidades, profissionais e políticos para que alguns de seus artigos fossem alterados, o que foi intensamente discutido ao longo dos últimos quatro anos no Parlamento.

Finalmente, no início de setembro de 2013, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei n. 6.149/13 (Projeto de Lei de Conversão - PLV – n. 22/13), cujo texto foi incluído na alteração da Medida Provisória (MP) n. 620, editada em 12 de junho de 2013, que originariamente cuida de aspectos do *Programa Minha Casa Minha Vida (Minha Casa Melhor)*. Poucas semanas antes a Câmara dos Deputados também já havia aprovado a alteração pretendida.

O texto final, aprovado por ambas as Casas, foi para sanção presidencial e transformado na Lei n. 12.868, publicada no Diário Oficial da União de 16 de outubro de 2013. Esta lei não trata unicamente da alteração da Lei n. 12.101/09, mas modifica, também, a Lei n. 12.793/13, para dispor sobre o financiamento de bens de consumo duráveis a beneficiários do Programa Minha Casa, Minha Vida

<sup>14</sup> [http://cebas.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=49%3Acebas-duvidas-gerais&catid=10%3Acertificacao&Itemid=45](http://cebas.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=49%3Acebas-duvidas-gerais&catid=10%3Acertificacao&Itemid=45), acesso em 11 abr 2012, 17h37.

(PMCMV); a Lei n. 12.741/12, que dispõe sobre as medidas de esclarecimento ao consumidor, para prever prazo de aplicação das sanções previstas na Lei n. 8.078/90; e as Leis ns. 12.761/12, 9.532/97 e 9.615/98, além de constituir fonte adicional de recursos para a Caixa Econômica Federal.

A Lei n. 12.868/13 traz alterações profundas e importantes para as entidades sem fins lucrativos, pois trata de diversos pontos a respeito:

a) do destino do protocolo intempestivo de pedidos de renovação do CEBAS;  
b) da extensão de validade do prazo do CEBAS para 5 (cinco) anos, dependendo da data de protocolo do pedido de renovação (entre 30.11.2009 e 31.12.2011);  
c) do prazo de antecedência para protocolo do pedido de renovação do CEBAS, que deixa de ser de 6 (seis) meses e passa a poder ser feito “no decorrer dos 360 (trezentos e sessenta) dias que antecedem o termo final de validade”;

d) do período de cobrança de débitos tributários;  
e) do lançamento de créditos tributários e de seu sobrestamento, no caso de interposição de recurso pela entidade;

f) da possibilidade de remuneração de dirigentes estatutários (máximo de 70% - setenta por cento – do teto do Executivo federal), com alteração do artigo 12 da Lei nº 9.532/97;

g) da possibilidade de cumulação de remuneração pelo exercício de cargo de dirigente estatutário com o empregatício, exceto se houver incompatibilidade de jornadas de trabalho;<sup>15</sup>

h) da substituição da exigência de cumprimento da meta do contrato com o gestor do SUS pela celebração do contrato;

i) da adição de até 10% (dez por cento) ao total da prestação de serviços ofertados ao SUS no caso de a entidade aderir a programas e estratégias prioritárias definidas pelo Ministério da Saúde;

j) da utilização da média de todo o período da certificação, caso a entidade de saúde não cumpra os requisitos para renovação do CEBAS no último ano, desde que prestados no mínimo 50% (cinquenta por cento) de seus serviços ao SUS em cada ano;

k) da aplicação de percentual da receita das entidades que atuam na saúde em

---

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

gratuidade na área da saúde, no caso de não haver interesse do gestor local do SUS na contratação dos serviços ou se o percentual de prestação de serviços ao SUS for inferior a 30%;

l) da possibilidade de certificação de entidades que atuem na promoção da saúde, desde que não haja exigência de contraprestação do usuário pelas ações e serviços de saúde realizados;

m) da possibilidade de certificação de comunidades terapêuticas pelo Ministério da Saúde como entidades de saúde ou como atuantes na promoção da saúde, sendo necessária, neste caso, a aplicação de 30% da sua receita em ações de gratuidade pactuada com o gestor local do SUS;

n) da possibilidade de processos protocolados no ano de 2009 serem analisados conforme o exercício de 2009, ao invés de 2008;

As alterações realizadas na Lei n. 12.101/09 constam dos artigos 6º a 17 da Lei n. 12.868/13.

Eis a correspondência numérica das alterações:

Artigos da Lei n. 12.868/13	Artigos da Lei n. 12.101/09 que foram impactados	Área de atuação da entidade
6º	alterou os artigos 3º, 4º, 8º, 12, 13, 17, 18, 21, 24, 26, 29, 41 e 44 e incluiu os artigos 6º A, 7º A, 8º A, 8º B, 13 A, 13 B, 13 C, 23 A, 38 A e 38 B.	Geral, Saúde, Educação e Assistência Social
7º	6 A	Saúde
8º	24, § 3º	Geral
9º	35	Geral
10	35	Geral
11	18 e 35	Geral e Assistência Social
12	Nenhum específico. Trata de situação.	Geral
13	17 e 26	Educação e Geral
14	Nenhum específico. Refere-se à Lei n. 11.096/05	Educação
15	Nenhum específico. Trata de situação.	Saúde
16	Nenhum específico. Trata de situação.	Educação
17	7º, 9º a 15, 29, 38 A e 38 B	Geral

Para facilitar a visualização das alterações realizadas pelo artigo 6º da Lei n. 12.868/13, apresentamos comparativo do texto até então vigente com o da nova legislação:

Texto primitivo da Lei n. 12.101/09	Texto da Lei n. 12.101/09 alterado pela Lei n. 12.868/13
<p>Art. 3º ... Parágrafo único. O período mínimo de cumprimento dos requisitos de que trata este artigo poderá ser reduzido se a entidade for prestadora de serviços por meio de convênio ou instrumento congênere com o Sistema Único de Saúde - SUS ou com o Sistema Único de Assistência Social - SUAS, em caso de necessidade local atestada pelo gestor do respectivo sistema.</p>	<p>Art. 3º ... Parágrafo único. O período mínimo de cumprimento dos requisitos de que trata este artigo poderá ser reduzido se a entidade for prestadora de serviços por meio de contrato, convênio ou instrumento congênere com o Sistema Único de Saúde (SUS) ou com o Sistema Único de Assistência Social (Suas), em caso de necessidade local atestada pelo gestor do respectivo sistema. (NR)</p>
<p>Art. 4º ... I - comprovar o cumprimento das metas estabelecidas em convênio ou instrumento congênere celebrado com o gestor local do SUS;</p>	<p>Art. 4º ... I - celebrar contrato, convênio ou instrumento congênere com o gestor do SUS; ... § 3º Para fins do disposto no inciso III do caput, a entidade de saúde que aderir a programas e estratégias prioritárias definidas pelo Ministério da Saúde fará jus a índice percentual que será adicionado ao total de prestação de seus serviços ofertados ao SUS, observado o limite máximo de 10% (dez por cento), conforme estabelecido em ato do Ministro de Estado da Saúde. (NR)</p>
<p>Sem correspondente</p>	<p>Art. 6º-A. Para os requerimentos de renovação de certificado, caso a entidade de saúde não cumpra o disposto no inciso III do caput do art. 4º no exercício fiscal anterior ao exercício do requerimento, o Ministério da Saúde avaliará o cumprimento do requisito com base na média do total de prestação de serviços ao SUS de que trata o inciso III do caput do art. 4º pela entidade durante todo o período de certificação em curso, que deverá ser de, no mínimo, 60% (sessenta por cento). § 1º Para fins do disposto no caput, apenas será admitida a avaliação pelo Ministério da Saúde caso a entidade tenha cumprido, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) da prestação de seus serviços ao SUS de que trata o inciso III do caput do art. 4º em cada um dos anos do período de certificação. § 2º A comprovação da prestação dos serviços, conforme regulamento do Ministério da Saúde, será feita com base nas internações, nos atendimentos ambulatoriais e nas ações prioritárias realizadas.</p>

<p>Sem correspondente</p>	<p>Art. 7º-A. As instituições reconhecidas nos termos da legislação como serviços de atenção em regime residencial e transitório, incluídas as comunidades terapêuticas que prestem ao SUS serviços de atendimento e acolhimento, a pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de substância psicoativa poderão ser certificadas, desde que:</p> <p>I - sejam qualificadas como entidades de saúde; e</p> <p>II - comprovem a prestação de serviços de que trata o caput.</p> <p>§ 1º O cumprimento dos requisitos estabelecidos nos incisos I e II do caput deverá observar os critérios definidos pelo Ministério da Saúde.</p> <p>§ 2º A prestação dos serviços prevista no caput será pactuada com o gestor local do SUS por meio de contrato, convênio ou instrumento congêneres.</p> <p>§ 3º O atendimento dos requisitos previstos neste artigo dispensa a observância das exigências previstas no art. 4º.</p>
<p>Art. 8º Não havendo interesse de contratação pelo Gestor local do SUS dos serviços de saúde ofertados pela entidade no percentual mínimo a que se refere o inciso II do art. 4º, a entidade deverá comprovar a aplicação de percentual da sua receita em gratuidade na área da saúde, da seguinte forma:</p> <p>I - 20% (vinte por cento), se o percentual de atendimento ao SUS for inferior a 30% (trinta por cento);</p> <p>II - 10% (dez por cento), se o percentual de atendimento ao SUS for igual ou superior a 30 (trinta) e inferior a 50% (cinquenta por cento); ou</p> <p>III - 5% (cinco por cento), se o percentual de atendimento ao SUS for igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) ou se completar o quantitativo das internações hospitalares e atendimentos ambulatoriais, com atendimentos gratuitos devidamente informados de acordo com o disposto no art. 5º, não financiados pelo SUS ou por qualquer outra fonte.</p>	<p>Art. 8º Não havendo interesse do gestor local do SUS na contratação dos serviços de saúde ofertados pela entidade de saúde ou de contratação abaixo do percentual mínimo a que se refere o inciso II do art. 4º, a entidade deverá comprovar a aplicação de percentual da sua receita em gratuidade na área da saúde, da seguinte forma:</p> <p>I - 20% (vinte por cento), quando não houver interesse de contratação pelo gestor local do SUS ou se o percentual de prestação de serviços ao SUS for inferior a 30% (trinta por cento);</p> <p>II - 10% (dez por cento), se o percentual de prestação de serviços ao SUS for igual ou superior a 30% (trinta por cento) e inferior a 50% (cinquenta por cento); ou</p> <p>III - 5% (cinco por cento), se o percentual de prestação de serviços ao SUS for igual ou superior a 50% (cinquenta por cento). ... (NR)</p>

Sem correspondente	<p>Art. 8º-A. Excepcionalmente, será admitida a certificação de entidades que atuem exclusivamente na promoção da saúde sem exigência de contraprestação do usuário pelas ações e serviços de saúde realizados, nos termos do regulamento.</p> <p>§ 1º A oferta da totalidade de ações e serviços sem contraprestação do usuário dispensa a observância das exigências previstas no art. 4º.</p> <p>§ 2º A execução de ações e serviços de gratuidade em promoção da saúde será previamente pactuada por meio de contrato, convênio ou instrumento congênere com o gestor local do SUS.</p> <p>§ 3º Para efeito do disposto no caput, são consideradas ações e serviços de promoção da saúde as atividades voltadas para redução de risco à saúde, desenvolvidas em áreas como:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>I - nutrição e alimentação saudável;</li> <li>II - prática corporal ou atividade física;</li> <li>III - prevenção e controle do tabagismo;</li> <li>IV - prevenção ao câncer, ao vírus da imunodeficiência humana (HIV), às hepatites virais, à tuberculose, à hanseníase, à malária e à dengue;</li> <li>V - redução da morbimortalidade em decorrência do uso abusivo de álcool e outras drogas;</li> <li>VI - redução da morbimortalidade por acidentes de trânsito;</li> <li>VII - prevenção da violência; e</li> <li>VIII - redução da morbimortalidade nos diversos ciclos de vida.</li> </ul>
Sem correspondente	<p>Art. 8º-B. Excepcionalmente, será admitida a certificação de entidades que prestam serviços de atenção em regime residencial e transitório, incluídas as comunidades terapêuticas, que executem exclusivamente ações de promoção da saúde voltadas para pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de drogas, desde que comprovem a aplicação de, no mínimo, 20% (vinte por cento) de sua receita bruta em ações de gratuidade.</p> <p>§ 1º Para fins do cálculo de que trata o caput, as receitas provenientes de subvenção pública e as despesas decorrentes não devem incorporar a receita bruta e o percentual aplicado em ações de gratuidade.</p> <p>§ 2º A execução das ações de gratuidade em promoção da saúde será previamente pactuada com o gestor local do SUS, por meio de contrato, convênio ou instrumento congênere.</p> <p>§ 3º O atendimento dos requisitos previstos neste artigo dispensa a observância das exigências previstas no art. 4º.</p>
Art. 12 ...	<p>Art. 12. ...</p> <p>Parágrafo único. As entidades de educação certificadas na forma desta Lei deverão prestar informações ao Censo da Educação Básica e ao Censo da Educação Superior, conforme definido pelo Ministério da Educação. (NR)</p>

Os demais artigos da nova legislação apresentam a seguinte redação:

Artigo da Lei n. 12.868/13	Redação
7º	Aplica-se o disposto no art. 6º-A da Lei no 12.101, de 27 de novembro de 2009, aos requerimentos de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, pendentes de decisão na data de publicação desta Lei.
8º	Aos requerimentos de renovação da certificação protocolados antes da publicação desta Lei não se aplica o disposto no § 3º do art. 24 da Lei no 12.101, de 27 de novembro de 2009
9º	Em caso de decisão final desfavorável, publicada após a data de publicação desta Lei, em processos de renovação de que trata o caput do art. 35 da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, cujos requerimentos tenham sido protocolados tempestivamente, os débitos tributários serão restritos ao período de 180 (cento e oitenta) dias anteriores à decisão final, afastada a multa de mora.
10	Em caso de decisão favorável, em processos de renovação de que trata o caput do art. 35 da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, cujos pedidos tenham sido protocolados intempestivamente, os débitos tributários serão restritos ao período de 180 (cento e oitenta) dias anteriores à decisão, afastada a multa de mora.
11	<p>Os processos de que trata o art. 35 da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, que possuam recursos pendentes de julgamento até a data de publicação desta Lei poderão ser analisados com base nos critérios estabelecidos nos arts. 18 a 20 da referida Lei, desde que as entidades comprovem, cumulativamente:</p> <p>I - que atuam exclusivamente na área de assistência social ou se enquadram nos incisos I ou II do § 2º do art. 18 da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009;</p> <p>II - que, a partir da publicação desta Lei, sejam certificadas pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; e</p> <p>III - que o requerimento de renovação tenha sido indeferido exclusivamente:</p> <p>a) por falta de instrução documental relativa à demonstração contábil e financeira exigida em regulamento; ou</p> <p>b) pelo não atingimento do percentual de gratuidade, nos casos das entidades previstas no inciso II do § 2º do art. 18 da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009.</p> <p>§ 1º As entidades referidas no caput terão o prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data de publicação desta Lei, para entrar com requerimentos de complementação de instrução, com o objetivo de fornecer a documentação necessária para análise dos processos conforme os critérios previstos no caput.</p> <p>§ 2º A documentação a que se refere o inciso III do caput corresponde exclusivamente a:</p> <p>I - balanço patrimonial;</p> <p>II - demonstração de mutação do patrimônio;</p> <p>III - demonstração da origem e aplicação de recursos; e</p> <p>IV - parecer de auditoria independente.</p>
12	<p>Os requerimentos de renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social de que trata a Lei no 12.101, de 27 de novembro de 2009, protocolados entre 30 de novembro de 2009 e a data de publicação desta Lei serão considerados tempestivos caso tenham sido apresentados antes do termo final de validade da certificação.</p> <p>Parágrafo único. Os requerimentos de renovação protocolados entre 30 de novembro de 2009 e 31 de dezembro de 2010, no período de até 360 (trezentos e sessenta) dias após o termo final de validade da certificação, serão, excepcionalmente, considerados tempestivos.</p>

13	<p>O disposto no art. 17 da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, aplica-se também aos requerimentos de concessão ou de renovação da certificação pendentes de julgamento definitivo no âmbito do Ministério da Educação na data de publicação desta Lei.</p> <p>§ 1º Se o requerimento de concessão ou de renovação já tiver sido julgado em primeira instância administrativa, estando pendente de julgamento o recurso de que trata o art. 26 da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, o prazo de 30 (trinta) dias para requerer a assinatura do Termo de Ajuste de Gratuidade conta-se a partir da publicação desta Lei.</p> <p>§ 2º As entidades de educação que não tenham aplicado em gratuidade o percentual mínimo previsto na legislação vigente à época do seu requerimento de concessão ou de renovação da certificação deverão compensar o percentual devido nos 3 (três) exercícios subsequentes com acréscimo de 20% (vinte por cento) sobre o percentual a ser compensado, mediante a assinatura de Termo de Ajuste de Gratuidade, nas condições estabelecidas pelo Ministério da Educação.</p>
14	<p>As entidades que aderiram ao Prouni na forma do caput do art. 11 da Lei no 11.096, de 13 de janeiro de 2005, e que possuam requerimentos de concessão ou renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social referentes aos exercícios de 2006, 2007, 2008 e 2009 pendentes de julgamento no Ministério da Educação na data de publicação desta Lei poderão ser certificadas com base nos critérios do art. 10 da Lei no 11.096, de 13 de janeiro de 2005, dispensada a exigência de 1 (uma) bolsa de estudo integral para cada 9 (nove) alunos pagantes.</p>
15	<p>Para os requerimentos de concessão originária e de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social de que trata a Lei no 12.101, de 27 de novembro de 2009, protocolados no ano de 2009 pelas entidades de saúde e pendentes de decisão na data de publicação desta Lei, será avaliado todo o exercício fiscal de 2009 para aferição do cumprimento dos requisitos mínimos de certificação.</p> <p>§ 1º O Ministério da Saúde poderá solicitar documentos e informações que entender necessários para a aferição de que trata o caput.</p> <p>§ 2º Os requerimentos de concessão originária e renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social protocolados no ano de 2009 pelas entidades de saúde que foram julgados e indeferidos serão reavaliados pelo Ministério da Saúde, observada a regra disposta no caput.</p>
16	<p>Para as entidades de educação, os requerimentos de concessão ou renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social de que trata a Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, protocolados até 31 de dezembro de 2015 serão analisados com base nos critérios vigentes até a data de publicação desta Lei.</p> <p>Parágrafo único. Serão aplicados os critérios vigentes após a publicação desta Lei, caso sejam mais vantajosos à entidade postulante.</p>
17	<p>Ficam dispensados, a partir da publicação desta Lei, a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição na Dívida Ativa da União e o ajuizamento da respectiva execução fiscal, e cancelados o lançamento e a inscrição relativos às contribuições de que trata o art. 29 da Lei no 12.101, de 27 de novembro de 2009, em razão do disposto nos arts. 7º e 9º a 15 desta Lei e nos arts. 38-A e 38-B da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009.</p> <p>Parágrafo único. O disposto neste artigo não implicará restituição de quantia paga.</p>

## Conclusão

A situação das entidades sem fins lucrativos portadoras do CEBAS, que foi regida por mais de onze anos pelo Decreto n. 2.536/98, foi profundamente alterada pela Lei n. 12.101/09. Menos de quatro anos depois, as regras são novamente alteradas de forma importante pela Lei n. 12.868/13, editada em 16 de outubro de 2013.

As regras internas editadas pelos Ministérios da Saúde, Educação e do Desen-

volvimento Social e Combate à Fome, que norteiam a concessão e renovação do CEBAS, são volúveis, o que também contribui, e muito, para a sensação de insegurança jurídica com a qual as entidades sem fins lucrativos convivem.

É indiscutível que as alterações promovidas pela Lei n. 12.868/13 são paliativos importantes para minimizar os malefícios que a lei por ela alterada vinha causando às entidades sem fins lucrativos. É esperar para ver se o seu texto vai permanecer vigendo por tempo suficiente para que as instituições consigam trabalhar com cenário sólido, que não se altera em razão da direção do vento.

As entidades sem fins lucrativos que atuam na saúde, na educação e na assistência social, principalmente, devem continuar buscando o reconhecimento de seu protagonismo no atendimento dos cidadãos brasileiros. 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.

Cabe a elas mostrar à sociedade as benesses, efeitos e consequências que suas atividades lhes trazem, exigir do governo, independentemente da sua bandeira, o respeito e reconhecimento que merecem e não se curvarem a arremedos ditatoriais concretizados em legislação tupiniquim que as estrangulam.



## 1.5 - Apropriação indébita de contribuições previdenciárias e entidades do Terceiro Setor

Comentários ao REsp. n. 932.359, do STJ, e ao acórdão do Proc. n.º 2003.03.99.012818-0 do TRF 3ª R.)

### Sobre

Publicado pela Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 197-215, jan/jun 2008.

Josenir Teixeira [...]

Cassiano Garcia Rodrigues

Mestrando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Professor de Processo Civil na Graduação e Pós-Graduação Lato Sensu na Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (UNIDERP). Professor de Processo Civil na Pós-Graduação Lato Sensu da UNAES. Professor de Processo Civil na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Professor de Processo Civil da Escola Superior da Advocacia (ESA). Advogado em Campo Grande (MS).

### Introdução

Uma das várias utopias do legislador constituinte de 1988 foi a de prever, no art. 196 da Constituição Federal, 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*”. Antes, no art. 6<sup>o</sup>, a Constituição Federal elencou os direitos sociais, dentre eles a saúde.

Sabidamente, o Estado brasileiro não consegue, sozinho, oferecer saúde pública aos brasileiros. As pessoas de melhor poder aquisitivo (em torno de 40 milhões) valem-se do sistema de saúde suplementar privado, oneroso, para o atendimento de suas necessidades nessa área. A quem não consegue pagar, ou seja, aos demais 140 milhões de brasileiros, sobra o atendimento na rede pública, por meio do Sistema Único de Saúde, o SUS.

A Constituição Federal (CF) facultou às pessoas jurídicas

---

1 CF, Art.6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

de direito privado (art. 170) a participação em alguns segmentos de mercado. Especificamente em relação à assistência à saúde, a CF foi taxativa no que diz respeito a atuação e participação da iniciativa privada. (art. 199).

Quanto à execução das ações e serviços de saúde, a CF estabeleceu textualmente que esta poderia *“ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”* (art. 197). O legislador constituinte foi além e instituiu que *“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”* (art. 199, §1º). O parágrafo segundo daquele vedou *“a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.”*

Destaque-se: as entidades sem fins lucrativos, que integram o Terceiro Setor, têm preferência na participação complementar do sistema de saúde brasileiro.

### **A realidade do atendimento da saúde**

Na prática, sabemos que em muitos lugares, dada à inoperância ou inexistência do governo, quem oferece atendimento de saúde à população, por intermédio do SUS, são as entidades sem fins lucrativos, especialmente as Santas Casas de Misericórdia, às vezes a única alternativa ali existente.

Não é novidade para ninguém que os valores destinados pelos governos (federal, estaduais e municipais) são insuficientes para que o atendimento da população seja feito de forma a lhes dar a dignidade da pessoa humana, conforme previsto no art. 1º da Constituição Federal. Basta conferir a mídia, quase diariamente.

Em razão disso, os gestores dos hospitais privados fazem verdadeiro malabarismo financeiro com os poucos recursos que recebem, pois eles têm que ser suficientes para atendimento de todas as necessidades daquele estabelecimento, desde a alimentação dos pacientes, passando pelo pagamento dos salários e encargos, até a remuneração dos profissionais que ali desenvolvem suas funções.

### **O caso concreto**

O brevíssimo contexto acima se faz necessário para entendimento do cenário da jurisprudência objeto de nossos comentários. Trata a decisão judicial de uma pessoa jurídica de direito privado, integrante do Terceiro Setor, constituída sob a forma de associação civil sem fins lucrativos, responsável pelo atendimento da saúde da população de uma pequena cidade (Santa Adélia) do interior de São Paulo que possui menos de 15 mil habitantes. Tudo indica que é o único hospital

da cidade, privado, ressalte-se.

Os membros da diretoria estatutária daquela entidade, em razão de dificuldades financeiras, não repassaram os valores retidos dos empregados a título de contribuição previdenciária para o governo federal e utilizaram o dinheiro para pagamento de necessidades mais prementes do próprio estabelecimento hospitalar, dado a ginástica financeira acima relatada. Contra o presidente e os tesoureiros daquela entidade foi instaurado inquérito policial e, posteriormente, ação penal em razão da prática do crime de apropriação indébita prevista no art. 168-A<sup>2</sup> do Código Penal.

O juiz de primeira instância condenou os dirigentes (o presidente e um tesoureiro, pois um deles foi absolvido) a penas restritivas de liberdade e pagamento de multa. Os condenados recorreram da sentença ao Tribunal Regional Federal e foram absolvidos, em que pese estarem presentes todos os requisitos jurídicos formais necessários para que a condenação ocorresse, pois o desembargador federal entendeu que eles não agiram com dolo ao não efetuarem o recolhimento daqueles valores ao fisco.

O desembargador considerou várias “peculiaridades” e “particularidades” do caso concreto para votar “excepcionalmente” pela absolvição. Afirmou ele que “o quadro desenhado nos autos provocou, em meu espírito, fundada dúvida acerca da existência do dolo e de outra alternativa que pudesse ter sido seguida pelos apelantes”, no que foi acompanhado unanimemente pelos seus pares.

Dentre os vários detalhes do caso concreto destacados pelo desembargador colhemos: a) a insuficiência financeira da entidade para honrar seus compromissos e efetuar os recolhimentos legais; b) a não remuneração daquelas pessoas pelo exercício do cargo de dirigentes estatutários;

c) a finalidade não lucrativa da entidade; d) o valor envolvido na ação, de aproximadamente R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), o que, ressaltou o julgador, não atrai a aplicação do princípio da insignificância, até porque não seria o caso; e) a inexistência de provas de má-gestão dos dirigentes da entidade; etc.

Diante da situação específica constante dos autos, o desembargador votou pela absolvição dos acusados, pois ele chegou “... à conclusão de que a decisão de não efetuar o recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados pode, mesmo, ter sido tomada mediante razoável ponderação dos valores intrínsecos postos a confronto, sem que se lhe possa conferir

---

<sup>2</sup> CF, Art.6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

a necessária censurabilidade, inerente a toda ação penal. Deveras, não há notícia de que os réus hajam praticado má gestão, sendo factível que efetivamente tenham tido que sacrificar alguns encargos - inclusive o das contribuições em questão - a fim de manter abertas as portas da Santa Casa e de não privar aquela pequena comunidade de seu único hospital”.

O Ministério Público Federal recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, embasado em precedentes, cassou o acórdão do TRF e decidiu pela aplicação da frieza da lei, no sentido de que “O dolo do crime de apropriação indébita de contribuição previdenciária é a vontade de não repassar à previdência as contribuições recolhidas, dentro do prazo e das formas legais, não se exigindo o animus rem sibi habendi, sendo, portanto, descabida a exigência de se demonstrar o especial fim de agir ou o dolo específico de fraudar a Previdência Social, como elemento essencial do tipo penal”.

### **Precedentes do STJ e julgados do TRF**

É claro que, como cidadãos, devemos zelar pelo cumprimento da lei, independentemente de qualquer circunstância. Como advogados, nossa obrigação é ainda maior, pois é institucional. A decisão do STJ, correta, do ponto de vista técnico-jurídico, se coaduna com os precedentes daquela corte: REsp. nº 802.311-CE, AgRg-REsp. nº 762.255-PE, Rec. HC nº 18.150-MT, TRF-3ª R. Ap. Crim. nº 2003.03.99.031852-6. A decisão do TRF, porém, desceu às minúcias do caso e explorou importante aspecto prático envolvido na questão, que não foi objeto de digressão da instância superior.

É certo que, quando falamos em Direito Penal, há aplicação do brocardo “*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*” (as exceções são de interpretação estrita).<sup>3</sup> Isso porque é elemento do crime a conduta, que deve se enquadrar em todos os núcleos do tipo legal, ou seja, que haja subsunção do fato na norma. Havendo incidência do fato na norma há tipicidade, devendo haver, ainda resultado, nexos causal e culpa.

Edihermes Marques Coelho<sup>4</sup> ensina que “O dolo, de acordo com o finalismo, identifica-se como o somatório da previsão do resultado com a intencionalidade

<sup>3</sup> O artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil prescrevia: “a lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos, que especifica”. Bernardo Pimentel Souza (Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39) afirma: “trata-se de princípio de hermenêutica jurídica herdado do Direito Romano e do Direito Canônico, consagrado expressamente tanto no Código Canônico de 1917 como no Codex de 1983. Eis o teor cânion 18 do Código Vigente: “leges quae poenan statuunt aut liberum iurium exercitium coartant aut excepcionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi”.

<sup>4</sup> Manual de direito penal: parte geral. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 75.

*do agente de praticar a conduta. Pode ser definido como o desejo de concretizar os elementos característicos do tipo penal. Consiste, assim, na consciência do resultado e na vontade de realizar a conduta e, se for o caso, chegar até ele”.*

Os dirigentes da entidade, réus, não agiram com o dolo de deixar de recolher, pois isso se deu em razão do desajuste financeiro da pessoa jurídica. Usando analogia com o Direito Civil, que serve como código de intenções, o legislador traz hipóteses e situações onde a excepcionalidade é causa de afastamento de efeitos da lei. Isso acontece em revisão contratual pela teoria da imprevisão, quando se afasta a mora se o devedor não deu causa a ela, por exemplo. Neste caso há a mesma situação fenomênica: não prejudicar a parte por fato que não deu causa.

O direito à vida e a dignidade da pessoa humana devem prevalecer sobre interesse patrimonial, não podendo nenhuma regra (CP, art. 168-A) lhes retirar eficácia.<sup>5</sup> Não é por outra razão que preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello:<sup>6</sup>

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma regra qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

A hierarquia deve ser respeitada pelas regras em relação aos princípios. Roque Antônio Carrazza<sup>7</sup> ensina que

o princípio jurídico-constitucional, em rigor, não passa de uma norma jurídica qualificada. Qualificada porque, tendo âmbito de validade maior, orienta a atuação de outras normas, mesmo as de nível constitucional (...) mal comparando, acutillar um princípio constitucional é como destruir os mourões de uma ponte, fato que por certo, provocará seu desabamento. Já, lanhar uma regra corresponde a comprometer uma grade desta mesma ponte que, apesar de danificada, continuará de pé.

Para casos como o ora analisado, a extinção da punibilidade somente seria possível com o pagamento da totalidade do valor devido, o que poderia ser feito até o trânsito em julgado da sentença. Na prática, isso se mostra praticamente

5 O direito à vida é preocupação mundial, conforme regulamentação de vários Tratados Internacionais de Direito Humanos, tais como: I - Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 4º n° 1): “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”. II - Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos (artigo 6º n° 1): “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”.

6 Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 549.

7 Curso de direito constitucional tributário. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 38.

impossível, tanto no caso concreto quanto na grande maioria dos demais, pois o dinheiro normalmente é efetivamente utilizado para fazer frente a despesas outras do próprio estabelecimento hospitalar. Neste sentido: TRF-3ª R. RSE nº 2003.61.81.81.006594-2 e REsp. nº 701.848-RS.

Uma das conclusões a que se chega, de várias possíveis, é que os dirigentes de entidades sem fins lucrativos, para salvaguardar sua atuação, não poderiam deixar de recolher ao fisco, sob hipótese alguma, as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, mesmo que isso implique no eventual fechamento açodado e precoce da entidade, hipótese em que o Poder Público deveria fazer as vezes delas. Isso porque, a princípio, a jurisprudência tem firmado entendimento no sentido de basta o dolo de deixar de recolher, “sendo despreciando qualquer outro elemento subjetivo diverso” (STJ, REsp. nº 802.311).

É verdade que encontramos algumas poucas decisões favoráveis aos dirigentes de entidades e empresas, a do TRF 2ª. R. Ap. Crim. nº 2000.50.01.009152-6, assim ementada e transitada em julgado em dez. 2006:

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. Comprovado, pelas testemunhas ouvidas, que, no período dos fatos, a empresa perdeu vários contratos de relevância firmado com seus clientes, fazendo-se necessária a demissão de vários empregados, o que resultou no pagamento de muitas reclamações trabalhistas e na conseqüente dissolução da empresa, e que a situação financeira do réu tornou-se bastante precária, resta configurada a inexigibilidade de conduta diversa. Apelação do MPF não provida e apelação do réu provida.

Houve voto vencido no julgamento acima mencionado, que não dava provimento ao recurso do réu e provia a apelação do MPF (Ministério Público Federal). Todavia, em que pese encontrarmos escassos julgamentos favoráveis aos dirigentes na segunda instância, o STJ tem se manifestado da forma acima mencionada, inclusive no recurso que julgou o caso ora comentado e cassou o acórdão que absolvía os dirigentes, publicado em fev. 2008.

### **Sinalização do STF**

Em recente julgamento (mar. 2008), o Supremo Tribunal Federal acenou com precedente que poderá alterar a postura do Judiciário até então adotada em relação à prática do crime de apropriação indébita, com repercussão no âmbito do STJ, inclusive, o que poderá mudar radicalmente o cenário hoje existente.

O STF entendeu que a apropriação indébita é um crime material e que, para sua configuração, o dinheiro não recolhido aos cofres públicos deveria ter sido

utilizado pelo dirigente em proveito próprio, para fins pessoais, com prova inequívoca disso nos autos. Trazendo essa interpretação para o caso ora analisado, a absolvição dos dirigentes seria de rigor, pois eles não se beneficiaram pessoalmente da contribuição não recolhida, sendo o valor destinado ao pagamento de outros itens de custeio do próprio hospital que geriam.

Além disso, o STF entendeu que o processo administrativo de discussão do débito previdenciário deve ser encerrado formalmente para, somente após, iniciar o inquérito policial, postura diferente da hoje adotada e recepcionada pelo STJ.

### **Conclusão**

O não cumprimento da legislação deve ser punido, por óbvio. Todavia, o problema relatado pelas decisões comentadas deve ser objeto de intenso e imediato debate entre o governo e a sociedade civil, pois além de antigo, muitos dirigentes não estão mais dispostos a assumir obrigações que podem colocar seu patrimônio e liberdade em risco. Há que se compatibilizar o cumprimento de dispositivos constitucionais com a almejada e necessária segurança jurídica de todos os partícipes das relações jurídicas criadas que instrumentalizam o atendimento do hipossuficiente. Tratar a assunto contido nas decisões comentadas unicamente sob o ponto de vista jurídico-penal é analisar a situação de forma míope e ignorar o contexto macro do tratamento do cidadão brasileiro de forma digna, conforme manda a Constituição Federal.



## 1.6 - Até quando?

### Sobre

Publicado em Enfoque Jurídico, n. 7, jul/ago/set/2007, p. 1.

Não é de hoje que artifícios governamentais colocam a filantropia (falo do CEBAS) em risco. Porém, nunca este risco foi tão iminente. Eu diria até inexorável.

O governo depende das entidades sem fins lucrativos para cumprir suas obrigações constitucionais. Todavia, quanto à importância da filantropia, ele é apático, estóico, insensível e está em estado de esmaecimento, numa passividade alucinante em agir no fortalecimento das entidades parceiras.

Ao invés de apoiar as entidades, e aqui falo das sérias, o governo maquina formas diabólicas de as extinguirem, com exigências descabidas e ilegais, visando fazer com que elas sucumbam, com a pretensa engorda dos cofres públicos.

O setor está em ebulição. Entidades estão agonizando sozinhas, isoladas, caladas e humilhadas. Dirigentes estão tendo seu patrimônio comprometido com dívidas tributárias impagáveis.

Está passando da hora de o governo pensar profunda e responsabilmente sobre essa situação e se conscientizar sobre o tamanho do buraco em que o Brasil está se metendo ao desprestigiar e combater as entidades sem fins lucrativos, principalmente as filantrópicas. As sérias, repito.

Nunca a união do setor foi tão exigida, necessária e imprescindível.

Pena que nem todos têm essa consciência!



## Sobre

Publicado pela Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jul./dez. 2008.

# 1.7 - CEBAS - A necessidade de cumprimento de requisitos legais supervenientes

## Comentários à Súmula nº 352 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Josenir Teixeira [...]

Juliana Gomes Ramalho

Advogada Sênior do escritório Mattos Filho, Veiga Filho e Marrey Jr. e Quiroga Advogados. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especializada 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. Monitora do curso de Direito do Terceiro Setor da Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP. Especializada em Direito Ambiental pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP. Mestre em Direito (LL.M) pela Universidade de Columbia, nova York (EUA). Associada estrangeira do escritório Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton LLP.

### Introdução

Prevê o texto da Súmula nº 352 do STJ, editada em 2008: *“A obtenção ou a renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) não exige a entidade do cumprimento dos requisitos legais supervenientes.”* Tal súmula é fruto de decisões da Primeira Seção do STJ que analisaram o direito adquirido das entidades beneficentes de assistência social à isenção prevista pela Lei nº 3.577/59 e materializa um nítido movimento contrário às entidades sem fins lucrativos.

De fato, há algum tempo, a concessão ou renovação do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos (CEFF), antiga denominação do atual CEBAS<sup>1</sup> (Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social), tem sido objeto de muitas manifestações e discussões, a maior parte delas desfavorável

<sup>1</sup> A alteração do nome do certificado foi determinada pela Medida Provisória nº 2.129-7/01.

às entidades sem fins lucrativos.

Um jornal de circulação nacional, por exemplo, em 2001 e 2002, publicou algumas dezenas de artigos destacando fatos pretensamente desabonadores praticados por algumas entidades sem fins lucrativos. Nenhum destes artigos destacou pontos positivos das entidades que compõe o chamado “Terceiro Setor”, fazendo com que a opinião pública tenha acesso somente a informações parciais e percebam o segmento de forma, no mínimo, distorcida. Desde então, e com mais ênfase a partir de 2004, as entidades sem fins lucrativos, principalmente as portadoras do CEBAS, têm sido alvo de intensas críticas, gerando um patente desgaste perante a opinião pública.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça exterioriza, pois, a fragilidade dessas entidades em se firmar como imprescindíveis na realização de atividades assistenciais que, a princípio, deveriam ser disponibilizadas pelo Estado. A Súmula também corporifica a fragilidade do tão proclamada “segurança jurídica”, eis que a mesma Corte que agora editou a súmula aqui comentada adotava, até bem recentemente, postura exatamente contrária. Para melhor entendimento do assunto convém analisarmos o histórico legislativo e jurisprudencial que cerca o tema.

### **Histórico legislativo**

Em 1959, o art. 1º da Lei nº 3.577 estabeleceu:

Art. 1º. Ficam isentas da taxa de contribuição de previdência aos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões as entidades de fins filantrópicos reconhecidas como de utilidade pública, cujos membros de suas diretorias não percebam remuneração.

Assim, se a instituição fosse declarada como de utilidade pública e não remunerasse seus diretores, faria jus à “isenção” às contribuições previdenciárias.

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 1.572/77 revogou a “isenção” prevista na lei acima mencionada, mas assegurou o referido benefício às entidades reconhecidas como de utilidade pública:

Art. 1º. Fica revogada a Lei nº 3.577, de 4 de julho de 1959, que isenta da contribuição de previdência devida aos Institutos e Caixas de Previdência e Pensões unificados no Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, as entidades de fins filantrópicos reconhecidas de utilidade pública, cujos diretores não percebam remuneração.

Parágrafo 1º. A revogação a que se refere este artigo não prejudicará a instituição que tenha sido reconhecida como de utilidade pública pelo Governo Federal até a data da publicação deste Decreto-lei, seja portadora de certificado de fins filantrópicos com validade de prazo indeterminado e esteja isenta daquela contribuição.

Parágrafo 2º. A instituição portadora de certificado provisório de entidade de fins filantrópicos que esteja no gozo da isenção referida no caput deste artigo e tenha requerido ou venha a requerer, dentro de 90 (noventa) dias a contar do início da vigência deste decreto-lei, o seu reconhecimento de utilidade pública federal continuará gozando da aludida isenção até que o Poder Executivo delibere sobre aquele requerimento.

Em 1988, a Constituição Federal determinou que “são isentas<sup>2</sup> de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei” (art. 195, §7º). Sem entrarmos no mérito sobre qual seria o instrumento legislativo apto a definir os requisitos que condicionem a fruição da imunidade (lei ordinária ou complementar) - discussão que se encontra pendente no Supremo Tribunal Federal - o STJ sempre entendeu que as exigências “estabelecidas em lei” seriam aquelas previstas no art. 55 da Lei nº 8.212/91, que determina:

Art. 55. Fica isenta das contribuições sociais de que tratam os artigos 22 e 23 desta Lei, a entidade beneficente de assistência social que atenda cumulativamente:

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

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

III - promova assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais e pessoas carentes;

IV - não percebam os seus diretores conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores remuneração ou não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título;

V - aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus institucionais, apresentando, anualmente ao órgão do INNS, relatório circunstanciado de suas atividades.

§1º. Ressalvados os direitos adquiridos, a isenção de que trata este artigo será requerida ao Instituto Nacional do Seguro Social, que terá prazo de 30 (trinta) dias para despachar o pedido. (gn)

O inciso II acima transcrito estabelece que, para usufruir da “isenção”, a entidade deve ser portadora do Certificado e do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos (atual CEBAS), fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), renovado a cada três anos, atualmente. Os requisitos necessários para

---

<sup>2</sup> Não se sabe ao certo qual a intenção do legislador constituinte ao inserir a palavra “isentas” no texto da Carta Magna. No entanto, a maior parte da doutrina, como Roque Antonio Carraza, Paulo de Barros Carvalho, Sacha Calmon Navarro Coelho e Ives Gandra Martins, entendem que se trata de um equívoco do legislador e que, na realidade, a desoneração tributária prevista no referido artigo seria hipótese de “imunidade”. O Supremo Tribunal Federal - STF firmou o entendimento de que a cláusula transcrita no art. 195, §7º da Carta Política - não obstante referi-se impropriamente à isenção de contribuição para a seguridade social - contemplou as entidades beneficentes de assistência social com o favor constitucional da imunidade tributária (RMS 22.192-9/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19 dez. 1996).

a obtenção do CEBAS foram, primeiramente, previstos no Decreto nº 752/93 e, atualmente, no art. 3º do Decreto nº 2.536/98, que assim determina:

Art. 3º Faz jus ao Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social a entidade beneficente de assistência social que demonstre, nos três anos imediatamente anteriores ao requerimento, cumulativamente:

I - estar legalmente constituída no País e em efetivo funcionamento;

II - estar previamente inscrita no Conselho Municipal de Assistência Social do município de sua sede se houver, ou no Conselho Estadual de Assistência Social, ou Conselho de Assistência Social do Distrito Federal;

III - estar previamente registrada no CNAS;

IV - aplicar suas rendas, seus recursos e eventual resultado operacional integralmente no território nacional e na manutenção e no desenvolvimento de seus objetivos institucionais;

V - aplicar as subvenções e doações recebidas nas finalidades a que estejam vinculadas;

VI - aplicar anualmente, em gratuidade, pelo menos vinte por cento da receita bruta proveniente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, de locação de bens, de venda de bens não integrantes do ativo imobilizado e de doações particulares, cujo montante nunca será inferior à isenção de contribuições sociais usufruída;

VII - não distribuir resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob nenhuma forma ou pretexto;

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

IX - destinar, em seus atos constitutivos, em caso de dissolução ou extinção, o eventual patrimônio remanescente a entidades congêneres registradas no CNAS ou a entidade pública;

X - não constituir patrimônio de indivíduo ou de sociedade sem caráter beneficente de assistência social.

XI - seja declarada de utilidade pública federal.

## **Histórico jurisprudencial**

### **Entendimento passado**

Até 2007, analisando toda a evolução legislativa acima relatada, o STJ possuía jurisprudência firmada no sentido de que a entidade que fosse declarada de utilidade pública federal e portadora do CEFF com prazo indeterminado antes da publicação do Decreto-Lei nº 1.572/77, teria direito adquirido à imunidade prevista no art. 195, §7º, da Constituição Federal e, conseqüentemente, à manutenção e renovação do CEBAS, de modo que a Administração Pública, com fundamento no Decreto nº 752/93 - atualmente 2.536/98 - não poderia impor-lhe novos requisitos para obtenção do CEBAS, pois estaria extrapolando irregularmente os requisitos anteriormente estabelecidos pela legislação ordinária.

Neste sentido é válida a leitura das seguintes decisões:

IMUNIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ENTIDADE FILANTRÓPICA. LEI Nº 3.577/89. ART. 195, §7º DA C. FEDERAL.

As entidades filantrópicas e beneficentes de assistência social reconhecida como de utilidade pública federal, de acordo com a legislação pertinente e anteriormente à promulgação do Decreto-lei nº 1.577/77, tem direito adquirido à imunidade tributária e, em consequência, ao Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos. (MS 5.930/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 23.8.1999)

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ENTIDADE FILANTRÓPICA. CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE. EXPEDIÇÃO. LEI Nº 3.577/59. DIREITO ADQUIRIDO. IMUNIDADE.

1. A legislação ordinária, a cada alteração feita nos requisitos necessários para fruição da imunidade em relação à contribuição previdenciária, sempre ressalvou o direito daqueles que já eram imunes por preencherem os pressupostos exigidos pela lei revogada.

2. O direito adquirido, no caso, deve ser entendido como o direito à manutenção da imunidade enquanto a entidade continuar preenchendo os requisitos constantes da legislação vigente à época de sua obtenção.

3. Reconhecendo o direito à isenção quando o único pressuposto para tal era o de que a entidade assistencial não remunerasse seus diretores e, permanecendo ela nessa mesma condição, continua a fazer jus ao benefício.

4. Constatado o direito à imunidade, há que, necessariamente, ser visualizado o direito à expedição do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social \_ CEBAS.

5. Segurança concedida.

(MS 8.403/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 16.12.2002)

DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA DO STJ. ATO DO MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (CEBAS). CANCELAMENTO. PROVIMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO PELO INSS. ENTIDADE DECLARADA DE UTILIDADE PÚBLICA ANTES DO DECRETO-LEI 1.572/77. DIREITO ADQUIRIDO À OBTENÇÃO DO CEBAS. ORIENTAÇÃO DA PRIMEIRA SEÇÃO. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Considerando que o ato impugnado foi proferido por Ministro de Estado, é evidente a competência deste Pretório para o julgamento do presente mandamus (CF, art. 105, I, "b")

2. A exegese da legislação de regência (Lei 3.577/59, art. 1º; Decreto-Lei 1.572/77, art. 1º, §1º, Lei 8.212/91, art. 55, §1º.) indica que a impetrante, reconhecida como entidade de utilidade pública antes da entrada em vigor do Decreto 1.572/77, possui direito adquirido à imunidade prevista no art. 195, §7º, da Constituição Federal.

3. A Administração Pública, com fundamento no Decreto 752/93 - atualmente nº 2.536/98 - não poderia impor à impetrante novos requisitos para obtenção do CEBAS, pois estaria extrapolando de forma irregular as exigências anteriormente estabelecidas pela legislação ordinária.

4. Conclui-se que a impetrante possui direito líquido e certo à pretendida expedição do CEBAS, pois, conforme, suficientemente demonstrado pelos documentos que instruíram a petição inicial, preenche os requisitos legais necessários para obtenção do referido certificado. (MS 10.091/DF, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 20.06.2005)

Adotando o mesmo posicionamento, podem ser citados os julgados: MS 10.392/DF, Rel. Min Luis Fux, DJ 27 jun. 2005; AgRg no MS 10.510/DF, Rel. Min.

Teori Albino Zavascki, *DJ* 30 maio 2005; MS 9.220/DF, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 7 jun. 2004; MS 8.867/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 26 mar. 2003.

### **Decisões que originaram a Súmula**

Ocorre que o STJ, ao apreciar o MS 11.394/DF, Rel. Min Luiz Fux, *DJ* 02 abr. 2007, reformulou a orientação anteriormente firmada sobre o tema e consignou que, “por inexistir direito adquirido a regime tributário, ainda que a entidade tenha sido reconhecida como de caráter filantrópico na forma do Decreto nº 1.572/77, não há óbice à exigência de que ela satisfaça os requisitos previstos na legislação superveniente, no caso a Lei nº 8.212/91, a fim de que usufrua do benefício fiscal.”

Imediatamente a essa decisão, seguiram outros cinco acórdãos que deram origem à Súmula ora comentada (MS 10.558/DF, Rel. Min. José Delgado, *DJ* 13 ago. 2007; MS 11.231/DF, Rel. Min Denise Arruda, *DJ* 10 set. 2007; MS 9.229/DF, Rel. Min Castro Meira, *DJ* 17 dez. 2007; MS 12.517/DF, Rel. Herman Benjamin, *DJ* 19 dez. 2007 e AgRg no MS 10.757/DF, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 03 mar. 2008). Alguns dos julgados se aprofundaram no tema, enquanto outros apenas decidiram o processo sem julgamento do mérito, eis que entenderam que a via mandamental não seria adequada ao caso, conforme pode ser visto das ementas abaixo:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO FISCAL-PREVIDENCIÁRIA. INSTITUIÇÃO PRIVADA DE ENSINO SUPERIOR. ISENÇÃO/IMUNIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. RECONHECIMENTO DA NATUREZA FILANTRÓPICA. EXPEDIÇÃO DO CEBAS. EXIGÊNCIA DE ATENDIMENTO AOS REQUISITOS LEGAIS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PERCENTUAL DE 20% DE GRATUIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO.

1. Trata-se de mandado de segurança manejado pela Universidade Católica de Petrópolis, com o objetivo de desconstituir decisão administrativa proferida pelo Ministro da Previdência e Assistência Social, que indeferiu pedido de renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social. Denegada a liminar, o agravo regimental interposto pela Universidade postulante foi provido, para o fim de reconhecer o direito adquirido à isenção da quota patronal previdenciária, bem assim o direito à obtenção do CEBAS.

2. O enfoque da ação ora analisada não é a existência ou a inexistência de eventual direito adquirido ao indicado favor fiscal, mas sim o cumprimento ou o descumprimento de exigência legal trazida expressamente pela Lei 8.212/91, que pressupõe o atendimento ao percentual de 20% de gratuidade e demanda a realização de acurado processo de dilação probatória, incompatível com a via do mandado de segurança;

3. A autoridade fiscal não deixou de reconhecer a isenção fiscal da entidade de ensino impetrante, mas se limitou a aplicar critério de verificação da efetiva continuidade e atendimento do objeto social de beneficência e assistência social (no caso, mediante a verificação do atendimento ao percentual de 20% de gratuidade), estando ausente, desta forma, a apontada ilegalidade e abusividade do ato administrativo impugnado;

4. A própria evolução da legislação aplicada ao tema, até mesmo mediante interpretação literal, afasta o pretendido direito adquirido à isenção. Em sentido contrário, aliás, é expressamente estabelecido que a entidade que perder a natureza de utilidade pública, perde também a isenção da contribuição previdenciária (art. 2º do Decreto 1.572, de 1/09/77);
5. O Supremo Tribunal Federal, ao emitir pronunciamento sobre a questão, é firme ao afastar a tese de existência de direito adquirido ao CEBAS e, conseqüentemente, do benefício à isenção tributária previdenciária;
6. A isenção fiscal não pode ser empregada como uma benesse, mera indulgência. Em sentido diverso, deve ser empregada como importante instrumento de ação social, pela necessária prevalência do interesse público em relação ao interesse particular;
7. A pretensão formulada pela Universidade Católica de Petrópolis é substancialmente contraditória, o que resulta em seu manifesto descabimento. Isso porque, se a finalidade dessa instituição é, precipuamente, a prática de atos de benemerência, de utilidade pública e fins sociais, não é sequer razoável que questione a necessidade de atender a um percentual de 20% de gratuidade em suas atividades, notadamente a atividade de ensino;
8. Embora o Decreto nº 2.536/98 tenha revogado o Decreto nº 752/93, foram preservados os critérios para o deferimento do CEBAS, sendo certo que o atendimento ao percentual de 20% de gratuidade é apenas um dos requisitos de observância necessária pela instituição de natureza filantrópica. No caso em exame, o indeferimento do CEBAS foi exatamente pelo não suprimento dessa faixa de gratuidade.
9. Mandado de segurança denegado, tornando-se extintos, conseqüentemente, os efeitos da liminar expedida em sede de agravo regimental. (MS 10.558)

DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO SENHOR MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (CEBAS). CANCELAMENTO. PROVIMENTO DO RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO PELO INSS. ENTIDADE DECLARADA DE UTILIDADE PÚBLICA ANTES DO DECRETO-LEI 1.572/77. DIREITO ADQUIRIDO À OBTENÇÃO DO CEBAS. ORIENTAÇÃO DA PRIMEIRA SEÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO-DEMONSTRADO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1. Pretende a impetrante a concessão de ordem consistente na manutenção de seu Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, cujo cancelamento havia sido determinado pelo Senhor Ministro de Estado da Previdência Social, ao dar provimento ao recurso administrativo interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.
2. Esta Primeira Seção tinha jurisprudência firmada no sentido de que a entidade reconhecida como de caráter filantrópico antes da publicação do Decreto-Lei 1.572/77 possuía direito adquirido à manutenção e renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, de modo que a Administração Pública, com fundamento no Decreto 752/93 - atualmente 2.536/98 - não poderia impor-lhe novos requisitos para a obtenção do CEBAS, pois estaria extrapolando de forma irregular os requisitos anteriormente estabelecidos pela legislação ordinária.
3. Ao apreciar o MS 11.394/DF (Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 2.4.2007), este Colegiado reformulou a orientação anteriormente firmada sobre o assunto, consignando que, por inexistir direito adquirido a regime tributário, ainda que a entidade tenha sido reconhecida como de caráter filantrópico na forma do Decreto-Lei 1.572/77, não há óbice à exigência de que ela satisfaça os requisitos previstos na legislação superveniente, no caso a Lei 8.212/91, a fim de que usufrua do benefício fiscal.
4. Na hipótese dos autos, a renovação do CEBAS foi indeferida pela autoridade im-

petrada, sob o fundamento de que a demandante não preencheu o requisito previsto no art. 18, IV, da Lei 8.742/93, c/c o 3º do Decreto 2.536/98, qual seja a aplicação do percentual de vinte por cento (20%) da receita bruta em gratuidade.

5. Mostra-se inadequada a presente ação mandamental, haja vista que não houve demonstração de plano do suposto direito líquido e certo da impetrante à renovação do referido certificado, sendo imprescindível, in casu, a produção de prova pericial a fim de se verificar o cumprimento do mencionado requisito, providência inviável em sede de mandado de segurança, ante a impossibilidade de dilação probatória.

6. Processo extinto sem resolução do mérito (art. 267, VI, do CPC). (MS 11.231)

### **A Súmula**

De acordo com o atual entendimento do STJ, não há imutabilidade no regime tributário e, no atual regime, as entidades beneficentes de assistência social estão obrigadas ao cumprimento dos requisitos legais para obtenção do CEBAS, indispensável para o reconhecimento de “isenção”. Com efeito, o ministro Luiz Fux, no julgamento do MS 11.394-DF, afirmou que *“não há direito adquirido a regime jurídico tributário”* e *“a declaração de intributabilidade pertinente a relações jurídicas que se sucedem no tempo não ostenta o caráter de imutabilidade e de normatividade de forma a abranger eventos futuros”*. O ministro Teori Zavascki acompanhou o entendimento, afirmando que *“independentemente do prazo do certificado - se indeterminado ou determinado - não há direito adquirido a manutenção de regime fiscal. O direito adquirido diz respeito a situações passadas, não às futuras.”*

Por outro lado, a ministra Eliana Calmon, ao lavrar o acórdão do MS 9.229 (no qual o ministro Castro Meira foi voto vencido em prol do direito adquirido) afirmou que *“as entidades beneficentes e filantrópicas enquadram-se em uma das seguintes situações: 1) preenchem os três requisitos do Decreto-lei nº 1.572/77 e, nesse caso, não estão sujeitas às disposições da Lei nº 8.212/91 (e Decreto nº 752/93) e à Lei nº 8.742/93 (e Decreto nº 2.536/98), no que diz respeito às exigências para obtenção do CEBAS; 2) não preenchem os três requisitos do Decreto-lei nº 1.572/77 e, portanto, submetem-se à legislação posterior, no que diz respeito às exigências para obtenção do CEBAS. Ou seja, para a ministra, ainda existem duas situações distintas e, no primeiro caso, pode ser visualizado o direito adquirido da entidade.*

Independentemente das situações delineadas pela Ministra, o atual posicionamento do STJ legitima a exigência da aplicação do percentual de 20% (vinte por cento) em gratuidade<sup>3</sup> - razão de 90% dos indeferimentos de CEBAS de entidades

<sup>3</sup> Art. 3º - Faz jus ao Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos a entidade beneficente de assistência social que demonstre, nos três anos imediatamente anteriores ao requerimento, cumulativa-

- contrariando, frise-se, a decisão liminar do ministro Moreira Alves na ADIN nº 2.028-5, pelo qual foi afastado o requisito da promoção gratuita da assistência social.

Nesse diapasão, vale ressaltar que a decisão final da mencionada ADIN - que pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) - pode impactar o atual entendimento do STJ. Além disso, as futuras discussões no STF quanto ao veículo legislativo adequado à regulamentação da imunidade prevista no art. 195, §7º da Constituição Federal, também poderão colaborar para eventual mudança de posicionamento. Isso porque, caso o STF entenda que a referida desoneração tributária deve ser regulamentada por lei complementar, como defende a maioria dos tributaristas, os requisitos previstos na Lei nº 8.212/91 (lei ordinária), poderão ser duramente questionados.

### **Conclusão**

A Súmula é, de acordo com o regimento interno do STJ, a “jurisprudência firmada” pelo Tribunal. De acordo com o próprio STJ, “a súmula é utilizada para garantir a segurança jurídica, promover a celeridade processual e evitar a multiplicação de processos sobre questões idênticas. (...) Com ela, questões que já foram exaustivamente decididas podem ser resolvidas de maneira mais rápida mediante a aplicação de precedentes já julgados.”<sup>4</sup>

Assim, por ora, está enterrada, no STJ, qualquer discussão sobre o direito adquirido das entidades beneficentes de assistência social. Todavia, pergunta-se: se já havia entendimento anterior pacificado há anos, porque agora, com apenas seis decisões, a jurisprudência foi “firmada” e, agora sim, garantirá “segurança jurídica”?

Talvez a comentada Súmula garanta a segurança jurídica da Receita Federal, mas é mais uma ofensa à tão negligenciada imunidade prevista no art. 195, § 7º da Carta Magna.

---

mente: (...)

VI - aplicar anualmente, em gratuidade, pelo menos vinte por cento da receita bruta proveniente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, de locação de bens, de venda de bens não integrantes do ativo imobilizado e de doações particulares, cujo montante nunca será inferior à isenção de contribuições sociais usufruída; (...).

4 <<http://jurisprudenciaemrevista.wordpress.com/2008/08/07/stj-ja-tem-357-sumulas/>>.



## 1.8 - Imunidade tributária e entidades assistenciais

### Comentários à ADIN nº 2.028-DF, do Supremo Tribunal Federal

#### Sobre

Publicado pela Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 191-197, jan/jun 2007.

Josenir Teixeira [...]

Ana Carolina Hohmann  
Advogada em Curitiba.

#### Introdução

A Lei federal nº 9.732/98, cuja inconstitucionalidade é arguida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.028-5, do Distrito Federal, pode ter seu vício de constitucionalidade analisado sob dois aspectos distintos: os materiais e os formais. Enquanto os primeiros referem-se ao conteúdo da norma, os segundos tratam dos aspectos referentes ao processo legislativo adequado, face as alterações que a lei traz.

Dentre as alterações advindas da lei de 98, está aquela que ocorre no inciso III do artigo 55 da Lei nº 8.212, que isenta as entidades beneficentes de assistência social de contribuir à seguridade social. De acordo com o texto original, estavam isentas aquelas entidades que promovessem a “assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes”. A redação dada pela Lei federal nº 9.732 determina que a isenção será concedida tão somente às entidades que promovam gratuitamente e em caráter exclusivo a assistência social beneficente àquelas pessoas. Aquelas entidades que não praticam a assistência em caráter gratuito e exclusivo às pessoas carentes gozarão de isenções de forma proporcional, nos termos do artigo 4º da Lei federal nº 9.732/98.

A mesma Lei nº 9.732 tem ainda o condão de cancelar toda e qualquer isenção concedida, em caráter geral ou especial, de contribuição para a Seguridade Social em desconformidade com o art. 55 da Lei nº 8.212, de 1991, na sua nova redação, ou com o seu artigo 4º.

No âmbito material, a alteração relevante, e portanto merecedora de análise, trazida pela Lei federal nº 9.732/98, relativa à temática da “Assistência Social”, refere-se à restrição feita pela lei ao conceito de assistência social. Este tema também é objeto da apreciação do excelentíssimo Ministro Moreira Alves, relator da ADIN nº 2.028-5, em sua decisão liminar.

Nos presentes comentários será examinado, primeiramente, o aspecto material da alteração da lei cuja inconstitucionalidade é arguida, para então atacar-se o viés tributário.

Metodologicamente, optou-se por demonstrar, inicialmente, o conceito de “Assistência Social” trazido pela Constituição da República e pela Lei Orgânica de Assistência Social. Em seguida são examinados os dispositivos da Lei federal nº 8.212/91, em seu texto original, e as alterações feitas pela Lei federal nº 9.732/98.

## **Aspectos materiais**

### **Assistência social na Constituição da República**

O tema da assistência social é tratado pela Constituição da República em seus artigos 203 e 204, in verbis:

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.

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.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

- I - despesas com pessoal e encargos sociais;
- II - serviço da dívida;
- III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.”

Dos dispositivos constitucionais transcritos é possível extrairmos algumas observações importantes.

Primeiramente, de que o sujeito passivo da assistência social é indefinido: ela será prestada a todo e qualquer indivíduo que dela necessitar, independentemente de ter ou não contribuído à seguridade social.

Em segundo lugar, os objetivos elencados nos incisos do artigo 203, revelam a preocupação do constituinte com a efetivação das garantias fundamentais, previstas no Título II da Constituição da República, determinando uma atuação protetiva por parte do ente estatal em relação aos cidadãos em situação de vulnerabilidade ou risco social.

Ainda, conforme o artigo 204, as ações destinadas à assistência social serão realizadas de forma descentralizada, abrangendo as esferas federal, estadual e municipal. À primeira compete delinear a forma de sua realização, estabelecendo as normas gerais e diretrizes. Aos demais entes federativos, cabe a execução dos programas específicos. O modelo é democrático e a participação da sociedade civil é admitida, com vistas a ampliar a rede de assistência social brasileira. Ressalte-se que essa participação pode se dar, inclusive, no âmbito da formulação das políticas públicas relativas ao tema.

### **Assistência social na Lei federal nº 8.742/93 \_ Lei Orgânica de Assistência Social**

A Lei federal nº 8.742/93, conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social vem disciplinar o tema delineado nos artigos 203 e 204 da Constituição da República. A definição de o que vem a ser assistência social está presente no artigo 1º da Lei:

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.

O artigo 2º, por sua vez, reflete o que dispõe o artigo 203 da Carta Magna, ao enumerar os objetivos da assistência social:

Art. 2º A assistência social 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 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Parágrafo único. A assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, visando ao enfrentamento da pobreza, à garantia dos mínimos sociais, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais.”

Quanto à definição de que espécies de entidades qualificam-se como de assistência social, esta se encontra no artigo 3º da Lei federal:

Art. 3º Consideram-se entidades e organizações de assistência social aquelas que prestarem, sem fins lucrativos, atendimento e assessoramento aos beneficiários abrangidos por esta Lei, bem como as que atuam na defesa e garantia de seus direitos.

A regulamentação da Lei federal nº 8.742/93 é feita pelo Decreto federal nº 2.536/98. O Decreto trata da concessão do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, reconhecimento do poder público federal de que uma instituição não tem fins lucrativos e presta atendimento ao público-alvo da assistência social. Tal qual o faz a Lei Orgânica de Assistência Social, e em consonância com o que dispõe a Constituição da República, o artigo 2º Decreto nº 2.536/98 destina-se a definir “entidade beneficente de assistência social”. De acordo com o dispositivo, essas entidades são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, que atuam com o intuito de “proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice; amparar crianças e adolescentes carentes; promover ações de prevenção, habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiência; promover, gratuitamente, assistência educacional ou de saúde; e promover a integração ao mercado de trabalho”.

Note-se que o Decreto traz em seu texto legal a mesma concepção ampla de assistência social, consolidada no texto constitucional e na Lei federal nº 8.742/93.

### **Assistência social na Lei federal nº 8.212/91, em sua redação original**

A Lei federal nº 8.212/91, ou Lei Orgânica da Seguridade Social, cuida da organização da Seguridade Social no território nacional. Conceitua-a, organiza-a e determina como se dará seu financiamento, definindo quem são seus contribuintes, a forma como contribuem e quais sujeitos estão isentos.

A redação original do artigo 55 da Lei federal nº 8.212/91, posteriormente alterada pelo artigo 1º da Lei federal nº 9.732/98, objeto da ADIn ora sob comento,

disponha no seguinte sentido:

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

II - seja portadora do Certificado ou do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Serviço Social, renovado a cada a 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 Conselho Nacional da Seguridade Social relatório circunstanciado de suas atividades. §1º Ressalvados os direitos adquiridos, a isenção de que trata este artigo será requerida ao Instituto Nacional do Seguro Social \_ INSS, que terá o prazo de 30 (trinta) dias para despachar o pedido.

§2º A isenção de que trata este artigo não abrange empresa ou entidade que, tendo personalidade jurídica própria, seja mantida por outra que esteja no exercício da isenção.

### **Assistência social na Lei federal nº 9.732/98**

A Lei federal nº 9.732/98 traz alterações às leis federais nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 1991, que versam sobre a organização da seguridade social brasileira, definindo benefícios e determinando obrigações.

Dentre as alterações trazidas pela lei de 98, está aquela que ocorre no inciso III do artigo 55 da Lei nº 8.212, que isenta as entidades beneficentes de assistência social de contribuir à seguridade social. De acordo com o texto original, estavam isentas aquelas entidades que promovessem a “assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes”. A redação dada pela Lei federal nº 9.732 determina que a isenção será concedida tão somente às entidades que promovam gratuitamente e em caráter exclusivo a assistência social beneficente àquelas pessoas. Conforme o artigo 1º do referido texto legal:

Art. 1º Os arts. 22 e 55 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, passam a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

Art. 55.

III - promova, gratuitamente e em caráter exclusivo, a assistência social beneficente a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência;

(...)

§3º Para os fins deste artigo, entende-se por assistência social beneficente a prestação

gratuita de benefícios e serviços a quem dela necessitar

§4º O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS cancelará a isenção se verificado o descumprimento do disposto neste artigo.

§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.

Atente-se também para o fato de que a redação antiga do inciso III do artigo 55 destinava a assistência social não apenas às pessoas carentes, mas também a menores, idosos e excepcionais, além de dar enfoque à educação e à saúde. Com a alteração trazida pelo dispositivo da Lei federal nº 9.732/98, houve uma restrição dos destinatários, que passam a ser unicamente as pessoas carentes. Idosos, menores e portadores de deficiência são legitimados a receber assistência social, desde que carentes.

Ressalte-se que esse entendimento trazido pela lei federal de 1998 é dissonante com o que dispõe a Constituição da República. Conforme exposto, o texto constitucional determina que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, de forma genérica. Daí já se denota a inconstitucionalidade do dispositivo.

Ainda, é importante lembrar que a Constituição de 1988 possui uma marcante racionalidade social. Trata-se de uma constituição “cidadã”, portadora de uma forte carga principiológica e com vistas à concretização da dignidade da pessoa humana. Para constatar isso basta atentarmos para a importância que é dada aos direitos e garantias fundamentais — título II da Magna Carta, e, em especial, aos direitos sociais, elencados no artigo 6º do diploma constitucional. De acordo com o dispositivo, “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. Note-se que são, essencialmente, esses os direitos que a assistência social, nos termos da Lei federal nº 8.742/93 — lei orgânica de assistência social, busca garantir àquelas pessoas em situação de vulnerabilidade.

Consoante a esse entendimento é o texto original da Lei federal nº 8.212/91. As alterações trazidas pela Lei federal nº 9.732/98, dado o seu caráter restritivo, desvirtuam o conceito de entidade beneficente de assistência social, além de limitar a extensão das vantagens de ordem tributária auferidas por tais instituições.

A decisão liminarmente proferida nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.028-5 celebra essa conotação lata trazida pela Carta Constitucional. Conforme consta em sua ementa, “o conceito mais lato de assistência social — e que é admitido pela Constituição — é o que parece deva ser adotado para a caracterização da assistência prestada por entidades beneficentes, tendo em vista o

cunho nitidamente social da Carta Magna”.

### **Aspectos formais: âmbito tributário**

O conteúdo da liminar (e sua confirmação) concedida em 1999 na ADIN nº 2.028-5, que discute a Lei nº 9.732/98 em face do §7º, art. 195, Constituição Federal, retrata, mesmo que sem profundidade, posicionamento doutrinário e jurisprudencial ainda não consolidado acerca da natureza da lei (ordinária ou complementar) que deve regulamentar dispositivos constitucionais relativos a imunidade de impostos e contribuições sociais destinados a entidades beneficentes de assistência social e educação. A decisão definitiva da questão foi remetida para o julgamento do mérito da ação, que espera há sete anos na fila dos julgamentos.

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 exigência de lei complementar é defendida pelos que entendem que a simples aplicação do art. 146, II, da Constituição Federal, que é expreso ao prever: “Cabe à lei complementar: II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;”, resolve a celeuma.

A questão é de hermenêutica, passando pela aplicação das técnicas exegéticas aceitáveis e de interpretação sistemática.

A imunidade não pode ser regulamentada por simples lei ordinária, deixando ao bel prazer dos legisladores a definição sobre o alcance de algo (imunidade) que deve ser inatingível e que sequer pode ser mudada por emenda constitucional. A se pensar assim, o Congresso Nacional poderá editar quantas leis quiser para mudar o alcance da imunidade de acordo com a sua conveniência, tendo por corolário a afronta ao princípio da segurança jurídica, dentre outros.

A regra geral sobre imunidade está estampada no art. 14 do Código Tributário Nacional, que trata, dentre outros, da não distribuição de resultados das entidades aos seus dirigentes, que nada tem a ver com a questão da remuneração do trabalho prestado pelos profissionais que nelas exercem suas atividades, assunto que já foi misturado no imbróglgio acima relatado.

Entender diferente é interpretar dispositivos constitucionais de forma conve-

niente e parcial, em detrimento da utilização de técnicas jurídicas consagradas em hermenêutica.

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.

Em setembro de 2004, o ministro Carlos Britto, ao decidir a Ação Cautelar nº 271, do Paraná, depois de relatar o caso e se socorrer de precedentes daquela Corte, reconheceu a pertinência do direito invocado pela entidade recorrente no sentido de que, em sendo a questão constitucional, lei complementar é que deve ser observada. Decidiu o ministro: “Conclui-se, portanto, que a tese defendida pela requerente, embora não traga o selo da unanimidade doutrinária e jurisprudencial, em todas as suas nuances, ostenta um razoável grau de plausibilidade.”

A questão é importantíssima para as entidades do Terceiro Setor e sua decisão definitiva urge. Esperemos que a linha de raciocínio do Supremo Tribunal Federal se consolide pela exigência de lei complementar para regulamentar questões constitucionais de imunidade, em detrimento de lei ordinária.

## Sobre

Publicado no Enfoque Jurídico n. 6, abril/maio/junho de 2007, p. 2.

## 1.9 - Momentos mágicos do Terceiro Setor!

O evento foi iniciado com o Hino Nacional emocionalmente dedilhado ao piano pelo maestro João Carlos Martins. Começava ali o dia 09.03.2007, que foi extremamente proveitoso para o Terceiro Setor.

O I Congresso Brasileiro de Fundações em São Paulo foi realizado pelo Ministério Público do estado de São Paulo, dentre outras instituições. A sua organização coube ao dr. Airton Grazioli, Promotor de Justiça Cível e Curador de Fundações de São Paulo, que, com esmero e competência, conduziu os trabalhos.

O congresso reuniu aproximadamente 600 pessoas de 24 estados brasileiros e contou com os mais importantes palestrantes sobre o Terceiro Setor, desde Ruth Cardoso até Ives Gandra da Silva Martins.

Cabia ao maestro João Carlos Martins o encerramento cultural. Mas o que se viu foi o fechamento apoteótico daquele dia de discussões jurídicas densas. À frente da Bachiana Filarmônica, o maestro brindou os congressistas com a apresentação de obras clássicas magistralmente interpretadas e regidas. Inúmeros pedidos de bis, gentilmente atendidos, fizeram com que a apresentação se estendesse por mais de uma hora, sendo o formalismo substituído por enorme integração dos músicos e do maestro com a plateia.

Ao final daquela total interação, João Carlos Martins, com sua costumeira cortesia, disposição e alegria, ficou a conversar com os presentes.

O importante evento ficará na memória de muitas pessoas, por vários motivos.

Parabéns, dr. Airton, pela organização, competência e sensibilidade que lhe são inerentes.



Cláudia Nadas, João Carlos Martins e Josenir Teixeira

## Sobre

Publicado na revista  
Notícias Hospitalares  
n. 73,  
ano 12, mar/abr/  
mai/2013, p. 32.

### **1.10 - Não adianta ser pobre. Tem que provar que é pobre.**

Vivemos época de rebeldia. Questiona-se tudo. A massificação da tecnologia contribuiu decisivamente para isso porque o acesso à informação foi facilitado e, quanto mais se sabe, mais o atrevimento se sobressai.

Em 2010 eu estava na Escócia e presenciei, em Edimburgo, enorme discussão e movimento popular contra a visita do Papa Bento 16, que se deu em setembro daquele ano e durou 4 dias. As pessoas sustentavam a imprestabilidade da visita, sugeriam que os católicos deveriam boicotá-la, questionavam o alto custo da viagem (R\$ 26 milhões), que seria paga pelos anfitriões e chegaram a afirmar que o Papa não era bem vindo.

Defendiam, inclusive, que a rainha Elizabeth 2ª sequer deveria recebê-lo, o que, todavia, acabou acontecendo. E era a primeira visita de Estado do líder da igreja Católica ao Reino Unido. A situação foi surreal, principalmente aos olhos de quem nasceu da década de 70, foi adolescente em 80 e viveu a mocidade em 90, época em que a internet ainda engatinhava no Brasil, não havia celular, muito menos os smartphones que hoje conectam o portador ao mundo em tempo real, de onde se estiver.

As entidades filantrópicas existem no Brasil pelo menos desde 1543, quando a Santa Casa de Santos foi fundada, estando ela em funcionamento até hoje. Mais recentemente, de 1960 até 2000, pelo menos, as tais entidades, nas quais se incluem as mais de 2.400 Santas Casas, gozavam de reconhecimento e respeito inequívocos por parte da população e das autoridades. Todos se sentiam honrados em contribuir com as atividades por elas desenvolvidas e ficavam gratificados com a oportunidade de auxiliar os mais necessitados.

Os tempos mudaram! Quem auxilia as Santas Casas continua agindo imbuído do desejo de ajudar o próximo, o que

faz de forma voluntária em seus momentos livres. As atitudes de pessoas não sérias, também presentes no meio das entidades sem fins lucrativos, ganharam a mídia e descobrimos diversas artimanhas construídas para desviar dinheiro dos seus verdadeiros destinatários. A divulgação dos crimes praticados ganhou a opinião pública, que ficou ressabiada e, como não foi esclarecida a contento, passou a desconfiar de todas as entidades, que foram rotuladas uniformemente como desonestas, até prova em contrário. Inverteu-se a lógica e, por culpa da inércia das próprias entidades, todas elas foram colocadas sob suspeita.

Diversas consequências funestas para as entidades advieram dos novos tempos e da ação dos bandidos nelas incrustados. Uma das mais recentes, de agosto de 2012, é a edição da Súmula n. 481, pelo Superior Tribunal de Justiça. Súmula é a ferramenta por meio da qual os tribunais interpretam as leis e serve de norte para as instâncias inferiores a respeito de determinada matéria jurídica.

Eis a redação de tal Súmula: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.”

A justiça gratuita é um instituto jurídico que assegura ao cidadão o direito de acessar a Justiça sem o pagamento de custas ou despesas processuais e até mesmo honorários advocatícios, caso venha a perder o processo no qual se envolveu. A concessão de tal benefício é deferida pelo juiz da causa ao cidadão a partir da demonstração da impossibilidade de se pagar as despesas, naquele momento, sem que haja o comprometimento do seu próprio sustento. Esse instituto é antigo. Após a proclamação da Constituição Federal de 1891 e insistentes pedidos do então Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil, o assunto foi regulamentado em 1897, erigido à condição de garantia do cidadão na Constituição de 1934 e regulamentada em nível infraconstitucional em 1950, por meio da Lei n. 1.060, que está em vigor até hoje, além de outras que tratam do assunto. A Constituição de 1998 também cuidou da questão e expandiu a sua aplicação aos que comprovarem insuficiência de recursos.

O assunto avançou e os tribunais passaram a estender o benefício da justiça gratuita também às pessoas jurídicas, principalmente para as entidades sem fins lucrativos que, em razão da própria natureza jurídica, não têm a intenção de lucros.

Agora, vem a Súmula 481 para, de forma impertinente, igualar as pessoas jurídicas sem fins lucrativos com as empresas comerciais. O tempo consumiu e desgastou a aura até então imaculada das primeiras e as jogou no caldeirão efer-

vescente da generalidade, apesar de a Constituição Federal dar “preferência” às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos na participação do atendimento dos usuários do Sistema Único de Saúde – SUS (CF, art. 199).

Sabemos a penúria financeira na qual as Santas Casas estão mergulhadas, no passado e agora, principalmente em razão do distanciamento dos valores que o governo repassa a elas, se comparado com o custo real dos procedimentos destinados aos usuários do SUS.

Todavia, formal e tradicionalmente, os balanços dessas entidades não registra situação econômica tão caótica, o que comprometeria ainda mais seu crédito e fôlego de negociação e impactaria de forma negativa no desenvolvimento de suas atividades. E isso não é ilegal, pois os princípios e normas contábeis permitem entendimentos e posturas vários que recepcionam formas diferentes de interpretação e aplicação pelos contadores, sempre baseados nas orientações das autarquias controladoras da sua atividade profissional.

Balanços patrimoniais positivos não provarão a “impossibilidade de arcar com os encargos processuais.” Apesar do eventual resultado azul, previsões e provisões constantes no balanço, se realizadas, poderão inverter os números e a situação passar para o vermelho, o que se verificará apenas no exercício fiscal seguinte.

Para receberem o benefício pelo juiz, as entidades deverão provar que estão no vermelho e que são deficitárias, situação que, convenhamos, se chegar a esse ponto, formalmente, a concessão da justiça gratuita pouco adiantará.

A Súmula n. 481, do STJ, por simples analogia, vai de encontro a recente decisão do próprio Superior Tribunal de Justiça que ampliou os meios de aferição da condição de hipossuficiência econômica do idoso ou do portador de deficiência para fins de concessão do benefício assistencial.

Neste caso, o STJ afirmou que “a limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.” Não soa incoerente?

Uma das formas de se alterar a Súmula, e talvez a mais eficiente, seria reformar a redação da Lei n. 1.060/50, o que automaticamente determinaria a revisão do assunto pelo STJ. Há vários projetos de lei em tramitação neste sentido. É o caso de os deputados (federais e estaduais) e senadores que compõem as Frentes Parlamentares da Saúde criadas em vários Estados e municípios atuarem firme e rapidamente para que a odiosa “equiparação” das entidades sem fins lucrativos às

empresas comerciais seja revertida, de forma a revigorar, neste particular, a aplicação do princípio constitucional que prega que todos são iguais perante a lei, mas que os desiguais devem ser tratados na medida da sua desigualdade. Noutras palavras: devem-se igualar os desiguais levando em conta suas diferenças.

Isso pode não resolver a situação, mas certamente retardará o enterro de entidades sem fins lucrativos que, infelizmente, já estão mortas.

## 1.11 - O Terceiro Setor e a gestão da saúde pública

### Sobre

Publicado na revista Notícias Hospitalares n. 48, p. 40, 2007.

O Poder Executivo, consciente das dimensões continentais do Brasil, de suas diferenças regionais e culturais e sabedor de que nem sempre possui em seu quadro pessoas capacitadas especificamente para a gestão de estabelecimentos hospitalares e afins, de alguns anos para cá tem procurado descentralizar a atividade administrativa, transferindo seu exercício para pessoas jurídicas, especialmente entidades do Terceiro Setor. “*O Estado brasileiro não foi feito para administrar saúde*”, costuma afirmar o Secretário de Estado da Saúde de São Paulo, dr. Luiz Roberto Barradas Barata (revista FUNDAP).

**Possibilidade legal.** Alguns doutrinadores administrativistas, teóricos, criticam e são contrários a tal possibilidade, pois entendem que municípios, estados e a União Federal não poderiam utilizar a faculdade acima mencionada, fato que sempre é explorado pelo Ministério Público nas ações que intenta contra entes políticos que assim procedem.

Porém, o artigo 197 da Constituição Federal (CF) prevê que a execução dos serviços de saúde deve ser feita diretamente pelo Poder Público “*ou através de terceiros, e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.*”

O artigo 199 da CF prevê que “*a assistência à saúde é livre à iniciativa privada.*” O parágrafo primeiro deste artigo prevê que “*as instituições privadas poderão participar e 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.*”

**Terceiro Setor** é o nome que se dá ao conjunto de entidades sem fins lucrativos, de direito privado, regidas pelo Código Civil, que realizam atividades em prol do bem comum e auxilia o Estado na solução de problemas sociais.

Decorre da própria Constituição, lei maior do País, a autorização para que entidades do Terceiro Setor participem da assistência à saúde da população, haja vista que tal atividade não é privativa do Estado.

O presidente da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas do Brasil (CMB) e ex-presidente do CNAS – Conselho Nacional de Assistência Social, Antônio Brito, escreveu na Folha de S.Paulo de 13.06.05:

É inegável a posição preferencial de parceria das santas casas e hospitais filantrópicos na promoção de ações de saúde e assistência social com os governos municipais, estaduais e federal, conforme, inclusive, previsto nos artigos 199 da Constituição Federal e 25 da lei no. 8.080/90. Essa situação gera uma relação de interdependência entre o governo e essas instituições que deve se constituir em reconhecimento mútuo, do qual o grande beneficiário é a população brasileira.”

**Parceria da gestão.** Ao transferir a gestão de um hospital público para uma entidade sem fins lucrativos, o ente político não está se afastando do cumprimento da obrigação constitucional de garantir saúde a todos os brasileiros. Longe disso. Mais longe ainda fica a ideia de que se está “privatizando” atividades essenciais. Ele apenas está transferindo a gestão dos serviços a uma pessoa jurídica especializada e capacitada tecnicamente para desenvolvê-los, visando a otimização dos recursos, permanecendo a atividade essencialmente pública.

O custeio dos serviços continua sendo promovido pela Administração Pública, como determina a Constituição. É o que se chama de *gestão compartilhada*, onde o patrimônio continua sendo público, mas o gerenciamento dos serviços passa a ser privado.

Na gestão compartilhada, os entes políticos procuram introduzir na Administração Pública princípios gerenciais típicos da iniciativa privada, procurando fugir da burocracia exagerada que a rege. É unânime a crítica que se faz ao emperramento das atividades públicas que a rigidez da legislação licitatória imprime ao país. Infelizmente, ao que parece, o Legislativo não tem tempo de alterá-la, pois outros assuntos mais picantes prendem a atenção de nossos eleitos.

**Formas de contratação.** O ente político pode se valer de algumas formas jurídicas para se relacionar com as entidades do Terceiro Setor, dependendo de cada caso concreto.

**a) Licitação.** A regra geral é a realização de licitação. Todavia, a própria legislação licitatória prevê hipóteses em que ela pode ser dispensada ou inexigida, mediante o cumprimento dos respectivos requisitos para isso.

**b) Convênio.** Pode o ente político utilizar-se da realização de Convênios, que atraem a formalização de instrumentos jurídicos de Concessão para que a entidade utilize imóveis, móveis, equipamentos, veículos e pessoal (servidos públicos) etc., para cumprir a missão de gerenciamento para a qual foi convocada.

Veja-se que a entidade irá gerenciar atividades já existentes, procurando criar as condições mais favoráveis ao seu desenvolvimento, podendo até ampliar os serviços e os atendimentos, dependendo das situações específicas e da viabilidade econômico-financeira, de mercado e de outros inúmeros fatores que interferem direta e indiretamente neste nicho de mercado.

**c) Organização Social.** Esta é a denominação de uma qualificação (título) que o Poder Executivo pode conceder a associações civis sem fins lucrativos que preencherem os requisitos legais.

Ao conceder ou atribuir esta qualificação a uma entidade do Terceiro Setor o ente político tem a intenção de formalizar e fomentar a realização de parceria entre ele e instituições privadas que possuem fins complementares às atividades públicas.

Procura-se aproximar e implantar nova forma de participação popular na gestão administrativa. Ao conceder tal qualificação, o ente político realiza a publicização, que é a atribuição de coisa pública a algo originariamente privado.

Esta forma de relacionamento entre o poder público e entidades do Terceiro Setor dispensa a realização de licitação (art. 24, XXIV, Lei n. 8.666/93). Entretanto, mesmo com tal permissão, o ente político pode realizar a licitação, se entender conveniente.

A Lei Federal n. 9.637/98 rege o tema. Alguns estados e municípios criaram legislação específica para regulamentar o assunto.

### **Exemplos.**

1) O estado do **Tocantins** editou a lei n. 762/95, que permitia a celebração de convênios para a concessão de uso de bens móveis e imóveis da rede hospitalar com entidades filantrópicas e associações sem fins lucrativos, com o intuito de promover a descentralização das ações de serviço de saúde, conforme diretrizes do Sistema Único de Saúde.

2) O estado do **Rio de Janeiro** editou a lei n. 2.878/97, que mudou a forma de gestão dos hospitais públicos, permitindo sua transferência a terceiros. Esta lei foi revogada pela n. 3.202/99.

3) O estado da **Bahia** editou a lei n. 7.027/97, que instituiu o programa estadual de incentivo às Organizações Sociais. Mais recentemente, aquele estado a

revogou e editou a lei n. 8.647/03 e o decreto 8.890/04, que tratam de detalhes sobre a participação e absorção de atividades e serviços de interesse público pelas Organizações Sociais.

4) O estado de **Roraima** editou a lei n. 174/97, que instituiu novo modelo de gestão na área de saúde pública: a gestão compartilhada. Tal lei é específica para Cooperativas de Trabalho ou de Profissionais de Saúde, modalidade que não está sendo mais utilizada e vem sendo substituída pelo modelo das Organizações Sociais. Acreditamos que a adequação legislativa da lei seja questão de tempo.

5) O estado de **São Paulo** editou a lei complementar n. 846/98, que tratou do assunto. Desde então e até os dias de hoje, 17 hospitais públicos estaduais são geridos por entidades do Terceiro Setor que foram qualificadas como Organizações Sociais, sem nenhum questionamento do Ministério Público (estadual ou federal), da Procuradoria Geral da República ou de quem quer que seja:

<b>Entidades qualificadas como Organização Social</b>	<b>Hospital</b>	<b>Parceria</b>
Universidade Estadual Paulista (UNESP) - Faculdade de Medicina de Botucatu	Geral de Bauru	04.11.2002
Associação Sanatorinhos – Ação Comunitária de Saúde	Geral de Carapicuíba	23.10.1998
	Geral de Itapevi <sup>1</sup>	20.09.2000
OSEC - Organização Santamarense de Educação e Cultura	Estadual de Francisco Morato	02.02.2004
	Geral do Grajaú	23.10.1998
Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo	Geral de Guarulhos	14.04.2000
	Ambulatório de Especialidades Dr. Geraldo Paulo Bourroul	29.01.2005
Associação Beneficente Casa de Saúde Santa Marcelina	Geral do Itaim Paulista	05.08.1998
	Geral de Itaquaquecetuba	24.03.2000
SECONCI – Serviço Social da Indústria da Construção Mobiliário do Estado de São Paulo	Geral de Itapeçerica da Serra	03.03.1999
	Estadual de Vila Alpina	11.12.2001
	Centro de Referência do Idoso da Zona Norte	28.02.2005
Associação Congregação de Santa Catarina	Geral de Pedreira	26.06.1998
	Geral de Itapevi	14.12.2005
SPDM – Sociedade Paulista para o Desenvolvimento da Medicina	Estadual de Diadema	26.10.2000
	Geral de Pirajussara	25.01.1999
	Estadual de Mogi das Cruzes	28.08.2004
	das Clínicas Luzia de Pinho Melo	19.07.2004
Fundação ABC	Estadual Mário Covas – Santo André	20.11.2001

FMUSP - Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo	Estadual Sapopemba	05.04.2003
UNICAMP – Universidade Estadual de Campinas Faculdade de Medicina	Estadual de Sumaré	22.09.2000
Sociedade Assistencial Bandeirantes	Regional do Vale do Paraíba - Taubaté	11.05.2004

O secretário de Estado da Saúde de São Paulo, Luiz Roberto Barradas Barata, escreveu na Folha de S.Paulo de 24.05.2005:

(...) para a população de São Paulo (o modelo de Organizações Sociais de Saúde – OSS) representa melhoria do atendimento, uma vez que o índice de satisfação médio de usuários de 16 hospitais geridos por OSS fica na casa dos 95%. Mais do que isso. Os hospitais gerenciados por organizações sociais são exemplo de eficiência e otimização de recursos. Em 2004, essas unidades tiveram um custo médio de 20% menor do que as unidades de administração direcionada e, no mesmo período, tiveram uma produtividade 37,3% maior.

6) O estado do **Pará** editou a lei n. 5.980/96 e o decreto n. 3.876/00, que regulamentaram as Organizações Sociais.

7) O município de **Cubatão/SP** editou a lei n. 2.764/02 e o decreto n. 8.374/02, que tratam da qualificação de entidades de direito privado como Organização Social.

Há outros estados e municípios que já contrataram entidades do Terceiro Setor para prestarem serviços por intermédio da modalidade aqui mencionada, apesar de ainda não terem criado legislação específica sobre o tema.

d) **OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.** Os entes políticos também podem atribuir a entidades do Terceiro Setor esta qualificação, mediante o cumprimento dos requisitos da lei federal n. 9.790/99, do decreto n. 3.100/99 e da legislação estadual ou municipal que eventualmente for editada para regulamentar o assunto.

O estado de Minas Gerais, por exemplo, editou a lei complementar n. 14.870/03 e o decreto n. 43.749/04 para cuidar desta relação de parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada.

**Conclusão.** Alternativas há para que o governo, de qualquer esfera e ideologia, delas se utilize, visando melhorar o atendimento da população na área da saúde. Recursos financeiros existem para isso. Eles devem, entretanto, ser bem gastos, administrados e empregados. Em assim procedendo e dependendo da situação específica, gastam-se menos recursos e pode-se atender mais e melhor a

população, com profissionalismo e racionalização das verbas disponíveis.

Infelizmente, a revogação da Portaria do Ministério da Saúde n. 2.225, de dezembro de 2002, que obrigava os gestores dos hospitais do SUS a se especializarem em cursos de administração hospitalar, contribuiu negativamente para que o profissionalismo demore mais a ser realidade. Paciência. Mesmo assim, há alternativas viáveis e legais para que entes políticos possam cumprir a obrigação constitucional de dar atendimento à saúde a todos os cidadãos brasileiros.

O número 42 desta revista (agosto/setembro de 2003) publicou o artigo “A Gestão Privada de Hospitais Públicos”, onde eu também tratei deste assunto.

## 1.12 - Ponderações sobre o CEBAS e a sua lei

Josenir Teixeira [...]

### Sobre

Escrito em junho de 2012 e atualizado em setembro de 2013. Publicado na Coletânea Direito e Saúde 2013; Confederação Nacional de Saúde (CNS) / Organizado por Alexandre Venzon Zanetti – Porto Alegre: Instituto de Administração Hospitalar e Ciências da Saúde, p. 181 a 215.

Este artigo é inédito com esta formatação.

### Introdução

A forma de concessão e de renovação da certificação das entidades beneficentes de assistência social foi alterada pela Lei nº 12.101/09, após mais de onze anos de vigência da normativa anterior, o Decreto nº 2.536/98.

Impetuosas modificações foram introduzidas pela nova lei, o que torna necessária a análise do cenário em que foi editada, do contexto do assunto e de seu conteúdo.

### O relacionamento entre o Primeiro e o Terceiro Setores

O estabelecimento de parceria entre as entidades sem fins lucrativos que compõem o Terceiro Setor e o Estado, o Primeiro Setor, para desenvolvimento de ações em prol da sociedade é antiga.

É de fácil constatação que o Estado, historicamente, tem sido o último a responder diretamente pelas atenções sociais e exerce papel secundário na assistência social, quiçá omissivo, conforme ressaltou Maria Luiza Mestriner:

Neste campo, tem prevalecido o princípio da subsidiariedade entre o estatal e o privado, em que o Estado transfere para a sociedade as responsabilidades maiores, restringindo-se à execução de ações emergenciais. Para tanto, tem utilizado de estratégia de delegação, manipulando subsídios, subvenções e isenções por meio de mecanismo de convênios e atribuição de certificados, numa pretensa relação de parceria ou de co-produção de serviços sob o financiamento estatal. (...)

Durante a Primeira República, o Estado não intervinha. Era um Estado fraco. O que existia na área da assistência era desenvolvido pela Igreja católica, com quem o Estado republicano não se relacionava, por considerar que o social não era função pública.<sup>1</sup> (sic)

1 MESTRINER, Maria Luiza. O Estado entre a filantropia e a assistência social. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 21, 29 e 67.

As entidades sem fins lucrativos, de natureza privada, reguladas pelo Direito Civil, constituídas sob a forma de associações ou fundações, são publicizadas pelo Estado<sup>2</sup>, o que as legitimam a colaborar com ele por meio da prestação de serviços ou realização de atividade que a princípio seria pública, e as autorizam a receber recursos orçamentários, bens públicos e servidores para que possam cumprir os objetivos sociais<sup>3</sup> tidos por convenientes e oportunos à coletividade.<sup>4</sup>

Este relacionamento entre o Estado e as entidades sem fins lucrativos se dá, normalmente, a partir do reconhecimento, pelo primeiro, de que as segundas realizam (ou realizarão) e desempenham (ou desempenharão) funções, ações e atividades que têm a sociedade como destinatária, o que é feito por meio da concessão de títulos e/ou certificados.<sup>5</sup>

### **Brevíssimo contexto acerca das primeiras entidades sem fins lucrativos<sup>6</sup>**

As entidades sem fins lucrativos existem no Brasil desde 1543, quando foi instituída a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Santos, pelo fidalgo português Braz Cubas.

Desde então, diversas entidades foram criadas por pessoas que tinham por desejo e interesse ajudar o próximo sem preocupação, aspiração ou reconhecimento do Estado, num primeiro momento.

A história registra o nascimento do Convento de São Bento, em 1598, a Venerável Ordem de Nossa Senhora do Carmo, em 1594, a Ordem dos Frades Menores Franciscanos, em 1640, o Recolhimento Santa Tereza, em 1685, a Sociedade Propagadora de Instrução Popular, em 1873, transformada no Liceu de Artes e Ofícios em 1882, a Associação Protetora da Criança Desvalida (Instituto Ana Rosa), em

2 SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

3 “Ao se defrontar com a demanda constitucional pela efetivação de direitos sociais, num movimento pela ‘terceira via’, o Estado brasileiro busca as organizações sociocomunitárias como uma saída para as suas responsabilidades sociais nunca antes assumidas. Neste ideário, seja pelo papel de subsidiariedade que lhe vai caber, seja pelas limitações que o neoliberalismo vai lhe impor, o Estado fará avançar, com nova ênfase, os paradigmas da solidariedade, da filantropia e da benemerência.” MESTRINER, Maria Luiza. Ob. cit. p. 27.

4 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. Terceiro Setor – Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.

5 “No que se refere à relação das entidades do Terceiro Setor com o Estado, desde o final da década de 20 as entidades prestadoras de serviços de interesse público recebiam auxílio do Estado por meio de pedidos endereçados ao Presidente da República, o qual concedia os recursos com base em critérios pouco definidos. Utilizava-se para tanto recursos advindos da chamada contribuição de caridade, cobrada sobre a importação de bebidas alcoólicas. (Decreto presidencial nº 5.432, de 10 de janeiro de 1928).” MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.) Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado: Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 163-194.

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

1874, o Asylo das Meninas Orphãs Nossa Senhora Auxiliadora do Ipiranga e o Liceu Sagrado Coração de Jesus, ambos em 1885, a Casa Pia São Vicente de Paula das Damas de Caridade, em 1894 etc.<sup>7</sup>

O Estado político brasileiro somente começou a surgir e a se organizar em 1808, duzentos e sessenta e cinco anos após a criação da primeira entidade sem fins lucrativos, com a chegada do príncipe regente D. João<sup>8</sup> e a corte portuguesa ao Rio de Janeiro<sup>9</sup>, fugitivo da “pressão irresistível exercida sobre ele pelo maior gênio militar que o mundo havia conhecido desde os tempos dos césares do Império Romano: Napoleão Bonaparte.” O Estado político brasileiro, portanto, tem apenas 205 anos de existência.

### **O início do fomento das entidades pelo Estado, o CNSS e o CNAS**

A primeira lei que institucionalizou a concessão de títulos para entidades sem fins lucrativos no Brasil foi a de nº 91, de 1935, que está em vigor até hoje e dispõe sobre a declaração de utilidade pública federal. Trata-se de um título honorífico que é concedido para as entidades que sirvam “desinteressadamente à coletividade”.

Outra lei, também de 1935, a de nº 119, criou um Conselho para analisar processos e emitir parecer sobre as entidades sem fins lucrativos que seriam beneficiadas por subvenções governamentais, o que levou Elisabete Ferrarezi<sup>10</sup> a afirmar que isso, provavelmente, seria o embrião do Conselho Nacional de Serviço Social – CNSS<sup>11</sup> <sup>12</sup>, criado pelo Decreto-Lei nº 525, de 1938, que era ligado originariamente-

7 MESTRINER, Maria Luiza. Ob. cit. p. 40 e 42.

8 D. João “era tímido, supersticioso e feio. O principal traço de sua personalidade e que se refletia no trabalho, no entanto, era a indecisão. (...) D. João reinava em nome de sua mãe, D. Maria I, declarada insana e incapaz de governar e que vivia trancafiada no Palácio de Queluz, a cerca de dez quilômetros de Lisboa.” GOMES, Laurentino. 1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil. São Paulo: Ed. Planeta do Brasil, 2007. p. 31, 32.

9 “Duzentos anos atrás, o Brasil não existia. (...) Às vésperas da chegada da corte ao Rio de Janeiro, o Brasil era um amontoado de regiões mais ou menos autônomas sem comércio ou qualquer outra forma de relacionamento, que tinham como pontos de referência apenas o idioma português e a Coroa portuguesa, sediada em Lisboa, do outro lado do Oceano Atlântico.” GOMES, Laurentino. Ob. cit. p. 120.

10 Texto para o III Encuentro de la Red Latinoamericana y del Caribe de la Sociedad Internacional de Investigación del Tercer Sector (ISTR) - Perspectivas Latinoamericanas sobre el Tercer Sector - Buenos Aires, Argentina -- 12-14 de setembro de 2001.

11 SPOSATI, Aldaíza de Oliveira. Cidadania ou filantropia: um dilema para o CNAS. São Paulo: Núcleo de Seguridade e Assistência Social da PUC/SP, São Paulo, 1994. p. 60.

12 “Já o amparo social – que é o conceito ainda vigente, inclusive na legislação editada na época – será mantido com certa coerência, reafirmando o CNSS como instituição mediadora da regulação estatal da filantropia, que será utilizada como estratégia persistente no trato à pobreza, não só dos ‘sem condições de trabalho’, mas dos trabalhadores empobrecidos em geral.” MESTRINER, Maria Luiza. Ob. cit. p. 118.

te ao Ministério da Educação e Saúde e tinha por competência opinar quanto à concessão de subvenções governamentais.

A criação do CNSS consolidou a estratégia de apoio e aliança do Estado com a sociedade civil, via filantropia, além de inaugurar um pacto com as elites e instalar uma legislação de controle.<sup>13</sup> Ele tinha como atribuições a regulamentação da assistência social no país, aí incluídas educação e saúde, e a avaliação de pedidos de subvenções para posterior aprovação pelo Ministério e homologação pela Presidência da República.<sup>14</sup>

Esse Conselho foi reformulado em 1943, por meio do Decreto-Lei nº 5.697, que ampliou as suas funções para centralizar e fiscalizar as obras sociais públicas e privadas. Em seguida, o Decreto nº 5.698/43 disciplinou e alargou as regras para as subvenções e atribuiu ao CNSS a concessão do registro como uma das condições para ter acesso a elas.

As funções do CNSS viriam a ser reafirmadas por meio do Decreto nº 29.425/51, que também detalhou o processamento das subvenções e contribuições da União. A Constituição Federal de 1946 estimulou a ampliação das instituições sociais ao prever a “isenção” de imposto para elas, desde que suas rendas fossem aplicadas integralmente no país e para os respectivos fins (art. 31, V, letra b), determinação que só seria regulamentada pela Lei nº 3.193/57, onze anos depois.

A Lei nº 1.493, de 1951, disciplinou a transferência de fundos públicos a entidades privadas de “caráter assistencial ou cultural” por meio de pagamento de subvenções (para ajudar no custeio e para obras, aquisições de imóveis, instalações e equipamentos) e regulamentou o Registro Geral de Instituições no CNSS, o qual acabou se tornando requisito para a concessão de benefícios fiscais às entidades prestadoras de serviços de interesse público.<sup>15</sup>

O presidente Dutra editou a Lei nº 909/49, pela qual o Poder Executivo foi autorizado a realizar, a partir de 1950, a emissão de selos de dez centavos, cujo produto da venda deveria ser entregue à Federação das Sociedades de Assistência aos Lázarus, para amparo à prole dos hansenianos.

13 MESTRINER, Maria Luiza. Ob. cit. p. 51 e 67.

14 MÂNICA, Fernando Borges. Ob. cit. p. 178.

15 “A Constituição de 1934, em seu artigo 154, pela primeira vez determinou a vedação de tributação sobre os estabelecimentos particulares de educação gratuita, oficialmente considerados idôneos. A Carta Constitucional de 1946 estendeu o benefício, prevendo, em seu artigo 31, imunidade tributária a ‘instituições de educação e assistência social, desde que suas rendas sejam aplicadas integralmente no país para os respectivos fins’. No final da década de 30, começaram a ser previstas isenções a entidades prestadoras de serviços sociais, as quais foram consolidadas pelo Decreto-lei nº 5.844/43. Em seguida, uma série de isenções e a possibilidade de dedução do imposto devido no caso de doações foram previstas pela legislação federal, mas agora com a exigência de que as entidades beneficiárias possuíssem o certificado no CNSS (Lei nº 2.756/56 e Lei nº 3.470/58) ou o título de utilidade pública (Decreto nº 3.830/60).” MÂNICA, Fernando Borges. Ob. cit. p. 179.

Em 1953, com o desmembramento do Ministério da Educação e Saúde, o CNSS ficou anexado ao da Educação, apesar de, em termos governamentais, sempre ter mantido a participação de elementos ligados à área de saúde, continuando assim até 1964.<sup>16</sup>

Comenta Fernando Borges Mânica que, em 1959, foi oficializada a possibilidade de isenção fiscal da contribuição à previdência social, sendo que a Lei nº 3.577, instituidora do benefício, determinou que teria acesso à isenção apenas as entidades dotadas do certificado de fins filantrópicos que, para ser obtido, elas deveriam conseguir, previamente, o título de utilidade pública, consolidando o processo de desvirtuamento da finalidade de tal qualificação. Esta lei viria a ser revogada pelo Decreto nº 1.572, em 1977.

O CNSS foi transferido em 1990 para o Ministério de Ação Social, sendo posteriormente extinto e substituído pelo atual Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), criado pela Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS (nº 8.742/93), cujo artigo 18<sup>17</sup> lhe atribuiu catorze competências. O CNAS era ligado, inicialmente, ao Ministério da Previdência e Assistência Social e, com a cisão deste, a partir de 2004, passou a se inserir na estrutura administrativa do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Desde 1998, era o Decreto nº 2.536, regulamentando o art. 18, IV, da Lei nº 8.742/93, que dispunha sobre os requisitos para a concessão do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos (CEFF), nomenclatura substituída para Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS – em 2001<sup>18</sup>.

Antes dele, cuidava do assunto o Decreto nº 752/93, que continha a mesma disposição, no tocante ao art. 55<sup>19</sup>, II, da Lei nº 8.212/91. Desde então, diversos outros Decretos promoveram alterações parciais nestes, a exemplo dos de nº 1.038/94, 2.173/97, 3.048/99, 3.504/00, 4.327/02, 4.381/02, 4.499/02 e 5.895/06.

Esquemáticamente, assim pode ser sintetizada a legislação que regulou o fomento e apoio do Estado às entidades sem fins lucrativos:<sup>20</sup>

---

16 MESTRINER, Maria Luiza. Ob. cit. p. 118-122.

17 A Lei nº 12.101/09 promoveu alterações no artigo 18 da Lei nº 8.742/93.

18 A alteração do nome do certificado se deu por meio da Medida Provisória nº 2.129-8, de 26 de abril de 2001, DOU de 27/04/2001, que, no seu artigo 3º., alterou a redação do artigo 55, II, da lei nº 8.212/91.

19 Este artigo foi revogado pelo artigo 44 da Lei nº 12.101/09.

20 MESTRINER, Maria Luiza. Ob. cit. p. 104 e 129 .

1.12 - Ponderações sobre o CEBAS e a sua lei

Dispositivo legal	Descrição	Situação
Lei nº 91/35	Determina as regras pelas quais as entidades são declaradas de utilidade pública federal.	Em vigor
DL nº 20.351/31	Cria a Caixa de Subvenções, destinada a auxiliar estabelecimentos de caridade, de ensino técnico e serviços de nacionalidade do ensino.	Revogado pela Lei nº 119/35
Lei nº 119/35	Regula a distribuição de subvenções a instituições de assistência, educação e cultura.	Revogada pela Lei nº 525/38
DL nº 525/38	Institui o Conselho Nacional e fixa as bases da Organização do Serviço Social no país.	Revogado pela Lei nº 8.742/93
DL nº 527/38	Regula a cooperação financeira da União com as entidades privadas pro intermédio do Ministério da Educação e Saúde.	Revogado pelo Decreto nº 5.698/43
DL nº 4.830/42	Institui a Legião Brasileira de Assistência – LBA.	Não consta revogação expressa
DL nº 5.698/43	Dispõe sobre a cooperação financeira da União com as entidades privadas a que se refere o Decreto nº 527/38 e indica o registro de instituições, subvencionadas ou não.	Alterado pelo artigo único da Lei nº 8.459/45
DL nº 5.844/43	Institui a isenção do imposto de renda às instituições de caráter beneficente e filantrópico.	Em vigor
DL nº 9.573/46	Possibilita a isenção total ou redução na aplicação dos pisos salariais não mais restrito apenas aos quadros médicos das instituições caritativas.	Em vigor
DL nº 29.425/51	Dispõe sobre o processo das subvenções e regulamentação do registro geral de instituições subvencionadas no CNSS.	Revogado pela Lei nº 1.493/51
Lei nº 1.493/51	Dispõe sobre o pagamento de subvenção e define o registro geral no CNSS.	Em vigor. Alterada pelas Leis nºs. 2.266/54 e 4.762/65
Lei nº 2.266/54	Modifica a Lei nº 1.493/51.	Em vigor. Alterada pela Lei nº 4.762/65.
Lei nº 2.756/56	Isenta de selo as contribuições às instituições sociais inscritas no CNSS.	Não consta revogação expressa
Lei nº 3.193/57	Veda a União, estados e municípios a lançar impostos sobre instituições de assistência social.	Não consta revogação expressa
Lei nº 3.470/58	Autoriza dedução no imposto de renda de doações às instituições filantrópicas.	Em vigor
Lei nº 3.577/59	Isenta da taxa de contribuição à previdência as entidades de fins filantrópicos.	Revogada pelo Decreto nº 1.572/77
D nº 50.517/61	Regulamenta a Lei nº 91/35.	Em vigor
Lei nº 3.933/61	Concede anistia às instituições caritativas quanto ao recolhimento de contribuições atrasadas à previdência.	Revogada pelo Decreto nº 1.572/77
D nº 1.117/62	Regulamenta a Lei nº 3.577/59.	Revogado pelo Decreto nº 1.572/77
D nº 1.118/62	Regulamenta a Lei nº 3.933/61.	Revogado pelo Decreto nº 1.572/77

### **Contexto do surgimento da Lei nº 12.101/09**

Era 13 de março de 2008. Quinta-feira. Na manhã daquele dia começaram a chegar informações de todos os lados sobre a prisão de advogados que prestavam serviços para entidades registradas no CNAS e de Conselheiros daquele órgão.

Após muitos desencontros, chegou-se à notícia: a Polícia Federal, por meio da Operação Fariseu<sup>21</sup>, que teria se iniciado em 2004, havia prendido seis pessoas que estavam sendo acusadas de fraudar a concessão de títulos de filantropia, os chamados Certificados de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS), para desviar verbas federais.

As reportagens afirmavam que tais pessoas facilitavam a obtenção dos títulos de filantropia em troca de propina. Dois advogados atuavam como intermediários entre as entidades interessadas e alguns Conselheiros do CNAS. As entidades, a despeito de não preencherem os requisitos legais para a concessão do CEBAS, contratavam os advogados investigados e um ex-conselheiro do CNAS para influírem na votação das solicitações de concessão e renovação do referido certificado. Os advogados faziam pagamentos aos Conselheiros envolvidos. A tal quadrilha atuaria gerenciando a pauta de votação do CNAS, retirando e incluindo processos segundo seu interesse. As fraudes gerariam prejuízos aos cofres públicos, vez que hospitais e instituições de ensino de grande porte teriam deixado de recolher milhões de reais em tributos, pois as entidades envolvidas, apesar de aparentemente praticarem ação social, na verdade, usariam o rótulo de filantropia para burlar o fisco.

Entre os crimes que teriam sido praticados pelo grupo estariam a corrupção ativa e passiva, advocacia administrativa e o tráfico de influência. Cerca de sessenta entidades filantrópicas estariam sendo investigadas pela Polícia Federal, com apoio do Ministério da Previdência Social.

O ministro da Previdência Social à época era Luiz Marinho, atual prefeito de São Bernardo do Campo/SP. Informa a reportagem que, segundo a sua assessoria, o ministério vinha colaborando com as investigações e que não haveria relação entre a operação da Polícia Federal e um projeto de lei anunciado oficialmente um dia antes e que retirava os poderes do CNAS<sup>22</sup> no que diz respeito à concessão e renovação do CEBAS. É muito difícil acreditar nessa informação, dadas às

---

21 A ação foi batizada de Operação Fariseu por considerar que os envolvidos agiam como os antigos “indivíduos que aparentam santidade, mas não a têm”. A inspiração vem da passagem bíblica “Ai de vós, escribas e fariseus, hipócritas! Pois que sois semelhantes aos sepulcros caiados, que por fora realmente parecem formosos, mas interiormente estão cheios de ossos de mortos e de toda a imundícia”. [www.oglobo.globo.com](http://www.oglobo.globo.com), 13 mar 2008, 13h13

22 Disponível em [www.oglobo.globo.com](http://www.oglobo.globo.com), 13 mar 2008, 13h13, Jailton de Carvalho e Francisco Leali, Agência Brasil.

circunstâncias e lapso temporal absolutamente coincidentes dos assuntos e das ações realizadas.

O fato é que, no dia 12 de março de 2008, um Projeto de Lei (PL) interministerial<sup>23</sup> datado de dois dias antes havia sido encaminhado ao Congresso Nacional dispondo sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social e regulando os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social. Este PL recebeu o nº 3.021/08.

Entendeu o governo federal que o CNAS não dispunha de condição moral nem estrutural para continuar à frente da missão de conceder e renovar o CEBAS e que este órgão deveria ser substituído nesta responsabilidade por alguém que efetivamente “desse conta do recado” e atuasse de forma rápida, competente e eficaz, ou seja, ele mesmo, o próprio Poder Executivo Federal. Quem poderia ser melhor para decidir sobre a certificação das entidades sem fins lucrativos, o que permite a elas ter acesso a benefícios fiscais que lhes autorizam a não recolher aos cofres públicos algo em torno de R\$ 4 bilhões anuais (essa conta varia de acordo com que a faz), senão justamente o Executivo federal?

O governo federal defende que o assunto se restringe ao instituto jurídico da “isenção” e que pode ser tratado por lei ordinária. A Constituição Federal não cuida de isenção. Esta é tratada em nível infraconstitucional. A Constituição Federal cuida de imunidade, como faz nos artigos 150, VI, “c”<sup>24</sup> e 195, § 7º, por exemplo.<sup>25</sup> E a própria Constituição Federal estipula a regra a ser obedecida no que diz respeito à qualidade da lei que deve regulamentar a limitação ao poder de tributar dos entes políticos, no artigo 146, II.<sup>26</sup> O Supremo Tribunal Federal decidiu que a palavra “isentas” escrita no § 7º do artigo 195 da Constituição Federal foi grafada de forma errônea, justamente em razão do que acima foi afirmado.<sup>27</sup>

23 Assinaram o Projeto de Lei nº 3.021/08 os ministros Patrus Ananias de Sousa (Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome), Luiz Marinho (Ministério da Previdência), Fernando Haddad (Ministério da Educação), José Gomes Temporão (Ministério da Saúde) e Guido Mantega (Ministério da Fazenda).

24 CF/88 - 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;

25 CF/88 - 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.

26 CF/88 - Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

27 Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 22.192-9/DF.

Então, de onde surge a ideia de que o assunto está inserido na órbita do instituto jurídico da “isenção” e que pode ser tratado por lei ordinária? Ora, do Executivo federal, órgão arrecadador da contribuição que as entidades deixam de pagar. A absurda e esdrúxula situação proposta pelo governo federal, por meio do PL, é a seguinte: deve o órgão arrecadador decidir qual entidade poderá deixar de pagar impostos.

A obrigatória participação das entidades beneficentes e da população, por meio de organizações representativas, na organização das ações governamentais na área da assistência social e na descentralização político-administrativa, conforme manda o artigo 204<sup>28</sup> da Constituição Federal, foi convenientemente ignorada, diante da proposição do PL da forma em que foi redigido.

Então, para que a pretensão governamental de mudar a forma de certificação das entidades fosse trespassada de forma palatável para a opinião pública, para que ela comungasse da ideia e anuísse com a necessidade da mudança convenientemente oferecida, surgiu, na mesma semana do envio do PL pelo governo federal ao Congresso Nacional, por incrível coincidência, o espetáculo da Operação Fariseu, que tomou os jornais por alguns dias. A maquinação estava concluída. E deu certo, pois a Lei nº 12.101/09 está em vigor há quase quatro anos.

É claro, óbvio e evidente que a atuação letárgica do CNAS precisava ser enfrentada e resolvida. Mas, qual a explicação para este órgão assim agisse e não tivesse condições de resolver as questões que lhe eram postas em tempo razoável? O ministro do Desenvolvimento Social e Combate à Fome explicou por meio da Portaria nº 208, de 01/07/2009, que registra:

CONSIDERANDO a existência de inúmeros processos de concessão e renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS aguardando análise e julgamento no Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS;

(...)

CONSIDERANDO que o CNAS não possui quadro técnico adequado para analisar os balanços contábeis e demais documentos apresentados todo ano por milhares de entidades, de forma a verificar o cumprimento de todos os requisitos exigidos para a concessão do CEBAS;

CONSIDERANDO que o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome tem deficiência de pessoal desde sua criação no ano de 2004 e não dispõe de condições de dotar o CNAS de quadro técnico qualificado para a análise dos processos relativos à concessão ou renovação de CEBAS;

---

28 CF/88 - 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. (...)

(...)

CONSIDERANDO a necessidade do exercício do poder de supervisão ministerial para garantir o adequado funcionamento do Conselho Nacional de Assistência Social, órgão vinculado ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; resolve: (...)

O CNAS não conseguia dar cabo de forma satisfatória das suas obrigações legais por absoluta falta de estrutura, por inércia e desinteresse do governo federal em aparelhá-lo de forma adequada para que pudesse cumprir seu mister a contento. A explicação do próprio ministro, acima transcrita, é autoexplicativa e expressa a maligna intenção governamental.

Voltemos ao Projeto de Lei nº 3.021/08. Na exposição de motivos, os ministros fizeram constar que os objetivos do PL eram:

- a) estabelecer os requisitos para a caracterização e certificação das entidades beneficentes de assistência social;
- b) repartir a competência para a certificação das entidades beneficentes entre os Ministérios da Saúde, da Educação e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, conforme a entidade requerente atue na área de saúde, de educação e de assistência social;
- c) estabelecer os requisitos e a forma para que as entidades certificadas como beneficentes de assistência social gozem da isenção das contribuições para a seguridade social; e
- d) redistribuir os processos de concessão e renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS pendentes de julgamento no âmbito do Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS e do Ministério da Previdência Social aos Ministérios competentes, conforme a área de atuação da entidade requerente.

Os ministros afirmaram, ainda, que o procedimento de certificação precisava ser aperfeiçoado em razão do grande lapso temporal entre o período considerado para o cumprimento dos requisitos e a sua análise pelo órgão responsável (o CNAS), o que causava diversas restrições tanto para o administrado quanto para a Administração.

Escreveram os ministros:

(...) tal prática é nefasta para as entidades por diversos motivos, dos quais quatro podem ser citados: a) o entendimento do Poder Público quanto aos requisitos evolui, naturalmente, ao longo do tempo, pois o que era considerado regular quatro anos atrás pode não ser assim entendido hoje, em vista de uma nova interpretação da matéria; b) com o passar do tempo, a prática beneficente que não foi devidamente documentada perde-se, o que inviabiliza a sua demonstração no momento da análise das exigências; c) a adaptação das entidades às exigências é lenta e não acompanha a evolução normativa da matéria; e d) o indeferimento do CEBAS representa um impacto significativo na entidade, que passará a ser devedora de contribuições sociais relativas a três anos.<sup>29</sup>

29 Exposição de motivos disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/545340.pdf>.

Foi com base nessa claríssima intenção que o governo federal trabalhou pela mudança da forma de certificação até então praticada no país, trazendo para si tal atribuição.

As entidades sem fins lucrativos e outras instituições defensoras da democracia se organizaram para discutir o Projeto de Lei nos aspectos que fulminavam e impossibilitavam o desenvolvimento regular das atividades daquelas. Elas foram aos parlamentares, explicaram as situações e seus impactos de forma individual e obtiveram o apoio necessário para que o PL fosse modificado, no que tiveram êxito, haja vista que algumas questões fulcrais previstas inicialmente, como a cisão das entidades que atuassem em mais de uma área (artigo 32 do PL, por exemplo), não fossem contempladas pelo texto da nova lei e outras situações necessárias, como a participação da sociedade civil no processo de certificação, não prevista no PL, fosse incluída no artigo 26 da nova lei, mesmo que de forma singela e inespecífica.

Dentre as instituições que atuaram fortemente na defesa dos direitos das entidades sem fins lucrativos se destacou a Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da Comissão de Direito do Terceiro Setor da Seção de São Paulo.

### **A lei da filantropia: nº 12.101/09**

Feito o necessário contexto da sua edição, cabe-nos analisar o texto da 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.

Veja-se que a nova lei é ordinária e não complementar, como, em tese, deveria ser, conforme argumentos acima expostos, e o assunto é tratado como isenção, ao invés de imunidade, como juridicamente deveria sê-lo.

A lei é a materialização do PL 3.021/08 e de outros que a ele estavam apensados, e a sua intenção e motivação principais estão estampadas no artigo 21, assim redigido:

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.

Tal disposição retirou do CNAS a legitimidade de conceder ou renovar o CEBAS, intenção espelhada pelo governo federal textualmente na exposição de motivos do Projeto de Lei, o que, em nossa modesta opinião, fere o artigo 204, II, CF/88.

O artigo 42 da lei em estudo alterou a LOAS (Lei 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.

A total separação das entidades de acordo com a sua atuação e atividade, pretendida pelo governo federal, 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”, que são indicadas no parágrafo 5º do mesmo artigo como sendo aquelas que estão previstas na LOAS.

Nos seus 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 norma se refere por dez vezes a “regulamentos” que deverão ser editados pelos ministros das respectivas pastas para estabelecer os requisitos que deverão ser cumpridos pelas entidades. Até a segunda quinzena de abril de 2010, entretanto, nenhum dos três ministérios tinha editado qualquer regulamento para aplicação da lei, mesmo ela já estando em vigor há quase cento e cinquenta dias, naquela oportunidade.

A regulamentação ministerial acerca do processo de concessão e renovação do CEBAS se deu pelos Ministérios, conforme demonstrado no capítulo 8 adiante.

A inércia inicial do Poder Público nos mostrou que o previsto no artigo 35 da lei em discussão não se efetivou, no primeiro momento. Tal artigo prevê que os pedidos de renovação de CEBAS protocolados no CNAS e pendentes de julgamento serão julgados pelo Ministério da área no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da edição da lei, ou seja, até 30 de maio de 2010, aproxima-

damente.<sup>30</sup> 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.

Isso gerou 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 analisarão os processos para o ministro, o que, no mínimo, deixa as entidades apreensivas. É claro que tudo pode ser aprendido. Porém, isso é, no mínimo, inquietante. 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 Lei nº 12.101/09, e imprescindível para o requerimento do reconhecimento da “isenção” da cota patronal na 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 na SRFB, em que pese a obtenção do novo certificado se constituir em verdadeiro processo administrativo, também, mas agora no âmbito dos Ministérios.

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, sendo esta definida como atividade econômica (CNAE – Código Nacional de Atividade Econômica) principal constante do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) do Ministério da Fazenda.

O artigo 2º prevê que as entidades deverão obedecer ao princípio da universalidade do atendimento, sendo vedado dirigir suas atividades exclusivamente a seus associados ou a categoria profissional.

---

30 Vide Acórdão n. TC 007.203/2011-0, do TCU – Tribunal de Contas da União, que trata de Relatório de Auditoria realizada nos Ministérios do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e da Saúde, e que possui o seguinte Sumário: RELATÓRIO DE AUDITORIA. PROCEDIMENTOS DE EMISSÃO E RENOVAÇÃO DE CERTIFICADOS DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. DESCUMPRIMENTO DO PRAZO PARA ANÁLISE DE REQUERIMENTOS. RENOVAÇÃO TÁCITA E AUTOMÁTICA DE CERTIFICADOS ANTERIORES E AUSÊNCIA DE SUPERVISÃO, COM RISCO DE CONCESSÃO DE ISENÇÕES INDEVIDAS E DE PREJUÍZOS AO ERÁRIO. RECOMENDAÇÕES E DETERMINAÇÃO. Vide, também, Acórdão n. 2.206/09, Plenário, do TCU.

O artigo 3º indica que a certificação ou sua renovação será concedida à entidade beneficente que demonstre no exercício fiscal anterior ao do requerimento, observado o período mínimo de 12 (doze) meses de constituição da entidade, o cumprimento de requisitos dispostos nela mesma e cumpram, cumulativamente, os requisitos de constituição como pessoa jurídica nos termos do caput do art. 1º (inciso I) e preveja, em seus atos constitutivos, em caso de dissolução ou extinção, a destinação do eventual patrimônio remanescente a entidade sem fins lucrativos congêneres ou a entidades públicas (inciso II). O parágrafo único estipula que o período mínimo de cumprimento dos requisitos de que trata este artigo poderá ser reduzido se a entidade for prestadora de serviços por meio de convênio ou instrumento congêneres com o Sistema Único de Saúde - SUS ou com o Sistema Único de Assistência Social - SUAS, em caso de necessidade local atestada pelo gestor do respectivo sistema.

Os requisitos a serem cumpridos pelas entidades que atuam na área da saúde estão estampados nos artigos 4º a 11 da lei aqui comentada, com algumas alterações que foram promovidas pela Lei nº 12.453, de 21 de julho de 2011.

O percentual de oferta da prestação de serviços ao SUS por tais entidades continua a ser, no mínimo, de 60% (sessenta por cento), para que ela seja considerada beneficente e fazer jus à certificação (art. 4º, II). Importante avanço foi obtido pelas entidades com o previsto no inciso I, do artigo 4º, que possibilita a comprovação do cumprimento das metas estabelecidas em convênio ou instrumento congêneres celebrado com o gestor local do SUS para acesso à certificação.

Outra previsão interessante consta do artigo 11, que reza que a entidade de saúde de reconhecida excelência poderá, alternativamente, para dar cumprimento ao requisito previsto no art. 4º, realizar projetos de apoio ao desenvolvimento institucional do SUS, celebrando ajuste com a União, por intermédio do Ministério da Saúde, nas seguintes áreas de atuação:

- I - estudos de avaliação e incorporação de tecnologias;
- II - capacitação de recursos humanos;
- III - pesquisas de interesse público em saúde; ou
- IV - desenvolvimento de técnicas e operação de gestão em serviços de saúde.

O parágrafo 1º indica que o Ministério da Saúde definirá os requisitos técnicos essenciais para o reconhecimento de excelência referente a cada uma das áreas de atuação previstas neste artigo.

O artigo 7º prevê que, quando a disponibilidade de cobertura assistencial da população pela rede pública de determinada área for insuficiente, os gestores do

SUS deverão observar, para a contratação de serviços privados, a preferência de participação das entidades beneficentes de saúde e das sem fins lucrativos.

O artigo 8º traz a regra alternativa para a entidade da saúde que não consiga cumprir os 60% de prestação de serviços ao SUS em razão da falta de demanda, que deve assim ser declarado pelo gestor local do SUS, ou na hipótese de não contratação dos serviços de saúde da entidade, por falta de interesse. Nesse caso, a entidade deverá comprovar a aplicação de percentual da sua receita bruta em atendimento gratuito de saúde da seguinte forma:

- I – 20% (vinte por cento), se o percentual de atendimento ao SUS for inferior a 30% (trinta por cento);
- II – 10% (dez por cento), se tal percentual for igual ou superior a 30 (trinta) e inferior a 50% (cinquenta por cento); ou
- III – 5% (cinco por cento), se tal percentual for igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) ou se completar o quantitativo das internações hospitalares e atendimentos ambulatoriais, com atendimentos gratuitos informados de acordo com o disposto no art. 5º, não financiados pelo SUS ou por qualquer outra fonte.

As entidades de educação são tratadas pelos artigos 12 a 17 da lei. O artigo 13 prevê que, para a concessão da certificação, a entidade deverá aplicar anualmente em gratuidade pelo menos 20% (vinte por cento) da receita anual efetivamente recebida, nos termos da Lei nº 9.870/99<sup>31</sup>. O parágrafo 1º deste artigo prevê que a entidade deverá:

- I – demonstrar adequação às diretrizes e metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação - PNE, na forma do artigo 214 da Constituição Federal,
- II – atender a padrões mínimos de qualidade, aferidos pelos processos de avaliação conduzidos pelo Ministério da Educação; e
- III – oferecer bolsas de estudo nas seguintes proporções:
  - a) no mínimo, uma bolsa de estudo integral para cada 9 (nove) alunos pagantes da educação básica;
  - b) bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento), quando necessário para o alcance do número mínimo exigido.

Prevê o artigo 14 que a bolsa de estudo refere-se às semestralidades ou anuidades escolares fixadas na forma da lei, vedada a cobrança de taxa de matrícula e de custeio de material didático e que (§ 1º) a integral será concedida a aluno cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de 1 1/2 (um e meio) salário mínimo e que (§ 2º) a parcial será concedida àquele cuja renda, medida nos mesmos moldes, não exceda o valor de 3 (três) salários mínimos.

---

31 Esta lei dispõe sobre o valor total das anuidades escolares.

O artigo 15 prevê que aluno a ser beneficiado será pré-selecionado pelo perfil socioeconômico, a ser aferido pelas entidades e, cumulativamente, por outros critérios definidos pelo Ministério da Educação (§ 2º).

O artigo 17 teve sua redação original alterada pela Lei nº 12.688, de 18 de julho de 2012, e prevê que “No ato de concessão ou de renovação da certificação, as entidades de educação que não tenham aplicado em gratuidade o percentual mínimo previsto no caput do art. 13 poderão compensar o percentual devido nos 3 (três) exercícios subsequentes com acréscimo de 20% (vinte por cento) sobre o percentual a ser compensado, mediante a assinatura de Termo de Compromisso, nas condições estabelecidas pelo MEC.”

Coube aos artigos 18 a 20 tratar da certificação das entidades de assistência social que presta serviços ou realiza ações assistenciais, de forma gratuita, continuada e planejada, para os usuários e a quem deles necessitar, sem qualquer discriminação, observada a LOAS.

O parágrafo 4º do artigo 18 prevê que as entidades certificadas como de assistência social terão prioridade na celebração de convênios, contratos, acordos ou ajustes com o poder público para a execução de programas, projetos e ações de referida área.

O artigo 19 prevê como requisitos para a certificação da entidade de assistência social estar inscrita no respectivo Conselho Municipal de Assistência Social ou no Conselho de Assistência Social do Distrito Federal, conforme o caso, nos termos do art. 9º da LOAS (inciso I) e integrar o cadastro nacional de entidades e organizações de assistência social de que trata o inciso XI do art. 19 da LOAS (inciso II).

O artigo 20 prevê que a comprovação do vínculo da entidade de assistência social à rede socioassistencial privada no âmbito do SUAS é condição suficiente para a concessão da certificação, no prazo e na forma a serem definidos em regulamento.

Os artigos 21 a 25 tratam da concessão e do cancelamento da certificação. Sobre os artigos 21 e 22 já nos referimos acima. O artigo 23 foi vetado pelo Presidente da República.

O artigo 24 prevê que os Ministérios deverão zelar pelo cumprimento das condições que ensejaram a certificação da entidade como beneficente de assistência social e que deverão confirmar que tais exigências estão sendo atendidas por ocasião da apreciação do pedido de renovação da certificação, cujo requerimento (§ 1º) deverá ser protocolado com antecedência mínima de 6 (seis) meses do ter-

mo final de sua validade. O § 2º reza que a certificação da entidade permanecerá válida até a data da decisão sobre o requerimento de renovação tempestivamente apresentado.

O artigo 25 diz que, constatada a inobservância das exigências será cancelada a certificação, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

O artigo 26 cuida do recurso que poderá ser interposto pela entidade contra a decisão que indeferir o requerimento para concessão ou renovação de certificação e da que cancelar esta, devendo haver a participação da sociedade civil, na forma a ser definida em regulamento.

O artigo 27 traz a possibilidade de representação das entidades e a relação dos órgãos que podem fazê-lo, na hipótese de verificação de prática de irregularidade na entidade certificada. Além do Ministério Público, podem representar a entidade:

- I - o gestor municipal ou estadual do SUS ou do SUAS, de acordo com a sua condição de gestão, bem como o gestor da educação municipal, distrital ou estadual;
- II - a Secretaria da Receita Federal do Brasil;
- III - os conselhos de acompanhamento e controle social previstos na Lei nº 11.404/07 e os Conselhos de Assistência Social e de Saúde; e
- IV - o Tribunal de Contas da União. O artigo 28 estipula questão de ordem procedimental da representação.

O artigo 29 substitui a relação até então constante do artigo 55 da Lei nº 8.212/91, revogado, e prevê que fará jus à isenção do pagamento das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212/91, a entidade que atenda, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

- I - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos;
- II - aplique suas rendas, seus recursos e eventual superávit integralmente no território nacional, na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais;
- III - apresente certidão negativa ou certidão positiva com efeito de negativa de débitos relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e certificado de regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;
- IV - mantenha escrituração contábil regular que registre as receitas e despesas, bem como a aplicação em gratuidade de forma segregada, em consonância com as normas emanadas do Conselho Federal de Contabilidade;
- V - não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto;
- VI - conserve em boa ordem, pelo prazo de 10 (dez) anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem e a aplicação de seus recursos e os relativos a atos ou operações realizados que impliquem modificação da situação patrimonial;
- VII - cumpra as obrigações acessórias estabelecidas na legislação tributária;
- VIII - apresente as demonstrações contábeis e financeiras devidamente auditadas por auditor independente legalmente habilitado nos Conselhos Regionais de Contabilidade quando a receita bruta anual auferida for superior ao limite fixado pela

### **Lei Complementar no 123/06.**

O artigo 30 restringe a isenção à entidade requerente e não a estende a entidade com personalidade jurídica própria, mesmo que constituída e mantida pela entidade à qual a isenção foi concedida.

O artigo 31 foi objeto de comentários acima e o artigo 32 prevê que, constatado o descumprimento dos requisitos de certificação pela entidade, a fiscalização da Secretaria da Receita Federal do Brasil lavrará o auto de infração relativo ao período correspondente e relatará os fatos que demonstram o não atendimento de tais requisitos para o gozo da isenção e que (§ 1º) considerar-se-á automaticamente suspenso o direito à isenção das contribuições referidas no art. 31 durante o período em que se constatar o descumprimento de requisito na forma deste artigo, devendo o lançamento correspondente ter como termo inicial a data da ocorrência da infração que lhe deu causa.

As disposições gerais e transitórias são tratadas nos artigos 33 a 38 e as disposições finais nos artigos 40 a 45.

O governo, imbuído do seu viés arrecadatário, vem atuando fortemente na fiscalização das entidades sem fins lucrativos certificadas. É nesse sentido o previsto no artigo 40 da lei em questão, 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.

Não podemos esquecer que os assustadores pareceres das Consultorias Jurídicas dos Ministérios da Previdência e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome também serão utilizados pela fiscalização governamental para encurtar o alcance das atividades desenvolvidas pelas entidades sem fins lucrativos.

### **O confronto da Lei nº 12.101/09 com a MP nº 446/08**

A Lei nº 12.101/09 prevê, no artigo 35, que os pedidos de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social protocolados e que ainda não tinham sido julgados até 30 de novembro de 2009 serão julgados pelo Ministério da área no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da referida data. O parágrafo 1º desse artigo determina que as representações em curso no CNAS, em face da renovação do certificado, serão julgadas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei.

A Medida Provisória (MP) nº 446/08, por outro lado, deferiu, prejudicou e extinguiu processos e representações contra as entidades que tramitavam no CNAS.

É sabido que os efeitos produzidos por tal MP, durante a sua vigência, se convalidaram, diante da aplicação do artigo 62, § 11, da Constituição Federal. Portanto, os processos de concessão originária e de renovação de CEBAS que tramitavam no CNAS ao tempo da vigência da MP foram deferidos, as representações ficaram prejudicadas e os recursos estariam 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 a mereciam.

Eis o comparativo entre os textos legais da MP e da lei em discussão:

MP nº 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 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 lei mandou que os Ministérios da área de atuação da entidade os julgassem em 180 dias a contar de 30 de novembro de 2009. Isso ainda não aconteceu plenamente e, pelo movimento dos ministérios, demorará.

Ora, ou a Constituição Federal vige, é válida 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 insegu-

rança jurídica, como nunca antes se tinha visto na história deste país.

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

### **A regulamentação da Lei nº 12.101/09 pelos Ministérios**

A Lei nº 12.101/09 foi regulamentada pelos Decretos n. 7.237/10 e 7.300/11 e alterada, especificamente no tocante à área da saúde, pela Lei nº 12.453/11, e, na educação, pela Lei nº 12.688/12.

Aquela lei se referiu várias vezes a regulamentos que deveriam ser elaborados pelos Ministérios que ela legitimou para, no lugar do CNAS – Conselho Nacional de Assistência Social –, conceder ou renovar o CEBAS das entidades sem fins lucrativos, divididas de acordo com a sua área de atuação preponderante.

E assim os Ministérios fizeram, alguns com enorme atraso.

O Ministério da Saúde só veio a editar norma legal para tratar do assunto quase um ano após a edição da lei federal em questão, o que fez por meio da Portaria nº 3.355, em 04 de novembro de 2010, que dispôs sobre o processo de Certificação das Entidades Beneficentes de Assistência Social na área da Saúde. Esta Portaria trazia no seu bojo e nos seus anexos questões quase ininteligíveis e exigia informações que as entidades não tinham condições de produzir, seja porque nunca haviam sido exigidas, seja porque elas não possuíam condições operacionais e nem softwares que pudessem ser utilizados para preparar as informações, seja porque não possuíam condições financeiras de adquiri-los. Enfim, a Portaria era a verdadeira “letra morta”, por simples impossibilidade de seu cumprimento.

A equipe técnica que passou a trabalhar em referido Ministério teve sensibilidade suficiente para identificar este cenário macabro e, de forma consciente, passou a dialogar com o setor para que se chegasse a denominador comum que evitasse o fingimento de ambas as partes, diante da existência de norma jurídica impraticável.

A partir da interação havida entre o Ministério da Saúde e a Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas – CMB, foi possível a revogação<sup>32</sup> daquela norma por meio da edição da Portaria n. 1.970, de 16 de agosto de 2011, do Gabinete do Ministro, que vige até os dias atuais.

Esta nova Portaria é adequada para regulamentar o assunto porque considerada as características específicas das instituições ao subdividi-las em 6 classificações, a partir da “forma como a entidade pretenda comprovar sua condição de

32 Portaria n. 1.970/11, do Gabinete do Ministro da Saúde, art. 66.

beneficente para fins de certificação<sup>33</sup>.

São as seguintes as possibilidades de enquadramento das entidades que atuam preponderantemente na área da saúde, cada uma com requisitos próprios que devem ser observados por ocasião do pedido de concessão ou renovação do CEBAS:

- I – entidade que busque a comprovação de sua condição de beneficente pela prestação anual de serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento);
- II - entidade que busque a comprovação de sua condição de beneficente pela prestação anual de serviços ao SUS em percentual menor que 60% (sessenta por cento) e por aplicação de percentual da receita efetivamente recebida da prestação de serviços de saúde em gratuidade;
- III - entidade cujos serviços de saúde não forem objeto de contratação pela ausência de interesse do gestor do SUS e que busque a comprovação de sua condição de beneficente pela aplicação do percentual de 20% (vinte por cento) da receita efetivamente recebida da prestação de serviços de saúde em gratuidade;
- IV - entidade que busque a renovação de sua condição de beneficente mediante a realização de projetos de apoio ao desenvolvimento institucional do SUS;
- V - entidade que busque a comprovação de sua condição de beneficente pelo estabelecimento de parcerias, além de observar o disposto nos incisos I, II e III deste artigo [9º], no que couber, [...];
- VI - entidade que busque a comprovação de sua condição de beneficente conforme o disposto no art. 110<sup>34</sup> da Lei nº 12.249, de 2010, disposição essa que foi regulamentada pelo Decreto nº. 7.300/11.

Referida Portaria menciona nos seus “considerandos” o Decreto nº 7.530/11, que versa sobre as competências do Departamento Nacional de Certificação de Entidades Beneficentes de Assistência Social em Saúde (DCEBAS/SAS/MS).

Além disso, a Portaria GM/MS n. 1.970/11 instituiu o “Comitê Consultivo do DCEBAS/SAS/MS, com a finalidade de assistir o referido Departamento, sem participar da instrução e julgamento do processo de certificação e renovação do CEBAS-SAÚDE<sup>35</sup>, e que ele “será integrado por representante, titular e suplente, dos seguintes órgãos e entidades:

- I – DCEBAS/SAS/MS, cujo Diretor será o representante titular;
- II – Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS);

33 Portaria n. 1.970/11, do Gabinete do Ministro da Saúde, art. 9º.

34 Art. 110. As entidades da área de saúde certificadas até o dia imediatamente anterior ao da publicação da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, que prestam serviços assistenciais de saúde não remunerados pelo Sistema Único de Saúde - SUS a trabalhadores ativos e inativos e respectivos dependentes econômicos, decorrentes do estabelecido em Norma Coletiva de Trabalho, desde que, simultaneamente, destinem no mínimo 20% (vinte por cento) do valor total das isenções de suas contribuições sociais em serviços, com universalidade de atendimento, a beneficiários do SUS, mediante pacto do gestor do local, terão concedida a renovação, na forma do regulamento.

35 Portaria n. 1.970/11, do Gabinete do Ministro da Saúde, art. 4º.

- III – Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS);
- IV – Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas (CMB); e
- V – Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS).”<sup>36</sup>

No que diz respeito ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), ele só veio a editar norma para estabelecer os “procedimentos relativos à certificação de entidades beneficentes de assistência social” em 30 de dezembro de 2010, mais de um ano após a edição da Lei nº 12.101/09, o que fez por meio da Instrução Normativa nº 1, da Secretaria Nacional de Assistência Social, publicada no Diário Oficial da União de 3 de janeiro de 2011, que foi retificada pela Instrução Normativa nº 2, de 18 de janeiro de 2011.

Antes, em 30 de setembro de 2010, a então Ministra de referida Pasta editou a Portaria n. 710, que estabelecia “as competências e atribuições relativas à certificação das entidades beneficentes de assistência social” no âmbito daquele Ministério. Tal Portaria foi publicada no Diário Oficial da União em 1º de outubro de 2010.

A Instrução Normativa nº 1, da Secretaria Nacional de Assistência Social, vigorou até 23 de dezembro de 2011, quando a Ministra da Pasta editou a Portaria nº 353, publicada no Diário Oficial da União de 26 de dezembro de 2011, que estabeleceu

as normas e “procedimentos relativos à certificação de entidades beneficentes de assistência social”, no âmbito de tal Ministério e que revogou<sup>37</sup> expressamente aquela primeira regra jurídica.

A certificação das entidades em tal Ministério foi delegada à Secretaria Nacional de Assistência Social, conforme prevê o artigo 2º da Portaria n. 353: “Art. 2º - A certificação será concedida pela Secretaria Nacional de Assistência Social - SNAS às entidades ou organizações de assistência social que realizam ações socioassistenciais de forma gratuita, a quem delas necessitar, sem qualquer discriminação, e segundo o princípio da universalidade, observada a Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, e o Decreto nº 6.308, de 14 de dezembro de 2007. [...]”

A Portaria nº 353/11, do Gabinete do Ministro do MDS, possui pouco tempo, não sendo possível, ainda, tratar de sua casuística.

Em março de 2012, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome editou Orientação Conjunta<sup>38</sup> com o CNAS – Conselho Nacional de Assistência

<sup>36</sup> Portaria n. 1.970/11, do Gabinete do Ministro da Saúde, art. 4º, § 1º.

<sup>37</sup> Portaria n. 353, do Gabinete da Ministra do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, art. 43.

<sup>38</sup> <http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/certificacao>, Acesso em 11 abr 2012, 16h04

Social. Trata-se de documento que contém 58 páginas e que aborda a “inscrição de entidades de assistência social nos Conselhos de Assistência Social Municipais e do Distrito Federal – CAS, nos termos da Resolução CNAS nº 16/10 e questões frequentes sobre o processo de certificação de entidades beneficentes de assistência social no âmbito do MDS.”

Referido documento faz menção a algumas Resoluções<sup>39</sup> do CNAS que precisam ser obrigatoriamente seguidas pela entidade que atua preponderantemente na área da assistência social e traz modelos (nos anexos) que precisam ser utilizados pelas instituições interessadas e/ou enquadradas em tal área de atuação.

O Decreto nº 7.079/10 aprovou a “estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções gratificadas” do MDS e estabeleceu, no artigo 21, as competências do Departamento da Rede Socioassistencial Privada do Sistema Único de Assistência Social que, dentre várias, possui a de (II) “proceder à certificação das entidades beneficentes de assistência social que prestam serviço ou realizam ações assistenciais, nos termos da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009.”

Referido Decreto foi revogado pelo artigo 7º do Decreto nº 7.493/11, que entrou em vigor em 17 de junho de 2011 (artigo 6º), e que manteve a mesma previsão e numeração de artigos do decreto anterior.

A título de curiosidade, consta do site<sup>40</sup> oficial do MDS a pergunta assim formulada: “Quais são os benefícios do Certificado?”, seguida da resposta: “O Certificado é um dos documentos exigidos para solicitar as seguintes isenções de contribuições sociais: a) parte patronal da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento; b) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL; c) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS; d) Contribuição PIS/PASEP; e e) Contribuições dispensadas: as devidas a terceiros, nos termos do artigo 3º, parágrafo 5º da Lei 11.457/07. Importante: a certificação também possibilita o parcelamento de dívidas com o Governo Federal, nos termos do artigo 4º, parágrafos 12 e 13 da Lei nº 11.345, de 14 de setembro de 2006.” (sic)

O Ministério da Educação (MEC) é o que menos produziu regulamentos para tratar da certificação das entidades. O primeiro ato neste sentido foi a edição da Portaria nº 02<sup>41</sup>, de 27 de maio de 2010 [com 6 artigos], da lavra do chefe de gabinete do Ministro de Estado da Educação, que resolveu direcionar à Secretaria

39 Resoluções CNAS nºs.: 191/05; 237/06; 109/09; 16/10; 27/11; 33/11; 34/11.

40 <http://www.mds.gov.br/falemds/perguntas-frequentes/assistencia-social/certificacao-de-entidades/certificacao-de-entidades>, acesso em 11 abr 2012, 16h29

41 <http://www.audisa.net/arquivos/1279290930.pdf>, acesso em 11 abr 2012, 17h08

de Educação Básica – SEB a atribuição da “certificação das entidades beneficentes de assistência social que atuam preponderantemente na educação básica” e à Secretaria de Educação Superior – SESu, a certificação daquelas que atuam preponderantemente na educação superior, conforme se lê dos artigos 2º e 3º, respectivamente.

Quase três meses depois, em 20 de julho de 2010, o Ministro da Educação editou a Portaria nº 920, com 3 artigos, que estabeleceu “os procedimentos para o cadastramento de entidades sem fins lucrativos, atuantes na área da educação, nos termos do disposto no art. 40, parágrafo único, da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009.”

O despacho Secretário de Regulação e Supervisão da Educação Superior nº 100, datado de 22 de maio de 2013 (DOU Seção 1 – 23.05.2013), determinou que, “a partir de 3 de junho de 2013, os pedidos de concessão ou renovação de Certificação das Entidades Beneficentes de Assistência Social na Área de Educação - CEBAS - EDUCAÇÃO devem ser formalizados exclusivamente por meio do Sistema de Certificação das Entidades Beneficentes de Assistência Social – SISCEBAS.”

As entidades que atuam na educação devem observar a Instrução Normativa nº 1, de 15 de julho de 2013, do Gabinete do Ministro, publicada no DOU Seção 1, em 16.07.2013, que “regula os procedimentos de apresentação, recebimento, análise, aprovação, execução e supervisão de celebração de termo de compromisso a ser firmado entre o Ministério da Educação e as entidades beneficentes de assistência social da área e educação, que tiverem seus pedidos de renovação e ou concessão de certificados indeferidos unicamente por não terem cumprido o percentual de gratuidade estabelecido no caput do art. 13 da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, com vistas ao atendimento do quanto estabelecido no art. 24 da Lei nº 12.688/2012, que alterou o artigo 17 da Lei nº 12.101/2009.”

Consta do site<sup>42</sup> do Ministério da Educação que “O certificado CEBAS será concedido pelo MEC à entidade com atuação preponderante na área da Educação, que oferte ensino regular e presencial na Educação Básica (Educação Infantil, Ensino Fundamental, Ensino Médio) e/ou no Ensino Superior, devendo estar cadastrada nos sistemas e-MEC e/ou Educacenso do INEP.” (sic)

Basicamente, a orientação a ser seguida para se perseguir a concessão originária ou a renovação do CEBAS se resume à encontrada na própria Lei nº 12.101/09 e no Decreto que a regulamentou, o nº 7.237/10, alterado pelo de nº 7.300/10.

<sup>42</sup> [http://cebas.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=49%3Acebas-duvidas-gerais&catid=10%3Acertificacao&Itemid=45](http://cebas.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=49%3Acebas-duvidas-gerais&catid=10%3Acertificacao&Itemid=45), acesso em 11 abr 2012, 17h37.

**A alteração da Lei nº 12.101/09 pela Medida Provisória nº 620, de 2013.**

Desde a sua edição, a lei em debate gerou muita discussão a respeito da consequência da sua aplicação para as instituições. Isso mobilizou muitas entidades, profissionais e políticos para que alguns de seus artigos fossem alterados, o que foi intensamente discutido ao longo dos últimos quatro anos no Parlamento.

Finalmente, no início de setembro de 2013, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei n. 6.149/13 (Projeto de Lei de Conversão - PLV – n. 22/13), cujo texto será incluído na alteração da Medida Provisória nº 620, editada em 12 de junho de 2013, que originariamente cuida de aspectos do Programa Minha Casa Minha Vida (Minha Casa Melhor). Poucas semanas antes a Câmara dos Deputados também já havia aprovada a alteração pretendida.

A redação do texto aprovada traz alterações importantes para as entidades, pois trata de diversos pontos a respeito: a) do destino do protocolo intempestivo de pedidos de renovação do CEBAS, b) da extensão de validade do prazo do CEBAS para 5 (cinco) anos, dependendo da data de protocolo do pedido de renovação (entre 30.11.2009 e 31.12.2011, c) do prazo de antecedência para protocolo do pedido de renovação do CEBAS, que deixa de ser de 6 (seis) meses e passa a poder ser feito “no decorrer dos 360 (trezentos e sessenta) dias que antecedem o termo final de validade”, d) do período de cobrança de débitos tributários, e) do lançamento de créditos tributários e de seu sobrestamento, no caso de interposição de recurso pela entidade, f) da possibilidade de remuneração de dirigentes estatutários (máximo de 70% - setenta por cento – do teto do Executivo federal), com alteração do artigo 12 da Lei nº 9.532/97, g) da substituição da exigência de cumprimento da meta do contrato com o gestor do SUS pela celebração do contrato, h) da adição de até 10% (dez por cento) ao total da prestação de serviços ofertados ao SUS no caso de a entidade aderir a programas e estratégias prioritárias definidas pelo Ministério da Saúde, h) da utilização da média de todo o período da certificação, caso a entidade de saúde não cumpra os requisitos para renovação do CEBAS no último ano, desde que prestados no mínimo 50% (cinquenta por cento) de seus serviços ao SUS em cada ano, i) da aplicação de percentual da receita das entidades que atuam na saúde em gratuidade na área da saúde, no caso de não haver interesse do gestor local do SUS na contratação dos serviços ou se o percentual de prestação de serviços ao SUS for inferior a 30%, j) da possibilidade de certificação de entidades que atuem na promoção da saúde, desde que não haja exigência de contraprestação do usuário pelas ações e serviços de saúde realizados, k) da possibilidade de certificação de comunidades

terapêuticas pelo Ministério da Saúde como entidades de saúde ou como atuantes na promoção da saúde, sendo necessária, neste caso, a aplicação de 30% da sua receita em ações de gratuidade pactuada com o gestor local do SUS, D) da possibilidade de processos protocolados no ano de 2009 serem analisados conforme o exercício de 2009, ao invés de 2008.

O texto final, aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, vai para a sanção presidencial para que seja transformado em lei e inicie a produção de efeitos, o que ainda não havia acontecido até o momento em que este artigo foi escrito.

### **Conclusão**

A situação das entidades sem fins lucrativos portadoras do CEBAS, que foi regida por mais de onze anos pelo Decreto nº 2.536/98, foi alterada pela Lei nº 12.101/09. Isso causou e continua causando insegurança jurídica porque as entidades até então não sabiam e ainda não têm certeza da permanência das regras regulamentadoras da concessão e renovação do CEBAS editadas pelos Ministérios aos quais passaram a se relacionar diretamente, por força de referida lei. A alteração legislativa aprovada para ser incluída na Medida Provisória nº 620 promete ser paliativo importante para minimizar os malefícios que a lei primitiva vinha causando às entidades.

O futuro não é nada animador, consequência, principalmente, do imobilismo inacreditável das entidades sem fins lucrativos diante de questões tão importantes que lhes dizem respeito diretamente, mas que foram relegadas ao segundo plano, num ato de ceticismo e subestimação da força da fiscalização governamental quando o Projeto de Lei n. 3.021/08 foi proposto pelo Poder Executivo e que viria a se transformar na Lei nº 12.101/09.

As entidades sem fins lucrativos devem buscar o reconhecimento de seu protagonismo no atendimento dos cidadãos brasileiros. 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.

Cabe às entidades colocar os pingos nos is e mostrar à sociedade as benesses, efeitos e consequências que suas atividades lhes trazem, exigir do governo, seja qual seja, o respeito e reconhecimento que merecem e não se curvarem a arremedos ditatoriais concretizados em legislação tupiniquim (perdoem-me os índios capixabas por usar indevidamente o substantivo que identifica o seu povo) que as estrangulam.

### Referências

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal.
- GOMES, Laurentino. 1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 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. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.) Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado: Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. Terceiro Setor – Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- SPOSATI, Aldáiza de Oliveira. Cidadania ou filantropia: um dilema para o CNAS. São Paulo: Núcleo de Seguridade e Assistência Social da PUC/SP, São Paulo, 1994.
- TEIXEIRA, Josenir. O Terceiro Setor em Perspectiva - da estrutura à função social. Belo Horizonte: Fórum, 2011.



## 1.13 - Possibilidade legal de remuneração da Diretoria Estatutária de entidades sem fins lucrativos possuidoras de CEBAS

### Sobre

Publicado pela Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS -, ano 8, n. 15, janeiro/junho 2014, p. 9 a 28

### Introdução

Vem de décadas a restrição de remuneração<sup>1</sup> de membros da diretoria estatutária de entidades que possuem o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS.<sup>2</sup>

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

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

os dispositivos ampliam inadequadamente a possibilidade, excepcional, de remuneração de dirigentes de associações assistenciais ou fundações sem fins lucrativos, ampliando, inclusive, as hipóteses de imunidade e isenção tributárias. Ainda que se entenda o mérito da proposta, há que se fixar um limite a tais remunerações, mais seguro juridicamente que o ‘valor de mercado’, como previsto na proposta. Além disso, há outra proposição, já aprovada pelo Congresso Nacional e a ser enviada também para sanção, que trata justamente desta matéria, impondo, no entanto, limites mais adequados e juridicamente mais seguros a tais remunerações.<sup>3</sup>

---

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

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

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

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

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

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

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

### **Inexistência de proibição legal de remuneração de dirigente estatutário**

Nunca houve a proibição de remunerar os dirigentes estatutários de pessoas jurídicas constituídas sob a forma de associação civil sem fins lucrativos. Não se vê restrição neste sentido no Código Civil (CC) na sua redação de 1916 e nem na de 2002. E é este o diploma legal que rege a criação de tais pessoas jurídicas, conforme prevê a Lei n. 10.406/02, nos seus artigos 53<sup>4</sup> e seguintes. Se não era proibido era permitido. Uma associação civil sem fins lucrativos pode, e sempre pôde, remunerar a sua diretoria estatutária.

A confusão talvez tenha se originado porque leis que criaram títulos, qualificações ou certificações (expressões sinônimas) proibiram a remuneração da diretoria<sup>5 6</sup> estatutária por parte das associações civis que manifestassem interesse

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

5 Diretoria é o órgão responsável pela gestão da organização e pela execução da vontade social, além de representar a entidade ativa e passivamente nos atos jurídicos e extrajudiciais. Tem a função de colocar em prática as diretrizes e metas estabelecidas pelo Conselho, executando a administração cotidiana da entidade. Autor: Luiz Carlos Merege/Revista Integração. MEREGE, Luiz Carlos, Márcia Moussallem (Organizadores). Dicionário do Terceiro Setor. São Paulo: Plêiade, 2011. p. 92

6 Não é [a Diretoria], via de regra, órgão colegiado, na medida em que seus membros (diretores) têm funções estatutárias que devem individualmente cumprir com total responsabilidade pessoal pelos atos praticados no exercício dessas mesmas funções, independentemente do ônus da solidariedade, nos casos e circunstâncias previstos expressamente no estatuto. Embora não seja um órgão colegiado, também a lei vigente não impede que o estatuto possa determinar que algumas decisões sejam tomadas em reunião. Essas deliberações não desnaturam a responsabilidade individual dos diretores. Os

em pleiteá-los ou obtê-los.

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

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

A definição legal do que seja “entidade sem fins lucrativos” consta de diversos e antigos dispositivos.<sup>7</sup> Para efeito deste breve apontamento tomamos emprestada a conceituação constante da Lei n. 12.873, editada em 24 de outubro de 2013, que institui o Programa de Fortalecimento das Entidades Privadas Filantrópicas e das Entidades sem Fins Lucrativos que Atuam na Área da Saúde e que Participam de Forma Complementar do Sistema Único de Saúde – PROSUS, e que assim dispõe:

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

Transcrevemos da Lei n. 13.019/14 a definição de “organizações da sociedade civil”, expressão sinônima de “entidade sem fins lucrativos”, que podem ser criadas sob a forma jurídica de associação<sup>8</sup> ou fundação<sup>9</sup>:

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

I - organização da sociedade civil: pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, em-

---

diretores acumulam, no exercício de seus cargos, as funções de gestão e representação da associação, conforme o que dispuser para cada um deles o estatuto social. As reuniões da diretoria deverão ser consignadas em atas e lançadas em livro próprio, sendo que por se tratar de órgão da administração, cujas deliberações importam em responsabilidade individual dos diretores, não se admite ata sumária. Observe-se que se as deliberações da diretoria produzirem efeitos perante terceiros (v.g., nomeação de gerentes, mudança do local da sede da associação, celebração de financiamento etc.) deverão ser as respectivas atas arquivadas no Cartório de Registro de Títulos e Documentos. (sic) PAES, José Eduardo Sabo. Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.139 e 140.

<sup>7</sup> Lei 9.532/97 – Art. 12. [...] § 3º Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais. [...]

<sup>8</sup> Código Civil, art. 53 e seguintes.

<sup>9</sup> Código Civil, art. 62 e seguintes.

pregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

### **Histórico da lei de regência do CEBAS**

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

### A alteração da postura governamental

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

§ 3º O disposto nos §§ 1º e 2º **não impede a remuneração da pessoa do dirigente estatutário** ou diretor que, cumulativamente, tenha vínculo estatutário e empregatício, exceto se houver incompatibilidade de jornadas de trabalho.<sup>10</sup> (gr)

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

10 Orientação neste sentido existia desde 1996, conforme consta do Parecer n. 639/96 da Consultoria Jurídica do (então) Ministério da Previdência e Assistência Social, assim ementado: “Resposta à Consulta do Exmo. Presidente do Conselho de Recursos da Previdência Social. Exegese do artigo 55, inciso IV da Lei de Custeio (Lei 8.212/91) no que se refere a não percepção por seus dirigentes ou instituidores de remuneração em harmonia com o art. 5º, inciso XIII da Lei Magna que se refere à liberdade de profissão. Necessidade de harmonização de dois bens jurídicos relevantes. A interpretação a ser dada ao art. 55, inciso IV indica a impossibilidade de cassação e não concessão de isenção pelo fato do dirigente ser remunerado por atividade não estatutária.” In TEIXEIRA, Josenir. Anotações sobre as alterações produzidas pela Lei nº 12.868/13 na concessão ou renovação do CEBAS. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, p. 51-70, jul/dez 2013. p. 59.

### **Análise das condições viabilizadoras da remuneração de dirigentes estatutários de entidades portadoras de CEBAS**

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

O inciso I<sup>11</sup> do parágrafo primeiro<sup>12</sup> trata dos dirigentes não estatutários, que não é objeto deste estudo. A lei positivou a possibilidade de cumulação da função executiva com a estatutária, que é tratada mais adiante no parágrafo terceiro<sup>13</sup> do mesmo artigo, que a autoriza, desde que haja compatibilidade de horários das jornadas de trabalho.

O inciso II<sup>14</sup> do parágrafo primeiro limita o ganho do dirigente estatutário a 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo federal. Levando em consideração o salário da Presidente da República<sup>15</sup>, servidora chefe do Poder Executivo Federal, que é de R\$26.723,13 (vinte e seis mil, setecentos e vinte e três reais e treze centavos) e sobre ele obtivermos o percentual indicado, chegaremos ao valor máximo de remuneração de R\$18.706,19 (dezoito mil, setecentos e seis reais e dezenove centavos).<sup>16</sup>

O inciso I<sup>17</sup> do parágrafo segundo<sup>18</sup> impede que o dirigente estatutário que pretenda ser remunerado tenha parentesco até terceiro grau com as pessoas que ele identifica.

O inciso II<sup>19</sup> do parágrafo segundo prevê que o valor total a ser pago aos diretores estatutários que formam a diretoria não pode ultrapassar R\$93.530,95 (noventa e três mil, quinhentos e trinta reais e noventa e cinco centavos), se levarmos

---

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

12 § 1º A exigência a que se refere o inciso I do caput não impede: [...]

13 § 3º O disposto nos §§ 1º e 2º não impede a remuneração da pessoa do dirigente estatutário ou diretor que, cumulativamente, tenha vínculo estatutário e empregatício, exceto se houver incompatibilidade de jornadas de trabalho.

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

15 Disponível em <http://www.portaldatransparencia.gov.br/servidores/Servidor-DetalhaRemuneracao.asp?Op=2&IdServidor=1806350&CodOrgao=20101&CodOS=20101&blInformacaoFinanceira=True>. Acesso em 23 jan 2014, 17h00.

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

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

18 § 2º A remuneração dos dirigentes estatutários referidos no inciso II do § 1º deverá obedecer às seguintes condições: [...]

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

em consideração a base de cálculo acima apontada (R\$18.706,19 x 5).

Finalmente, o parágrafo terceiro<sup>20</sup> permite a remuneração do dirigente estatutário que também ocupar cargo na diretoria executiva, desde que não haja incompatibilidade de jornadas de trabalho, ou seja, não se podem utilizar as mesmas horas do dia para realizar ambas as funções.

Por dedução lógica, se a função exercida na diretoria executiva for realizada no horário comercial e a da diretoria estatutária for cumprida à noite, viabilizada está a possibilidade de cumulação das funções e recebimentos distintos, mas somados.<sup>21</sup> De outro jeito, mas se chegando à mesma conclusão, se a função exercida na diretoria executiva for realizada de manhã e a da diretoria estatutária à tarde, da mesma forma é viável a remuneração de ambas, concomitantemente.

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

### **A previsão do Código Tributário Nacional**

O artigo 29 da Lei n. 12.101/09 reproduz nos seus incisos<sup>22</sup> as mesmas disposições constantes do artigo 14 do Código Tributário Nacional (CTN, Lei n. 5.172/66), lei que possui status de complementar, em que pese ser ordinária na sua origem. Devemos tecer comentários a respeito do art. 14, CTN, que assim dispõe:

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

I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a auto-

20 § 3º O disposto nos §§ 1º e 2º não impede a remuneração da pessoa do dirigente estatutário ou diretor que, cumulativamente, tenha vínculo estatutário e empregatício, exceto se houver incompatibilidade de jornadas de trabalho.

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

22 Art. 29. A entidade beneficente certificada na forma do Capítulo II fará jus à isenção do pagamento das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, desde que atenda, cumulativamente, aos seguintes requisitos: [...] II - aplique suas rendas, seus recursos e eventual superávit integralmente no território nacional, na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais; [...] IV - mantenha escrituração contábil regular que registre as receitas e despesas, bem como a aplicação em gratuidade de forma segregada, em consonância com as normas emanadas do Conselho Federal de Contabilidade; V - não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto; [...]

ridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

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

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

Enquanto a hipótese prevista no inciso I do artigo acima transcrito encerra a ideia de “distribuir” (o patrimônio), que significa “entregar uma parcela (de algo); repartir, dividir; doar (bens, donativos, presentes etc.); espalhar”<sup>23</sup> etc., a “remuneração” implica na “retribuição por serviço ou favor prestado; gratificação, ger. em dinheiro, por trabalho realizado;”<sup>24 25</sup>

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

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

### **A alteração da previsão da Lei n. 9.532/97 e do RIR**

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

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

23 Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 2.0

24 Idem.

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

cautelar parcialmente deferida.

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

2. À luz desse critério distintivo, parece ficarem incólumes à eiva da inconstitucionalidade formal argüida os arts. 12 e §§ 2º (salvo a alínea f) e 3º, assim como o parágraf. único do art. 13; ao contrário, é densa a plausibilidade da alegação de invalidez dos arts. 12, § 2º, f, 13, caput, e 14 e, finalmente, se afigura chapada a inconstitucionalidade não só formal mas também material do § 1º do art. 12, da lei questionada.

3. Reserva à decisão definitiva de controvérsias acerca do conceito da entidade de assistência social, para o fim da declaração da imunidade discutida - como as relativas à exigência ou não da gratuidade dos serviços prestados ou à compreensão ou não das instituições beneficentes de clientela restrita e das organizações de previdência privada: matérias que, embora não suscitadas pela requerente, dizem com a validade do art. 12, caput, da L. 9.532/97 e, por isso, devem ser consideradas na decisão definitiva, mas cuja deliberação não é necessária à decisão cautelar da ação direta.<sup>26</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>26</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 1802 MC / DF - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 27.08.1998, p. DJ 13.02.2004.

houver incompatibilidade de jornadas de trabalho.

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

O Regulamento do Imposto de Renda (RIR), editado pelo Poder Executivo e positivado pelo Decreto n. 3.000/99, regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Ele traz previsão (e redação) idêntica à constante da Lei 9.532/97, no que diz respeito a até então impossibilidade de remuneração de dirigentes estatutários de entidades sem fins lucrativos que pretendessem gozar de imunidade tributária<sup>27</sup>. Eis o seu dispositivo:

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

[...]

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

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

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

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

Não seria lógico, nem de bom senso, nem legal, aceitar que um decreto contrarie ou modifique a previsão de uma lei, já que aquele obrigatoriamente deve ser compatível com esta e serve, tão somente, para regulamentá-la<sup>28</sup>, desenvolvê-la, tratar dos pormenores para a sua aplicação e garantir a sua fiel execução.

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

### **Permissivos da Secretaria da Receita Federal**

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

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

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

Processo de Consulta nº 039/97

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

Dispositivos Legais: Arts. 150, inciso VI, alínea “c”, e § 4º, da Constituição Federal; 9º, § 1º, e 14 incisos I a III, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), e 159 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR), aprovado pelo Decreto nº 1.041/94. - DISIT - 17.10.1997<sup>29</sup>

Ministério da Fazenda – Secretaria da Receita Federal

DECISÃO Nº 137 de 27 de Outubro de 2000

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

Ministério da Fazenda – Secretaria da Receita Federal

<sup>28</sup> Constituição Federal, Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

<sup>29</sup> Neste sentido, cita-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.199.114, p. 08.09.2010.

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 105 de 09 de Dezembro de 2009

ASSUNTO: Normas Gerais de Direito Tributário. EMENTA: A **eventual remuneração paga a dirigente de entidade religiosa** - o qual, na espécie, é ministro do Evangelho - a título de serviços administrativos a ela efetivamente prestados, **não elide o gozo da imunidade tributária** pela Igreja, sem prejuízo da incidência do Imposto de Renda, na fonte e na Declaração de Ajuste Anual, sobre os mencionados rendimentos auferidos pelo pastor, de vez que estes não são abrigados pela norma imunizante. (gr)

Ministério da Fazenda – Secretaria da Receita Federal

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 140 de 25 de Outubro de 2007

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

Ministério da Fazenda – Secretaria da Receita Federal

SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 28 de 08 de Abril de 2004

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

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

Caso o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADIs) ns. 2028/99, 2228/00 e 2621/02, ajuizadas pela *Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços – CNS*, e a de n. 2036/99, de autoria da *CONFENEN – Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino*, seja proce-

dente e reconheça a impossibilidade e inconstitucionalidade de leis ordinárias<sup>30</sup> regulamentarem poder de tributar, ao invés de leis complementares (CF, art. 146, II), a exigência do CEBAS como requisito para usufruir da imunidade deixará de existir e prevalecerá, apenas, a observância aos artigos 9º e 14 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66).

É bem verdade que as entidades não podem confiar no modo de proceder da Secretaria da Receita Federal do Brasil em razão do seu ideal de arrecadação a qualquer custo, inclusive pelo menosprezo, desrespeito<sup>31</sup> e interpretação restritiva e parcial da legislação com a qual atua, se necessário for, para atingir seu objetivo.

### **A necessidade de as entidades observarem as leis específicas que concedem títulos diferentes do CEBAS para mantê-los**

A autorização de remuneração dos membros da diretoria estatutária de entidades sem fins lucrativos, dada pela Lei n. 12.868/13, se restringe ao Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS, pois esta norma alterou especificamente a Lei n. 12.101/09, que trata especialmente de referida qualificação, e que foi regulamentada pelo Decreto n. 7.237/10, que foi revogado pelo Decreto n. 8.242/14.

Portanto, se a entidade possuir outros títulos, qualificações e/ou certificados ela deverá analisar detidamente as leis próprias que tratam deles e que norteiam a concessão e renovação para ver se a adoção da faculdade de remunerar os dirigentes estatutários não contraria as suas previsões, já que, repita-se, a Lei n. 12.868/13 tratou especificamente da certificação do CEBAS.

Caso a entidade identifique que determinada titulação ou certificação [diferente do CEBAS] da qual é titular é essencial para a sua manutenção e/ou cumprimento de sua finalidade estatutária e as suas normas jurídicas próprias não permitam a remuneração de dirigentes estatutários ela não poderá se valer do permissivo constante da Lei n. 12.868/13, mas, ao contrário, deverá obedecer aquelas regras legais específicas e próprias, sob pena de, se assim não proceder, perder as certificações e os eventuais benefícios que elas lhes trazem.

### **O título de utilidade pública federal**

A lei federal mais antiga que concede títulos é a de n. 91, editada em 1935,

---

<sup>30</sup> Estas ADIs questionam a constitucionalidades das previsões dos Decretos n. 752/93 (revogado), 2.536/98 (revogado), de alguns artigos das Leis ns. 9.732/98, 8.212/91, 8.742/93 e 9.429/96 e da Medida Provisória n. 2.187-13, que promoveu a inclusão de alguns artigos em tais leis.

<sup>31</sup> Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 389.808, Relator min. Marco Aurélio, j. 15.12.2010.

que trata da utilidade pública federal, e que está em vigor. Eis a sua redação, no original:

Art. 1º As sociedades civis, as associações e as fundações constituídas no paiz com o fim exclusivo de servir desinteressadamente á collectividade podem ser declaradas de utilidade publica, provados os seguintes requisitos:

- a) que adquiriram personalidade juridica;
- b) que estão em effectivo funcionamento e servem desinteressadamente á collectividade;
- c) que os cargos de sua diretoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos não são remunerados.

No caso de uma entidade preferir manter a posse/detenção do título de utilidade pública federal ela não poderá remunerar a diretoria estatutária, pois a Lei n. 91/35, que o regulamenta, não foi revogada neste particular e coexiste com a Lei n. 12.868/13.

A eventual perda do título de utilidade pública federal, em tese e dependendo de cada situação concreta vivenciada pela entidade, pode ter impacto zero, principalmente para aquelas instituições que obtiveram a qualificação de Organização Social nos estados ou municípios que editaram leis específicas para tratarem do tema.

Isso porque, se essas legislações estaduais e municipais seguiram (ou copiaram) o texto da Lei federal n. 9.637/98, que trata da qualificação de Organização Social, é muito provável (e isso deverá ser verificado em cada uma delas) que haja artigo que preveja exatamente ou algo muito próximo do seguinte:

Art. 11. As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.<sup>32</sup>

A título de curiosidade e para comprovar a afirmação acima, a Lei de Organização Social do estado de São Paulo, n. 846/98, possui previsão cuja redação é praticamente idêntica à acima transcrita:

Artigo 13. As entidades qualificadas como organizações sociais ficam declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais.

A Lei que trata de Organização Social do município de São Paulo/SP, n. 14.132/06, traz previsão que se situa na mesma linha acima delineada:

---

<sup>32</sup> Lei n. 9.637/98.

Art. 13. As entidades qualificadas como organizações sociais ficam declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.

A Lei do estado do Mato Grosso que trata das Organizações Sociais, LC n. 150/04, possui dispositivo semelhante:

Art. 14. As entidades qualificadas como organizações sociais ficam declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais.

A Lei do estado do Pará que dispõe da qualificação de entidades como Organizações Sociais, n. 5.980/06, também possui dispositivo praticamente idêntico e vai mais além:

Art. 7º. As entidades qualificadas como Organizações Sociais ficam, desde logo, declaradas de interesse social e de utilidade pública para todos os efeitos legais, inclusive tributários.

Numa análise avançada, mas ainda superficial, seria possível defender formas legais para substituir a utilidade pública federal por algo equivalente, como se pode aferir da leitura do dispositivo abaixo transcrito, contido na Lei n. 9.249/95, sendo que a concretização de tal afirmação necessitaria da edição de norma jurídica específica:

Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

[...]

§ 2º Poderão ser deduzidas as seguintes doações:

[...]

III - as doações, até o limite de dois por cento do lucro operacional da pessoa jurídica, antes de computada a sua dedução, efetuadas a entidades civis, legalmente constituídas no Brasil, sem fins lucrativos, que prestem serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora, e respectivos dependentes, ou em benefício da comunidade onde atuem, observadas as seguintes regras:

[...]

c) a entidade civil beneficiária deverá ser reconhecida de utilidade pública por ato formal de órgão competente da União. (gr)

Conclui-se que a utilidade pública federal deixou de ter a importância de outrora, especificamente no que diz respeito à necessidade de sua existência como requisito prévio à conquista do CEBAS e sua manutenção.

### **Os títulos de utilidade pública estaduais e municipais**

No que diz respeito aos títulos de utilidade pública estaduais e municipais, as leis próprias de cada ente político deverão ser analisadas pelos assessores jurídicos das entidades para verificar se é condição sine qua non a não remuneração dos dirigentes estatutários para a sua manutenção.

Se for, e a entidade quiser mantê-los, ela não poderá remunerar os membros da diretoria estatutária e, conseqüentemente, não se beneficiará dos efeitos produzidos pela Lei n. 12.868/13.

### **As qualificações de OS e OSCIP**

A qualificação de instituições sem fins lucrativos como Organizações Sociais - OS - é regulamentada por leis estaduais e municipais, cuja quase totalidade buscou inspiração na Lei federal n. 9.637/98, que dispõe justamente sobre a qualificação de entidades como organizações sociais.

Já nos debruçamos sobre a análise do previsto na lei federal acima mencionada e nas leis estaduais e municipais e apontamos o equívoco da transposição cega de previsões daquela para estas sem levar em consideração o contexto e a finalidade de outorga da qualificação e, principalmente, a origem das entidades sem fins lucrativos, assunto que tangencia o aqui abordado, mas que não será explorado.<sup>33</sup>

No que toca especificamente ao assunto da remuneração dos membros da diretoria estatutária, a Lei n. 9.637/98 é permissiva e prevê textualmente a sua possibilidade:

Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

[...]

V - fixar a remuneração dos membros da diretoria;

Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

[...]

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

A Lei n. 9.637/98 proíbe a distribuição de patrimônio, assunto totalmente di-

---

33 TEIXEIRA, Josenir. A indevida utilização da formação do Conselho de Administração das Organizações Sociais federais pelos Estados e Municípios. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 6, n. 12, p. 125-153, jul./dez. 2012.

verso da remuneração da diretoria estatutária, como visto acima, no seguinte dispositivo:

Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

[...]

h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

Quanto às associações civis que receberam a outorga da qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP – pelo Poder Executivo, em quaisquer de suas esferas, elas possuem a faculdade de remunerar seus dirigentes estatutários pelo menos desde 2002, quando foi editada a Lei n. 10.637, que tratou do assunto em dispositivo assim redigido:

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

Antes, em 1999, a Lei n. 9.790<sup>34</sup>, que instituiu a qualificação de OSCIP, previa textualmente a possibilidade de remuneração dos dirigentes executivos da entidade.<sup>35</sup>

### **Vínculo jurídico do dirigente estatutário remunerado com a entidade**

Apesar de os aspectos trabalhistas não serem objeto desta análise, devemos explorar, mesmo que superficialmente, qual seria o vínculo jurídico do dirigente estatutário para com a entidade.

Noutras palavras, indaga-se se o diretor estatutário deve ser contratado como empregado, com contrato sob a regência da Consolidação das leis do Trabalho -

34 Prevê a Lei n. 13.019/14: Art. 4º. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às relações da administração pública com entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público, de que trata a Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, regidas por termos de parceria. Os artigos 85 e 86 da Lei n. 13.019/14 alteram artigos da Lei n. 9.790/99.

35 Lei n. 9.790/99, Art. 4º. Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre: [...] VI - a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação;

CLT -, ou se pode sê-lo de outra forma.

A Lei n. 12.868/13 nada especifica sobre o assunto. Ao alterar o art. 29 da Lei n. 12.101/09, ela prevê a existência de vínculo empregatício entre a entidade e os diretores não estatutários, o que não é foco:

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

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

A norma jurídica que rege as relações de trabalho é a Consolidação das Leis do Trabalho, editada em 1943, que traz a regra geral a ser observada.<sup>36</sup>

Porém, há alternativas à imposição da regra geral, dependendo do cotidiano que será estabelecido entre a instituição e os seus dirigentes estatutários e do seu relacionamento, a partir da aplicação do princípio da primazia da realidade.

Neste viés, nada impede que, ao invés da relação de emprego clássica, regida pela CLT, as partes firmem contrato de prestação de serviços, à luz do Código Civil<sup>37</sup>, caso, por exemplo, os serviços sejam prestados em periodicidade menor do que 3 (três) dias por semana e ausente esteja a subordinação, de acordo com várias facetas e vertentes desta.

O caso concreto é que irá sugerir a forma jurídica ideal pela qual a relação jurídica deverá ser instrumentalizada.

## **Conclusão**

Diante do cenário jurídico rapidamente traçado e a partir da análise do objetivo e da intenção do legislador trazidos ao mundo jurídico pela Lei n. 12.868/13 entendemos que a adoção da prática de remuneração de diretores estatutários, pelo exercício de tais atividades, por parte das entidades que possuem o CEBAS, não impede e nem coloca em risco a manutenção de referido certificado e nem a suspensão do gozo da imunidade tributária em relação a outros impostos, como o sobre a renda, por exemplo.

Para efeito de concessão ou manutenção do CEBAS conclui-se que:

a) não há mais a necessidade de obtenção prévia do título de utilidade pública federal, nem estadual e nem municipal para a sua conquista;

b) é possível a remuneração da diretoria estatutária a partir do cumprimento dos requisitos estampados na Lei n. 12.101/09 e suas alterações, inclusive pela Lei

---

<sup>36</sup> CLT, Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

<sup>37</sup> Código Civil - Lei n. 10.406/02, Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se-á pelas disposições deste Capítulo.

n. 12.868/13, inclusive sem prejuízo do gozo da imunidade tributária;

c) a redação do estatuto da entidade deve ser adaptada ao previsto na nova lei, se assim os associados decidirem. Invariável e historicamente, o estatuto das entidades sem fins lucrativos possuidoras de títulos traz artigo que proíbe qualquer remuneração dos dirigentes estatutários. Portanto, a entidade que desejar se utilizar do novo permissivo legal deverá reformar o estatuto para inverter a previsão até então estampada, sob pena de não poder assim agir ou agir de forma ilegal, frente a previsão contrária ao pretendido;

d) as normas jurídicas até então existentes que proibiam a remuneração da diretoria estatutária de entidades sem fins lucrativos e impediam o gozo livre da imunidade tributária caso a instituição procedesse de modo contrário foram alteradas por leis supervenientes que previram justamente tal hipótese, ou seja, a remuneração da diretoria estatutária sem que isso implique a perda do gozo da imunidade tributária;

e) O Código Tributário Nacional, a Lei n. 9.532/97, o Decreto n. 3.100/99 e o atual entendimento da Secretaria da Receita Federal do Brasil não se constituem em impeditivos legais que possam ser invocados para não se remunerar os componentes da diretoria estatutária de uma entidade portadora do CEBAS.

f) nenhum órgão, aí incluídos os Conselhos de Assistência Social municipais, estaduais e nacional, ou de qualquer outra representatividade, nem autoridades de quaisquer esferas, poderão editar normas jurídicas que contraponham a permissão contida na Lei n. 12.868/13, sob pena de ilegalidade, que poderá facilmente ser questionada no Poder Judiciário.

É claro, natural e histórico que a fiscalização, representada basicamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, pode questionar, criar obstáculos ou inventar teses jurídicas para tentar descaracterizar este beneplácito legal.

Entendemos, todavia, que o raciocínio aqui explanado encontra amparo na legislação abordada, o que não impede a alteração da conclusão, a partir de contextos eventualmente não contemplados.



## 1.14 - Resenha do livro **Direito do Trabalho no Terceiro Setor**

### Sobre

CAMARGOS, Ana Amélia Mascarenhas. *Direito do Trabalho no Terceiro Setor*. São Paulo: Saraiva, 2008 – 266 p. Resenha de: TEIXEIRA, Josenir. Publicada na Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 245-247, jan./jun. 2008.

CAMARGOS, Ana Amélia Mascarenhas. *Direito do Trabalho no Terceiro Setor*. São Paulo: Saraiva, 2008 – 266 p.

A autora é advogada experiente e atuante no Direito do Trabalho, tendo concluído mestrado e doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), além de ter estudado filosofia na Universidade de São Paulo (USP). Esta bagagem lhe permitiu escrever uma obra pontuada por reflexões sobre o impacto de ações do mundo moderno em confronto a questões técnico-jurídicas inerentes à área trabalhista.

Ela analisa e contextualiza os problemas econômicos e sociais pelos quais países como o Brasil, em desenvolvimento, encontram diante do movimento da globalização, com aumento do número de desempregados, automação e constante ideal de redução de custos, como ela mesma ressalta na introdução da obra.

Em meio a esses acontecimentos, no capítulo 2, ela historia os motivos sociológicos e econômicos que concorreram para o surgimento do Terceiro Setor, buscando auxílio no conceito de soberania, constante da Teoria Geral do Estado do começo do século XIX, passando por Montesquieu, comentando o Regime Fordista, tecendo impressões sobre a evolução da sociedade industrial brasileira, o capitalismo, a fragilização do Estado-nação, tudo isso com o pano de fundo da evolução das relações de trabalho. Após reflexão histórica da evolução da sociedade brasileira, ela informa que “justamente nesse momento de desequilíbrio na competitividade é que surge o Terceiro Setor, como fenômeno social que possibilita aos governos dos países em desenvolvimento direcionar os seus recursos na atração de capitais internacionais” e “com recursos particulares, desonerando o

Estado quanto aos investimentos deste na área social.”

A autora explora o desenvolvimento do Terceiro Setor, no capítulo 3, no qual tece considerações sobre a responsabilidade social das empresas, captação de recursos e outros aspectos. Antes, no capítulo 1, a Dra. Ana Amélia traz orientações gerais sobre o Terceiro Setor e suas entidades e comenta as associações, fundações, Organizações Sociais (OS), Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), observa aspectos relativos à isenção e imunidade tributárias e, finalmente, aprecia os títulos de utilidade pública e CEBAS (Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social).

Voltando-se para questões técnico-jurídicas, a autora dedica o capítulo 4 ao trabalho voluntário e religioso e sua forma de utilização pelas entidades do Terceiro Setor.

O capítulo 5 é dedicado ao trabalho do menor, no qual ela aborda aspectos jurídicos do estágio e da aprendizagem e tece considerações sobre o “trabalho educativo” que, apesar daquela “forma de trabalho do adolescente não estar incluída no campo do Direito do Trabalho”. Mesmo assim ela analisa, em razão da “participação de entidades do Terceiro Setor como forma de inserção social”.

No capítulo 6, a autora enfrenta questões relativas aos portadores de necessidades especiais e enfatiza o papel das entidades sem fins lucrativos na inserção deles no mercado de trabalho.

O capítulo 7 é dedicado à exploração científica das cooperativas. São trazidas as suas origens, definição, princípios, características, enquadramento legal e tipos existentes de cooperativas.

A participação dos empregados nos lucros ou resultados é discutida no capítulo 8, onde ela aborda a situação das entidades sem fins lucrativos nesse contexto, confrontando exigências legais com a manutenção dos títulos públicos que muitas possuem. Ela termina alertando as entidades para os diversos cuidados que devem ser adotados quando da utilização deste programa, do cumprimento da legislação específica e da continuidade de eventuais isenções ou imunidades.

Finalmente, no capítulo 9, a autora se dedica ao tema Contribuição e Enquadramento Sindical das entidades do Terceiro Setor, no qual ela menciona importantes aspectos jurídicos que devem ser observados no seu trato.

Duas das conclusões apresentadas pela autora são aqui transcritas, pois resumem a sua obra: “Em síntese, no que tange ao papel das organizações que integram o que se convencionou chamar Terceiro Setor, o Direito do Trabalho pode contribuir para o equilíbrio entre as necessidades sociais oriundas da inoperância

estatal e as necessidades econômicas e legais atinentes ao mercado, ampliando o campo de atuação social dessas entidades. (...) O fenômeno da globalização afigura-se irreversível e o Terceiro Setor já se consolidou como auxiliar do Estado na manutenção do equilíbrio social. Enfim, se há uma sedimentação do cenário, isto é, se os personagens já tomaram seus papéis de um modo que, pelo menos em princípio, não poderá ser modificado no curto e médio prazos, entendemos importante debater uma das maneiras pelas quais as entidades do Terceiro Setor podem ampliar as suas atribuições, garantindo aos necessitados uma independência pessoal e econômica, sem depender dos recursos estatais para a sua sobrevivência. E o Direito Trabalhista, tal qual aqui vislumbrado, apresenta-se como arma extremamente útil aos propósitos destacados”.

A obra representa importante contribuição para melhor entendimento da inserção do Direito do Trabalho na sociedade e faz inédita imbricação entre os princípios daquele e o Terceiro Setor.



## 1.15 - Terceiro Setor e Imunidade Tributária

### Sobre

MÂNICA, Fernando Borges. Terceiro Setor e Imunidade Tributária. Belo Horizonte: Fórum, 2005. Resenha de: TEIXEIRA, Josenir. Publicada na Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 247-248, jan./jun. 2007.

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

Na primeira parte do trabalho, o autor descreve o contexto no qual se insere a atuação das entidades do terceiro setor. Para tanto, parte do surgimento do Estado, passa pelas transformações ocorridas desde a transição do Estado liberal ao Estado social e chega ao cenário constitucional brasileiro presente. À luz do princípio da subsidiariedade, o autor analisa o processo de reforma pelo qual passa grande parte dos Estados contemporâneos, com ênfase na experiência brasileira.

Com base na Constituição de 1988, o autor analisa o conceito de terceiro setor e demonstra a importância de tais entidades como protagonistas, ao lado do Estado, no desenvolvimento de atividades de interesse público. Nesse ponto, é denunciada a inadequação da disciplina jurídica que regula o tema. Tal disciplina, segundo o autor, é insuficiente a instrumentalizar a atuação constitucionalmente prevista de entidades da sociedade civil na prestação de serviços de interesse público. Para o autor, de um lado, tem-se um deficitário o sistema de controle das entidades do terceiro setor; e de outro, tem-se um insuficiente incentivo estatal oferecido a tais entidades.

Assim, após desenhar, com base em farta bibliografia, o panorama no qual se insere o trabalho, na segunda parte do livro o autor detém atenção aprofundada na teoria jurídica da desoneração tributária.

Nesse ponto, a obra traz importante contribuição doutrinária à teoria do direito tributário, ao analisar, criticar e propor a superação de variadas concepções ventiladas e repetidas sem o devido cuidado pela doutrina pátria. Atenção

especial é dedicada ao estudo da norma jurídica de incidência tributária e das obrigações acessórias, bem como ao estudo da dicotomia entre normas de estrutura e normas de comportamento, noção fundamental à concepção da imunidade e da isenção tributárias.

Ao tratar da isenção tributária, o autor traz denso aporte doutrinário sobre o qual faz detida análise e crítica, terminando por analisar minuciosamente a fenomenologia da isenção e sua relação com a incidência tributária. Conclui que não existe norma de isenção autônoma, quer de estrutura, quer de conduta, sendo que a isenção tributária decorre de enunciados normativos que compõem a norma jurídica de tributação e especificam determinado critério da hipótese de incidência (e não do mandamento), de modo que sua realização no mundo fático não promove a incidência do mandamento. A isenção, portanto, para o autor, consiste na delimitação expressa de fatos cuja ocorrência não gera a incidência tributária.

Sobre a imunidade tributária, a obra traz novamente importante referencial doutrinário, sempre objeto de análise e crítica. São trazidas a lume variadas concepções sobre a imunidade, bem como sua relação com poder tributário, competência tributária, isenções tributárias e princípios constitucionais. Conclui o autor que as imunidades tributárias podem ser definidas como o conjunto de enunciados normativos que compõem a norma de competência tributária e colaboram na delimitação do poder tributário do Estado, através da qualificação expressa de determinados fatos, pessoas e bens em relação aos quais o legislador é impedido de tributar. Após considerações acerca na moderna teoria dos princípios, a obra traz a evolução da constitucional da imunidade tributária, um fenômeno tipicamente brasileiro, até sua configuração traçada pelo texto de 1988.

Na terceira parte, a obra volta-se ao estudo da imunidade tributária a impostos das instituições de educação e de assistência social e da imunidade a contribuições para a seguridade social das entidades beneficentes de assistência social.

À luz do artigo 110 do Código Tributário Nacional, são investigados os conceitos de direito privado utilizados pela Constituição para definir as imunidades a impostos relacionadas ao terceiro setor, como o conceito de instituição, educação e assistência social. É também analisado o alcance da expressão sem fins lucrativos e o desenvolvimento histórico da imunidade das entidades de educação e assistência social no constitucionalismo brasileiro. O texto traz também estudo específico sobre a abrangência da imunidade a impostos sobre o patrimônio, renda e serviços das entidades do terceiro setor, com especial atenção aos impostos dotados de repercussão econômica. A obra traz a discussão acerca do instrumento

legislativo apto a regular os requisitos para fruição da imunidade e analisa a constitucionalidade dos dispositivos legais em vigência, sob o aspecto formal e material. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é fartamente comentada, com vistas à definição do posicionamento e tendências adotados por aquele tribunal.

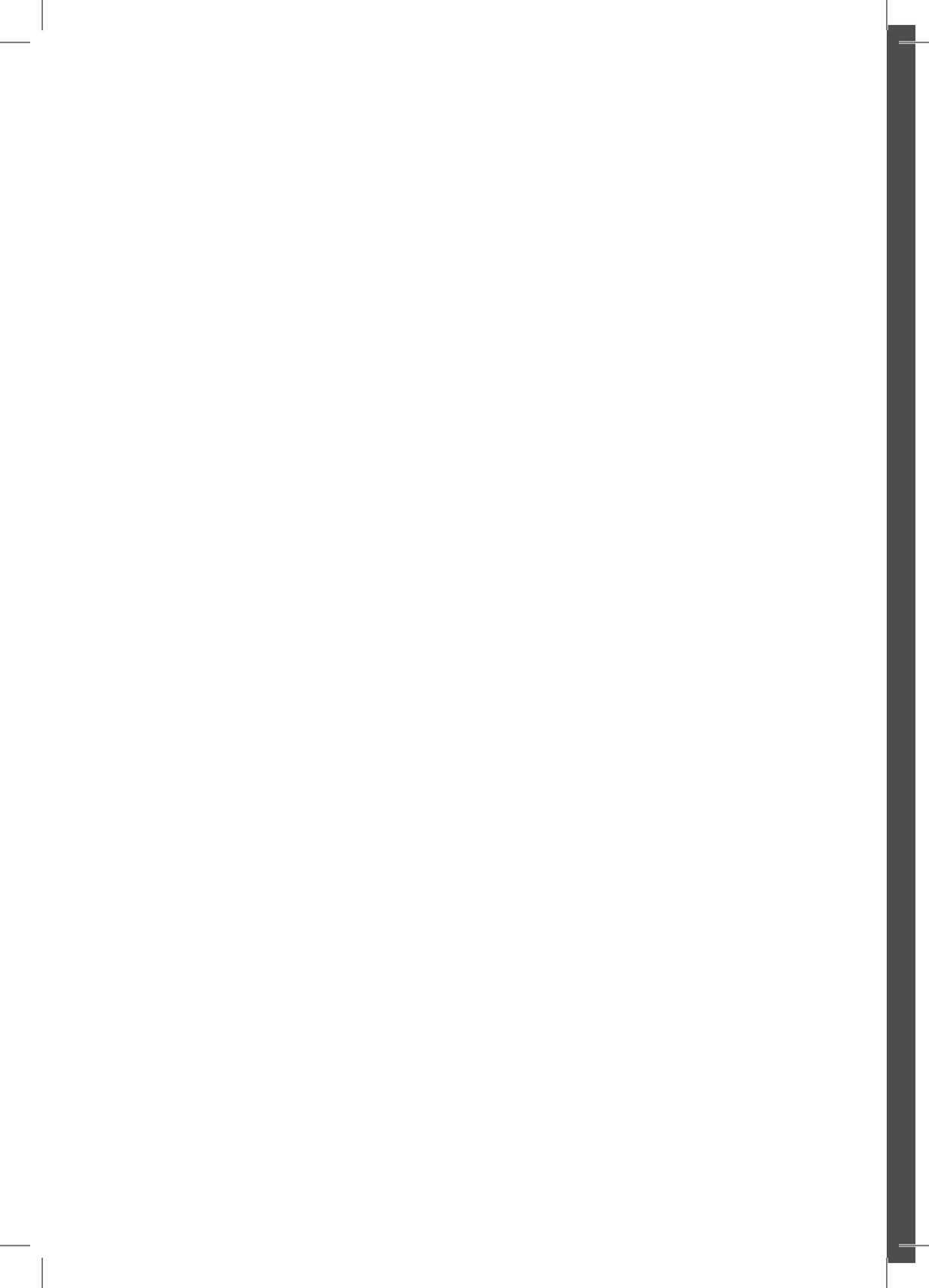
Ao tratar da imunidade a contribuições para a seguridade social, o texto discute a abrangência da expressão constitucional entidade beneficente de assistência social, faz a análise do instrumento apto a definir os requisitos para fruição da imunidade, bem como da constitucionalidade forma e material atualmente exigidos pelo Poder Público para o reconhecimento da imunidade a contribuições.

Ao final, o autor apresenta conclusões de forma pontual sobre os assuntos abordados na obra.

Deve ser dado destaque à ampla bibliografia indicada, o que demonstra a abrangência e profundidade do trabalho, pois o autor firma posicionamento após trazer o pensamento de diversos doutrinadores que já se debruçaram sobre o assunto.

O livro é redigido numa linguagem rápida e objetiva, sendo indicado para quem deseja se inteirar sobre o Terceiro Setor de forma geral e especificamente sobre as suas implicações tributárias, não havendo necessidade de formação jurídica do leitor para entendimento do assunto, o que autoriza a sua indicação como sugestão de leitura.





# 2

## Saúde

## Sobre

Publicado em  
www.jteixeira.com.br  
Escrito em 2013

## 2.1 - A saúde nessa terra de meu Deus!

Quando o paciente não encontra médico no hospital ele o procura no fórum. E acha. Inúmeras são as decisões judiciais, liminares ou definitivas, que mandam o hospital atender alguém, mesmo que este não pudesse utilizar os serviços prestados pelo estabelecimento por algum motivo.

Restrições contratuais, carência, não credenciamento, falta de médico, de leito, de equipamentos, ausência da especialidade e outros fatores não impedem a emissão da ordem judicial para atendimento imediato do paciente. Não está errado, mas também não está certo. Tudo depende do ponto de vista que se emprega na análise da situação, dos instrumentos jurídicos que foram assinados pelas partes envolvidas e das atribuições e responsabilidade do Poder Público.

É claro que se deve evitar mal maior ao paciente e tentar salvar a sua vida. Mas isso nem sempre é possível e o paciente vai a óbito. De quem é a responsabilidade por tal acontecimento? Eis enorme problema a ser enfrentado por anos a fio no Judiciário, visando a identificação do culpado. E é certo que todos os réus terão explicações jurídicas para tentar se livrar da condenação.

Nenhuma autoridade judiciária vai correr o risco de ser responsabilizado pela morte de um paciente, no caso de ela negar liminar. Ação judicial minimamente instruída com documento que indica a imediata necessidade da prática de conduta médica para salvar a vida do paciente certamente terá a liminar deferida. E os custos disso desta intervenção indevida do Judiciário no operacional dos hospitais? Todos conhecemos a via crucis que deverá ser trilhada para o recebimento de tais despesas;

Cabe a outro poder, o Executivo, criar condições eficientes para atendimento das pessoas. É o que manda a Constituição Federal (art. 196) e várias leis infraconstitucio-

nais (8.080/90, por exemplo). Todavia, a realidade brasileira é outra: os hospitais privados atendem a 54% dos usuários do Sistema Único de Saúde nas suas dependências; mais de 70% dos estabelecimentos hospitalares pertencem à iniciativa privada.

E a atividade da iniciativa privada deveria ser complementar (CF, art. 199). Não é. A exceção virou regra há décadas e a complementariedade virou substituição. Isso não vai mudar a curto e médio prazos.

As entidades que conseguirem contornar o seu déficit crescente sobreviverão. Algumas padecerão. Outras conseguirão um paliativo governamental, fato que será transformado em marketing pessoal do benfeitor. Um jeito será dado aqui e ali e a vida continuará. É assim que acontece por aqui.

Os juízes continuarão sem saída e seguirão concedendo liminares para o atendimento de pacientes. Os planos de saúde continuarão com suas posturas restritivas, legais e ilegais. E os pacientes continuarão a ter que “se virar” para permanecer vivos. E assim vamos vivendo sem solução efetiva, sem planejamento técnico, mas valendo-nos de paliativos gerenciais e improvisos jurídicos que têm data para acabar, mesmo diante do fato de que a assistência à saúde deve ser contínua, como mandam as normas legais.

Como resolver essa situação? Com a aplicação de conhecimentos técnico-científicos da ciência da administração, com profissionalismo, boa vontade política e dinheiro. Ou seja, tudo o que não temos.

Cada um de nós deve contribuir com o melhor de si, de forma convergente, na mesma direção e que esta seja a certa. É o que temos para o momento.

## 2.2 - Parcerias Público-Privadas na Saúde (entrevista)

### Sobre

Entrevista publicada pela Revista Administrador Hospitalar, da Federação Brasileira de Administradores Hospitalares em parceria com Talentos Comunicações, “reportagem de capa”, ano 1, edição 1, São Paulo, maio de 2013, p. 34 a 38. Disponível em <http://revistaadhospitalar.com.br/revistaadhospitalar/>

Gestores públicos têm se mostrado simpáticos à ideia de contar com experiência, expertise e profissionalismo da iniciativa privada para ajudar na execução das atividades necessárias para o atendimento da população.

Josenir Teixeira

Cada vez mais comuns no Brasil, as Parcerias Público-Privadas – conhecidas pela sigla PPP – têm se intensificado na área da saúde. Implantação, ampliação, melhoramento, reforma, manutenção, gestão de infraestrutura, prestação de serviços públicos, entre outras atividades são efetivadas ou otimizadas mediante acordo contratual entre gestores do setor público e do privado.

Por intermédio desta modalidade, o poder público contrata empresas que serão responsáveis pela prestação de serviços de interesse da administração. A premissa é de que a iniciativa privada tem condições de gerir alguns serviços de modo mais eficiente, com menos riscos, o que implicará no melhor uso de recursos públicos.

Na área da saúde, bilhões de reais são movimentados por ano com as PPPs e OSs, no Brasil. Somente com os hospitais públicos, que são de alta complexidade e com número de leitos não inferior a 200, estima-se que o Estado de São Paulo – por exemplo – gaste anualmente algo em torno de R\$ 2,5 bilhões, que são repassados para as entidades sem fins lucrativos, qualificadas como Organizações Sociais (OSs). Somados os valores repassados por outros Estados e municípios, a cifra pode passar de R\$ 6 bilhões por ano.

Em quaisquer modelos de colaboração entre a Administração Pública e a iniciativa privada (PPP ou OS) quem define as áreas, locais, amplitude da parceria e regras para o relacionamento é o Poder Público, de acordo com a sua conveniência e interesse.

O início do processo de aproximação entre o Poder Público e a iniciativa privada se dá por meio de edital. Neste documento se prevê todas as informações, condições, regras, prazos, valores e minutas dos instrumentos jurídicos que regerão o relacionamento entre as partes, de forma a propiciar às empresas e às entidades privadas a análise de viabilidade do negócio para que possam decidir se o projeto é de interesse comum e, a partir daí, participar dele ou não.

Decidida pela participação, caberá à iniciativa privada cumprir as regras e os prazos previstos no edital, visando a concretização do negócio – do ponto de vista jurídico. São as diversas “regras” previstas no edital que ditarão o diverso caminho a ser percorrido pela iniciativa privada.

### **Histórico**

As Parcerias Público-Privadas (PPP), entendidas como aquelas previstas na legislação federal, estadual e municipal, apesar de quase uma década de existência, ainda são pouco representativas e tímidas, principalmente se comparadas com o modelo das Organizações Sociais. A sistemática gerencial das Organizações Sociais está efetivamente implantada no Brasil desde 1998, quando as leis federais e a do Estado de São Paulo foram editadas. Em nível federal, porém, o sistema ainda é pouco implementado, uma vez que a sua lei tem destinação diferente das que foram posteriormente criadas pelos demais entes políticos. “Isso porque a lei federal parte da premissa da extinção de órgãos públicos e sua transformação em associações civis, enquanto as leis estaduais e municipais parte da premissa de parcerização com associações civis sem fins lucrativos já existentes e experientes na sua área de atuação”, explica **Josenir Teixeira**, Diretor Jurídico da Pró-Saúde Associação Beneficente de gestão de serviços de saúde e administração hospitalar.

O pioneirismo na adoção deste modelo de parceria de gerenciamento (OS) é do Estado de São Paulo, não só na área da saúde como também na cultura, educação, esporte e outras. Hoje, quase quarenta hospitais públicos estaduais de São Paulo são gerenciados por entidades sem fins lucrativos que foram qualificadas como Organizações Sociais, além de dezenas de AMEs (Ambulatórios Médicos de Especialidades) e vários outros equipamentos.

Para **Josenir Teixeira**, é possível incorporar os interesses do estado e da área privada desde que as regras sejam escritas de forma clara e objetiva. “E, mais importante, que as partes cumpram rigorosamente todas as obrigações previstas nos instrumentos jurídicos, principalmente o Poder Público”, explica.

### **Garantias ao investidor**

No modelo das Parcerias Público-Privadas (PPPs) regidas pelas leis federal, estaduais e municipais há a figura do Fundo Garantidor, cujo objetivo é o de justamente prestar garantia de pagamento das obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos. No entanto, explica Teixeira, algumas PPPs não saem do papel justamente porque os investidores privados não se sentem seguros com as garantias que são oferecidas, que consideram insuficientes e frágeis. “É o caso do município paulistano, por exemplo, que pretendia se valer dessa metodologia para construir três e reformar seis hospitais, projeto que foi estimado em R\$ 6 bilhões, na gestão anterior.”

Já no modelo das Organizações Sociais não há investimento da iniciativa privada, sendo que todos os custos de operação e investimento são integralmente repassados pelo Poder Público. “As entidades que aceitam firmar parceria com o Poder Público estão extremamente vulneráveis aos atrasos e descumprimento dos contratos por parte da Administração Pública, o que faz com que muitas delas desistam de continuar com o relacionamento ou, em casos mais extremos, o inadimplimento provoca até o fechamento da entidade, diante do seu esfacelamento financeiro”, revela.

### **Principais dificuldades**

A maior dificuldade para ampliação de novos projetos é a insegurança jurídica que os modelos (PPP e OS) significam para a iniciativa privada. “A burocracia dos modelos precisa ser aprimorada de forma a trazer mais equilíbrio na relação jurídico-econômica entre o Poder Público e as empresas ou entidades privadas. Não sou contra a burocracia, pois, em última análise, ela protege as partes. Porém, não adianta a Administração Pública repassá-la inteiramente para a iniciativa privada. Além de ilógico, os privados não se interessarão na colaboração, pois isso não está no seu DNA, que é muito mais dinâmico. De acordo com **Teixeira**, o Poder Público precisa da expertise profissional e resolutividade da iniciativa privada e ele não o terá se insistir na manutenção da rudimentar burocracia que o norteia. “A sociedade precisa entender isso e contribuir para a interpretação dos novos tempos e saber ler a sua evolução. Não só a sociedade, mas o Poder Executivo tem que deixar de ser omissivo e passar a defender este relacionamento, do qual ele se beneficia intensa e diretamente”, ressalta.

### **Exemplos de funcionamento**

Há projetos exemplares de utilização da sistemática legal das PPPs nas áreas da saúde em São Paulo/SP (construção e reforma de hospitais) e no município de Salvador/BA (Hospital do Subúrbio), em Belo Horizonte/MG (construção, reforma e operação de centros de atenção básica), fabricação, produção e distribuição de medicamentos (no Estado de São Paulo), irrigação do semiárido nordestino (Petrolina/PE), educação e infraestrutura, como sistemas viários, rodovias, presídios, hidrelétricas, saneamento básico, rede de transmissão da TV pública digital, portos, estádios de futebol (Fortaleza/CE) e ferrovias, dentre outras. “Normalmente, os projetos de PPP nunca são inferiores a R\$ 20 milhões, pois eles são utilizados para grandes obras. O município de São Paulo, por exemplo, pretendia gastar R\$ 3 bilhões na reforma e construção de seis hospitais”, revela o diretor da Pró-Saúde.

Segundo ele, os gestores públicos têm se mostrado simpáticos à ideia de contar com experiência, expertise e profissionalismo da iniciativa privada para ajudar na execução das atividades necessárias para o atendimento da população. “Além disso, a utilização dos modelos de parceria, de formas próprias, permite a superação de alguns obstáculos legais que, na prática, engessam o administrador público e impedem que ele realize seus interesses no tempo e na forma desejada.”

A realização de obras públicas pelo modelo tradicional, ou seja, diretamente pelo Poder Público e seguindo à risca o previsto na Lei de Licitações, está aquém da evolução da sociedade e a modernidade com que o mercado trabalha e exige atualmente. “Além da enorme burocracia que deve ser enfrentada pelos entes políticos, os recursos financeiros destes nem sempre são suficientes e não permitem investimentos de grande monta, haja vista o alto custo das várias despesas relativas ao seu próprio custeio, principalmente com a folha de pagamento”, ressalta

#### **Teixeira.**

Outro ponto importante é que os projetos costumam ter um custo menor em sua implantação, e, conseqüentemente, são melhores aproveitados. “A questão de ser mais barato não é necessariamente o foco, mas, invariavelmente, também o são.” Tudo depende da extensão, resolutividade e qualidade que o parceiro público quer empregar no equipamento que pretende ceder para a iniciativa privada. Qualidade custa dinheiro e nem sempre é possível substituir o recurso financeiro pela criatividade”, conta.

### **Impasses**

O grande impasse para a utilização da parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada é a falta de segurança jurídica, principalmente no caso das Organizações Sociais. “Este modelo é criticado ferozmente por ultrapassados que defendem a (falsa) impossibilidade de o Estado abrir mão da execução direta de determinadas atividades, como a saúde, por exemplo. A Constituição Federal prevê outra coisa, mas liminares pululam no país reconhecendo posturas míopes de autoridades defasadas. Como o Judiciário é muito lerdo para resolver os impasses, a situação vai se arrastando e assustando os integrantes da iniciativa privada.

Para dar ideia, existe uma ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) tramitando no Supremo Tribunal Federal desde 1998, há 15 (quinze) anos, que discute a constitucionalidade da Lei federal n. 9.637/98, que trata das Organizações Sociais. É quase inacreditável, mas é a realidade”, conta.

A controvérsia é gerada, explica **Teixeira**, por “pensadores retrógrados que se recusam a aceitar a evolução dos tempos e a necessidade de os entes políticos modernizarem a sua forma de gestão e de tratamento do cidadão, que está cada vez mais exigente.” Baseiam-se em princípios e normas antigas, ainda não reformadas em razão da inércia do Poder Legislativo. “Os avanços devem ser associados a mudanças nas normas jurídicas que regem as parcerias e, principalmente, na definição pelo Poder Judiciário a respeito do assunto, pois só assim os impasses terão fim. Enquanto isso não acontece, os componentes da iniciativa privada continuarão a correr riscos muito altos e preocupantes, o que causa insegurança jurídica de tal monta que alguns acabam desistindo de colaborar com o Estado, o que faz com a população, de novo, deixe de contar com melhores serviços”, ressalta o diretor da Pró-Saúde, **Josenir Teixeira**.

### **Pró-Saúde**

A Pró-Saúde foi qualificada como Organização Social por quase três dezenas de entes políticos, estaduais e municipais, e com eles firmou parceria para empregar a sua expertise em gestão hospitalar e de serviços de saúde em prol da melhoria do atendimento da população. “A melhoria dos serviços, a partir da atuação da Pró-Saúde, se prova por meio dos vários prêmios ganhados por ela, em claro reconhecimento da eficiência de sua gestão”, explica **Teixeira**.

O primeiro hospital público do Estado do Paraná (Hospital Municipal de Araucária) a ser acreditado pela ONA (Organização Nacional de Acreditação) nos níveis 1 e 2, em 2010, é administrado pela Pró-Saúde. Este mesmo hospital foi

o primeiro da região Sul, e o 2º do Brasil, a publicar relatório de sustentabilidade usando a metodologia da GRI (Global Reporting Initiative). Também foi o primeiro do segmento a receber o Prêmio Paranaense da gestão da qualidade. “Além deste, os hospitais administrados pela Pró-Saúde localizados em Cubatão/SP, Altamira, Marabá e Santarém, estes no Pará, também foram acreditados pela ONA”, conta.

Para o diretor da Pró-Saúde, O Brasil padece de gestão. “Vivemos um apagão profissional em várias áreas, mas principalmente na administração, pois a faculdade forma um ‘especialista em faz-tudo’, com visão generalista, o que sabidamente não dá certo neste mundo tão avançado e exigente de hoje”, conta.

### **Diferenças jurídicas**

**Concessão de serviço público** – A concessão de serviço é um conceito teórico e consiste na delegação de sua prestação, feita pela Administração Pública, mediante licitação, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado, conforme definido pela Lei Federal n. 8.987/95, que regulamentou o artigo 175 da Constituição Federal.

**Parcerias Público-Privadas** – Refere-se especificamente à modalidade contemporânea de parceria escolhida pela Administração Pública para prover serviços públicos e infraestrutura, que foi criada e é regida pela Lei Federal n. 11.079/04. A legislação define Parceria Público-Privada como um contrato administrativo de concessão de serviços públicos. No modelo das PPPs, a iniciativa privada assume a responsabilidade pelo financiamento e investimento de recursos financeiros, que deverão ser remunerados em longo prazo, de alguma forma, podendo se dar com a operação da estrutura criada.

**Organizações Sociais** – As Organizações Sociais (OS), diferentemente, são entidades sem fins lucrativos que receberam essa titulação ou rótulo (Organização Social) do Poder Executivo, depois de cumprirem os requisitos que foram definidos pela lei. Após receberem essa qualificação, as entidades estão aptas a firmar com o Executivo um instrumento jurídico de colaboração chamado de Contrato de Gestão (ou de Gerenciamento), que identificará as obrigações e os deveres de ambas as partes. Neste modelo, a iniciativa privada (as entidades sem fins lucrativos) não investe recursos financeiros, que são integralmente repassados pelo

parceiro público. A atuação da primeira reside no oferecimento de sua expertise profissional na otimização dos equipamentos públicos que lhe são cedidos para que desenvolvam sua atividade gerencial.

### **O entrevistado**

**Josenir Teixeira** teve contato com a área da saúde em maio de 1990, quando estava no segundo ano do curso de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas (UniFMU), em São Paulo, no escritório de advocacia dos irmãos Antônio Oniswaldo Tilelli e Reynaldo Tilelli. Logo foi atuar dentro dos hospitais para fazer o atendimento direto às diretorias.

Em 1997, foi convidado pela Diretoria da Gerência Hospitalar, departamento então mantido pela Sociedade Beneficente São Camilo, para atuar diretamente com ela, que era responsável pela gestão de mais de 100 hospitais em todo o Brasil. Essa mudança permitiu ter contato direto com mais de 500 administradores hospitalares e os problemas jurídicos que os afligiam no dia a dia. Está com o mesmo grupo até hoje, agora na Pró-Saúde ABASH.

O profissional fez quatro cursos de pós-graduação lato sensu (Processo Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho e Terceiro Setor) e um strictu sensu (mestrado) em Direito Privado na FADISP (Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo), onde teve como orientador o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro José Carlos Moreira Alves. Da dissertação nasceu o livro *O Terceiro Setor em Perspectiva – da estrutura à função social*, publicado pela editora Fórum em 2011.

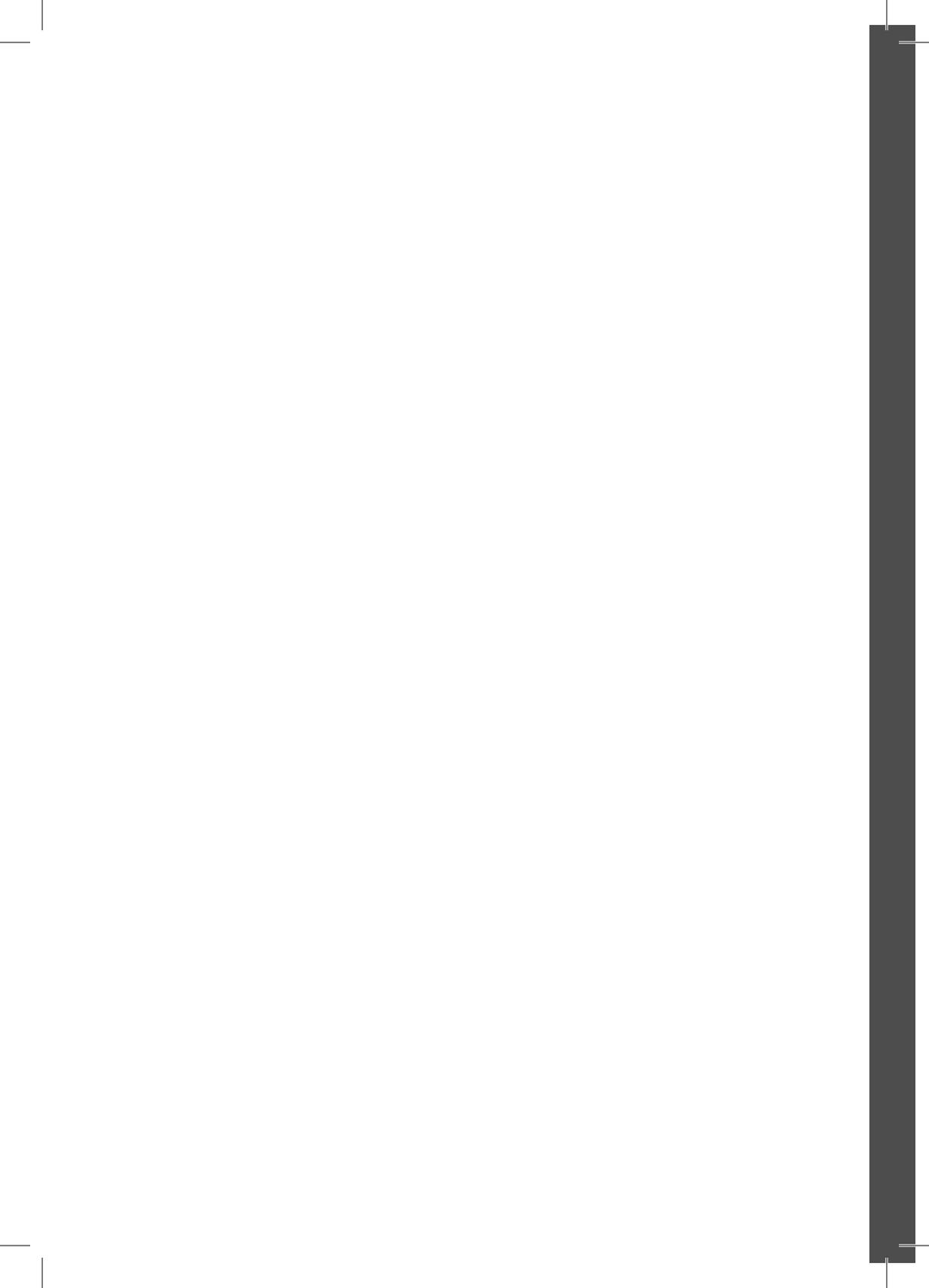
Este livro somou-se a outros três: *Prontuário do Paciente – Aspectos Jurídicos e Assuntos Hospitalares na Visão Jurídica*, ambos editados pela AB Editora, em 2008 e 2009, respectivamente.

Em 2010, editou o livro *Opiniões*, coletânea de artigos escritos ao longo dos últimos anos. Em 2013 lançará o segundo volume do livro *Opiniões*.

Presidiu e atualmente é vice-presidente do IBATS – Instituto Brasileiro de Advogados do Terceiro Setor, e fundador e editor da RDTS – Revista de Direito do Terceiro Setor ([www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)).

Membro da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP, é professor do curso de Direito do Terceiro Setor da Escola Superior de Advocacia (ESA) da OAB/SP. Também lecionou no IATS – Instituto de Administração para o Terceiro Setor Luiz Carlos Merege e no curso de Pós-Graduação em Administração Hospitalar e Negócios da Saúde da UNISA.

É também articulista da revista [www.noticiashospitales.com.br](http://www.noticiashospitales.com.br) e da *RBDS* – *Revista Brasileira de Direito da Saúde*, editada pela Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas - CMB – além de contribuir com as edições científicas da Confederação Nacional de Saúde – CNS e ministrar palestras sobre assuntos das áreas da saúde e o terceiro setor em todo o Brasil.



# 3

## Assuntos Hospitalares

## 3.1 - A intervenção em hospitais, sua utilização indiscriminada e viés político

### Sobre

Publicado pela Revista Brasileira de Direito da Saúde - RBDS, Ano III, n. 5, julho a dezembro de 2013, p. 9 a 32, Brasília, Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas

### Introdução

Qual seria a sua sensação, caro leitor, se alguém chegasse ao seu local de trabalho, o expulsasse da sua cadeira, assumisse suas funções, passasse a dirigir a atividade que até então era por você desenvolvida e o proibisse de voltar? A grossíssimo modo, é isso o que acontece na intervenção.

Sob o argumento de que você não está trabalhando corretamente da forma como deveria e que não há eficiência no que é feito, alguém se arvora na condição de detentor de tais condições técnico-profissionais e, mediante o uso legal da força, o substitui no exercício daquela atividade.

Em outras palavras, o ser superior que reúne as condições profissionais que você não tem (na visão dele, obviamente) passa a lhe mostrar como é que deveria ser feito, em tese, com mais eficiência, eficácia, profissionalismo e obtendo os resultados que até então não tinham sido atingidos. Tecnicamente é esta a proposta da intervenção.

Todavia, na prática não necessariamente teórica do dia a dia, verifica-se que o instrumento jurídico da intervenção é utilizado como artimanha para espezinhar adversários políticos e aniquilar obstáculos para concreção de planos pessoais egoístas. Há exceções quanto ao conteúdo desta afirmação, obviamente, e, como tais serão tratadas.

Para se ter a abrangência do assunto, informou-se que “cerca de 30 Santas Casas no Brasil estão hoje sob intervenções federal, estadual ou municipal. Em São Paulo, esta é a situação das Santas Casas de Franca, Araraquara, Itu, Praia Grande, Jacareí e Guarulhos. [...] Nos últimos cinco anos, várias filantrópicas fecharam suas portas em São Paulo ou estão em processo de desativação, a exemplo das Santas Casas de Buri, Sumaré, Itapetininga e Porangaba, além da

Fundação Tita Resende, de Ribeirão Preto.”<sup>1</sup>

É sobre o contexto do exercício da intervenção que tratará este artigo.

### **O conceito de intervenção**

O substantivo *intervenção* encerra a ideia da “ingerência de um indivíduo ou instituição em negócios de outrem” e, mais precisamente para o nosso interesse, a “interferência do Estado em domínio que não seja de sua competência, embora constitucionalmente legítima” ou a “intromissão de outro Estado em seus assuntos internos ou negócios externos.”<sup>2</sup>

*Intervenção* quer dizer a retirada temporária da autonomia do titular da atividade, visando a própria manutenção desta, com a conseqüente ocupação transitória (não perpétua) de sua propriedade, bens e serviços.

Diógenes Gasparini leciona o instituto como

a utilização, quase sempre transitória e auto-executória, pela Administração Pública, de bens particulares, mediante determinação da autoridade competente, com ou sem indenização posterior em razão ou não de perigo público.<sup>3</sup>

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, requisição administrativa

é o ato pelo qual o Estado, em proveito de um interesse público, constitui alguém, de modo unilateral e auto-executório, na obrigação de prestar-lhe um serviço ou ceder-lhe transitoriamente o uso de uma coisa in natura obrigando-se a indenizar os prejuízos que tal medida efetivamente acarretar ao obrigado.<sup>4</sup>

O verbo *intervir*, ligado umbilicalmente àquele substantivo, significa “ingerir-se (em matéria, questão etc.), com a intenção de influir sobre o seu desenvolvimento; interpor sua autoridade; suceder incidentemente”<sup>5</sup>, e, ainda, ingressar numa relação da qual não era parte, inicialmente.

Por importante e intrinsecamente ligado à *intervenção* devemos definir *requisição*<sup>6</sup>, também substantivo que significa o “ato através do qual se pede determi-

---

1 Jornal do CREMESP - Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo - Edição n. 212, 05/2005, Especial, Série SUS: a crise nas Santas Casas do Estado de São Paulo.

2 Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 2.0.

3 GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 8. ed. p. 627. São Paulo: Saraiva, 2003.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 25. ed. p. 891. São Paulo: Malheiros, 2008.

5 Idem.

6 Veja-se o Decreto-Lei n. 4.812/42, que “dispõe sobre a requisição de bens imóveis e móveis, necessários às forças armadas e à defesa passiva da população”, que foi tornado insubsistente pelo Decreto-Lei n. 8.090/45 e que, por sua vez, foi tornado insubsistente pelo Decreto-Lei n. 8.158/45.

nada providência, realizado por quem possui autoridade para tal”.<sup>7</sup> Nessa toada, convém classificar o verbo *requisitar*, que é conceituado como o ato de “solicitar, com autorização legal, para uso no serviço público” e “exigir certa providência em razão da autoridade que alguém se encontra investido”.<sup>8</sup>

Para fins deste artigo, *intervenção* será considerada como um direito e a *requisição* uma das suas formas de materialização.

Não vamos tratar da intervenção direta que o governo (independentemente do regime adotado) realiza diuturnamente na economia e no mercado, visando a regulação do setor privado (fixando tributos, tarifas e subsídios) o que, por vezes, interfere nas finanças das empresas, dirigindo ou redirecionando para rumos não necessariamente desejados pelos empresários. E nem discutiremos se isso possui intenções boas ou não ou se visa alcançar a adequação das normas aos anseios sociais, encurtando o tamanho do abismo social e diminuindo as desigualdades.

Não trataremos das formas de intervenção do Estado nos direitos do cidadão, assegurando-os, quando ameaçados, ou restringindo alguns deles, individualmente, em prol da coletividade, quando assim se fizer necessário, posturas nas quais também está presente a democracia.

Não abordaremos a possibilidade constitucional de intervenção do governo nacional em entes políticos para preservação da intangibilidade do vínculo federativo, da unidade do Estado Federal e da integridade territorial das unidades federadas e também diante dos acontecimentos previstos na Constituição Federal<sup>9</sup> <sup>10</sup>. Esta possibilidade é também suscitada, por exemplo, quando entes políticos descumprem regras de pagamento de suas dívidas, o que se dá por meio dos precatórios.<sup>11</sup>

Há a possibilidade legal de o Advogado-Geral da União<sup>12</sup>, diretamente ou

7 Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 2.0.

8 Idem.

9 Vejam-se os artigos 34, 35 e 36 da Constituição Federal de 1988, que tratam da intervenção.

10 Superior Tribunal de Justiça, Intervenção Federal (IF) n. 33/PR, Corte Especial, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, j. 16/04/1997, DJ de 09/06/1997, p. 25.456, RSTJ 99/2009. “Constitucional. Processual Civil. Intervenção federal em Estado da Federação por descumprimento de decisão judicial. Inexistência de pressupostos. Inviabilidade. A Constituição Federal só admite a decretação de intervenção federal em Estado da Federação por descumprimento, pela autoridade governamental, de decisão jurisdicional. [...] Pedido de intervenção federal não conhecido. Decisão unânime”.

11 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Intervenção em Município nº 70031561525, Pleno, Relator Luiz Felipe Silveira Difini, julgado em 14/09/2009. “Representação. Direito público não especificado. Pedido de intervenção estadual em município. Não pagamento de precatório. A pretensão da requerente encontra amparo legal no disposto no inciso IV, do art. 15, da Constituição Estadual. A mera alegação de inscrição do precatório no orçamento, bem como de dificuldade financeira não afastam o descumprimento da ordem judicial, nem mesmo o caráter de excepcionalidade da situação a tutelar o pedido de intervenção estadual no Município de Vila Flores. Representação acolhida. Unânime.”

12 Veja-se a previsão contida na Lei n. 9.469/97, que regulamentou o inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73/93, as suas alterações e o Decreto n. 2.346/97.

mediante delegação, intervir nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta e autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até quinhentos mil reais. É a intervenção anômala. Mas não é esta a vertente que nos interessa neste trabalho.

A *intervenção* aqui tratada pressupõe a existência de um serviço que não está sendo realizado a contento por alguém que o criou, o mantém e/ou o administra e de alguém superior, em razão de qualquer circunstância, inclusive jurídica, que tem poder para tomar o lugar daquele prestador para fazer melhor.

A intervenção é ato administrativo (ato de império) considerado de direito pessoal da Administração, discricionário quanto ao objeto e oportunidade da medida, excepcional, unilateral, transitório, auto-executório, pressupõe o cumprimento de requisitos e não pode ser regra, sob pena de desvirtuamento da sua previsão e finalidade.

### **A atuação das entidades sem fins lucrativos na saúde**

A obrigação de oferecer saúde<sup>13</sup> à população é do Estado<sup>14</sup>, como mandam os artigos 23<sup>15</sup> e 196<sup>16</sup> da Constituição Federal, diploma que incumbiu ao Poder

---

13 CF, Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

14 Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 888.975, Primeira Turma, relator Ministro Luiz Fux, relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, j. 16.08.2007, DJ 22.10.2007, p. 205. “Processual Civil. Recurso Especial. Sistema Único de Saúde. Execução direta de ações e serviços de saúde. Fornecimento de medicamentos. Atribuição legal dos órgãos locais, e não da União. 1. Segundo a Constituição, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196). Todavia, cumpre ao legislador dispor sobre a “regulamentação, fiscalização e controle” das ações e serviços de saúde, “devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado” (CF, art. 197). Relativamente ao sistema único de saúde (SUS), ele é formado, segundo a Constituição, por “uma rede regionalizada e hierarquizada” de ações e serviços de saúde, observadas, entre outras diretrizes, a da “descentralização, com direção única em cada esfera de governo” (art. 198). 2. Atendendo ao preceito constitucional, a Lei 8.080/90 tratou da organização do SUS, inclusive no que se refere à distribuição das competências, das atribuições e das responsabilidades de seus vários órgãos integrantes, com o objetivo, não apenas de evitar a sobreposição de estruturas administrativas, mas para conferir eficiência, economicidade e agilidade ao sistema, condição indispensável a garantir aos cidadãos, da melhor maneira possível, o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde. 3. Relativamente à execução e prestação direta dos serviços, a Lei atribuiu aos Municípios essa responsabilidade (art. 18, incisos I, IV e V, da Lei n.º 8.080/90), compatibilizando o Sistema, no particular, com o estabelecido pela Constituição no seu artigo 30, VII: “Compete aos Municípios (...) prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”. No que se refere especificamente à assistência farmacêutica, cumpre à União, como gestora federal do SUS, o repasse de recursos financeiros, cabendo aos Municípios e, supletivamente, aos Estados, a aquisição e a adequada dispensação de medicamentos. 4. Agravo regimental provido para excluir a União do pólo passivo da demanda.”

15 CF, Art. 23. 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;

16 CF, Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais

Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.<sup>17</sup>

É público e notório que o Estado não consegue cumprir este mandamento constitucional sozinho, o que o obriga a se valer de alternativas para atingir tal fim, faculdade concedida pela própria Carta Magna ao prever que a execução das atividades da saúde pode ser feita “através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”<sup>18</sup>

Dentre as alternativas viáveis para o cumprimento do mandamento constitucional, a **parceria** entre os entes políticos e as entidades sem fins lucrativos<sup>19</sup> nos parece ser a mais coerente e eficaz, haja vista os fracassos que a administração direta de serviços pelo Estado experimentou em diversas áreas, inclusive na saúde, e os êxitos que a aplicação desta estratégia tem apresentado nos últimos quinze anos em diversos Estados e municípios.

Os formatos, os modelos e os instrumentos jurídicos utilizados para o estabelecimento de parceria entre o Estado (Primeiro Setor) e a iniciativa privada sem finalidade de lucro (Terceiro Setor) são vários, como os contratos administrativos, os convênios, os Contratos de Gestão, decorrentes da qualificação de entidades como Organizações Sociais<sup>20</sup> (OS) e os Termos de Parceria, oriundos da qualificação de instituições como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Há ainda a possibilidade de o Poder Público contar com a atuação e os serviços desenvolvidos por fundações públicas (públicas de direito público e públicas de direito privado) e também as essencialmente privadas, estas constituídas à luz do artigo 62<sup>21</sup> do Código Civil.

---

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.

17 CF, 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.

18 CF, Art. 197.

19 Tribunal de Justiça do Paraná, Agravo de Instrumento n. 729958-7, Relator Desembargador Fábio André Santos Muniz, j. 19.11.10. “[...] A eventual inadimplência do Município para com o agravante em razão de serviços pretéritos somente teria relevância caso o contrato por este motivo estivesse rescindido, o que, a princípio, não se verifica na medida em que a rescisão se deu a partir de faculdade estabelecida no contrato, faculdade esta vinculada somente à vontade do agravante conforme teor do ato obrigacional. É verdade que os serviços públicos, ainda mais os de saúde, se submetem aos princípios do art. 37, caput, da Constituição Federal e não deve sofrer solução de continuidade. Isso de fato existe, mas não a ponto de obrigar o particular a fazê-lo em nome do ente público sem lei ou ato negocial eficaz a sustentá-lo.”

20 O modelo das Organizações Sociais foi importado, principalmente da Inglaterra. No Brasil, em âmbito federal, elas são regidas pela Lei n. 9.637/98, sendo que diversos Estados (São Paulo: LC 846/98; Bahia: 7.027/97 e 8.647/03; Tocantins: 2.472/11, Pará: 5.980/96 etc.) e centenas de municípios (São Paulo: 14.132/06; Atibaia: LC 457/05; Cubatão: 2.764/02; Foz do Iguaçu: 3.654/09 etc.) nela se inspiraram e criaram suas normas jurídicas próprias.

21 Lei n. 10.406/02 - Código Civil - Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por

A parceria dos entes políticos não se dá somente com entidades sem fins lucrativos, entendidas estas (livremente) como integrantes e componentes do Terceiro Setor, mas também com empresas que têm finalidade de lucro, como é o caso das concessões de gerenciamento (e construção) de estradas, com posterior exploração da cobrança de pedágios, aeroportos, presídios e hospitais, como acontece no caso da opção pelas Parcerias Público-Privadas (PPP).<sup>22 23</sup>

É a Constituição Federal de 1988 que permite que a iniciativa privada atue na assistência à saúde, “tendo preferências as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”<sup>24</sup>

E são essas entidades<sup>25</sup>, algumas seculares, que se dispõem a criar e gerir um

---

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. Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

22 “Cada vez mais comuns no Brasil, as Parcerias Público-Privadas – conhecidas pela sigla PPP – têm se intensificado na área da saúde. Implantação, ampliação, melhoramento, reforma, manutenção, gestão de infraestrutura, prestação de serviços públicos, entre outras atividades são efetivadas ou otimizadas mediante acordo contratual entre gestores do setor público e do privado. Por intermédio desta modalidade, o poder público contrata empresas que serão responsáveis pela prestação de serviços de interesse da administração. A premissa é de que a iniciativa privada tem condições de gerir alguns serviços de modo mais eficiente, com menos riscos, o que implicará no melhor uso de recursos públicos. Na área da saúde, bilhões de reais são movimentados por ano com as PPPs e OSSs, no Brasil. Somente com os hospitais públicos, que são de alta complexidade e com número de leitos não inferior a 200, estima-se que o Estado de São Paulo – por exemplo – gaste anualmente algo em torno de R\$ 2,5 bilhões, que são repassados para as entidades sem fins lucrativos, qualificadas como Organizações Sociais (OSSs). Somados os valores repassados por outros Estados e municípios, a cifra pode passar de R\$ 6 bilhões por ano. [...] Parcerias Público-Privadas – Refere-se especificamente à modalidade contemporânea de parceria escolhida pela Administração Pública para prover serviços públicos e infraestrutura, que foi criada e é regida pela Lei Federal n. 11.079/04. A legislação define Parceria Público-Privada como um contrato administrativo de concessão de serviços públicos. No modelo das PPPs, a iniciativa privada assume a responsabilidade pelo financiamento e investimento de recursos financeiros, que deverão ser remunerados em longo prazo, de alguma forma, podendo se dar com a operação da estrutura criada.” Reportagem intitulada Parcerias Público-Privadas na saúde. Entrevista concedida por Josenir Teixeira à revista Administrador Hospitalar (Federação Brasileira dos (sic) Administradores Hospitalares), ano 1, edição 1, São Paulo, maio de 2013, p. 34-36.

23 O modelo das PPPs foi importando de vários países (Inglaterra, França, Espanha e Portugal, por exemplo), sendo que sua efetiva aplicação no Brasil ainda é incipiente, apesar de criada em 2004 pela Lei federal n. 11.079. Alguns Estados também criaram normas jurídicas específicas para regulamentar o assunto, no âmbito de sua abrangência geográfica, como a Bahia (9.290/04), Minas Gerais (14.868/03), Piauí (5.494/05), Rio Grande do Norte (LC 307/05) e Santa Catarina (Decreto 1.932/04).

24 CF, 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.

25 Lê-se do site da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas — CMB: “RAÍZES HISTÓRICAS. Não há ninguém que estude a História do Brasil ou que esteja ligado à área da saúde que não tenha notícia do papel secular das Santas Casas, Hospitais Beneficentes e Filantrópicos. Em nosso País, as Santas Casas surgiram logo após o seu descobrimento, precedendo, portanto, a própria organização jurídica do Estado brasileiro. Braz Cubas, em 1543 fundou a primeira delas em Santos/SP. Uma vez criadas, passaram a se dedicar ao atendimento aos enfermos e, em alguns casos, em mais de uma direção, ou seja, no amparo à velhice, à criança, aos hansenianos, à educação entre outras. Somam, hoje, mais de duas mil e quinhentas em todo o território nacional. Responsáveis por cerca de 50% dos leitos hospitalares existentes no País, muitas vezes constituindo-se em Centros Regionais de Referência e Excelência Médica. Há que se destacar, ainda, o papel histórico que essas instituições cumpriram e cumprem na formação de Recursos Humanos para

estabelecimento de saúde para disponibilizar atendimento à população<sup>26</sup>. Elas são compostas por pessoas abnegadas, movidas pelo desejo de atender ao próximo e suprir a lacuna deixada pelo Estado brasileiro, nos seus 5.564 municípios, alguns sem nenhuma condição de ostentar tal condição, diga-se.

A missão é difícil. E é por isso que a **parceria** entre elas e o Estado se mostra oportuna e eficiente, pois se aliam a expertise profissional das instituições com a possibilidade/obrigação de custeio das atividades por parte da Administração Pública, fruto, aliás, da arrecadação dos impostos pagos por todos nós.

Apesar da enorme dificuldade factual, parte das entidades sem fins lucrativos mantenedoras de estabelecimentos de saúde consegue disponibilizar serviços com bastante qualidade aos cidadãos, o que se dá em razão de diversas circunstâncias e detalhes específicos, que levam em conta: a) a sua capacidade instalada (atendimento básico, secundário ou terciário), b) o nível de complexidade (baixa, média ou alta) da atividade, que indica a tabela de remuneração dos procedimentos a ser praticada pelo governo, c) a diversidade de especialidades médicas oferecidas ou o foco numa delas, como os serviços oncológicos, por exemplo, d) a possibilidade de atendimento de convênios e pacientes particulares e mais uma saraivada de motivos técnicos e administrativos que não vêm ao caso neste momento.

Justamente por causa de alguns dos breves componentes operacionais acima elencados é que, em contraponto e em paralelo às exitosas, encontramos entidades que não conseguem deslanchar suas atividades e algumas sequer se manterem abertas, quando coincidem situações negativas e difíceis (às vezes impossíveis) de serem contornadas. É claro que as que (sobre)vivem nestas condições terão mais dificuldades de oferecer serviços à comunidade, muito menos com a qualidade que seria desejada. E elas serão cobradas por isso pela coletividade e pelas autoridades.

As situações, as especificidades e o contexto geral nas quais os serviços de

---

a saúde, a começar pela criação das primeiras Escolas de Medicina e de Enfermagem. Desnecessário enumerar, uma a uma, todas aquelas que tem contribuído para o desenvolvimento da ciência médica e outras, mantendo hospitais-escolas, residência médica, ou mesmo campo de estágio e aplicação dos conhecimentos adquiridos. Os quase 500 anos de existência das Santas Casas, Hospitais Beneficentes e Filantrópicos no Brasil são suficientes para bem entender o papel, a missão e o desempenho dessas instituições na preservação da saúde e da vida da sociedade. Adaptadas às condições atuais e empregando técnicas modernas de administração hospitalar, graças, ainda, à obrigação da aplicação de seus eventuais resultados positivos na própria instituição - para o aperfeiçoamento e melhoria da qualidade dos serviços que presta à sociedade -, representam a grande opção que o governo tem para consolidar a implantação do Sistema Único de Saúde em todo o território brasileiro." Disponível em <http://www.cmb.org.br/index.php/template/a-cmb/quem-somos> Acesso em 15 fev 2014, 18h15.

26 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: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

saúde desenvolvem as suas atividades são as mais diversas. E elas impactam de forma importante e definitiva no sucesso da manutenção das atividades às quais as entidades se dedicam.

Dentre as situações que podem impactar de forma negativa nos serviços citamos as seguintes: a) a baixa disponibilidade de mão de obra especializada, como a de médicos<sup>27</sup>, b) a (in)capacidade de geração de receita para i) remunerar a contento os profissionais, facilitando a sua fixação, ii) investir, iii) expandir, iv) cumprir as obrigações financeiras e legais tempestivamente, inclusive com fornecedores, prestadores de serviços, honorários médicos etc., c) a dificuldade de realizar os procedimentos mais bem remunerados pelos convênios, inclusive o SUS, d) a (im)possibilidade de profissionalizar e/ou capacitar a administração, e) a falta de comprometimento, contribuição e prestígio da população local e do entorno, f) a dificuldade de se obter parceria e ajuda institucional sequencial do Poder Público, g) a localização geográfica e diversos outras circunstâncias aqui omitidas por falta de espaço.<sup>28</sup>

Quando as instituições privadas não conseguem oferecer serviços de saúde à população ou quando estes não apresentam um mínimo de qualidade, surge o palco propício para a utilização do instrumento jurídico da *intervenção* do Poder Público, por meio da *requisição* de seus serviços, pessoal<sup>29</sup>, equipamentos, prédios, infraestrutura, móveis, bens de consumo, estoques, instalações etc.<sup>30</sup>

27 A Lei n. 12.871/13 instituiu o Programa Mais Médicos, que possui como finalidade “formar recursos humanos na área médica para o Sistema Único de Saúde (SUS)” e, como um dos seus objetivos (I), “diminuir a carência de médicos nas regiões prioritárias para o SUS, a fim de reduzir as desigualdades regionais na área da saúde.”

28 Foram citadas as seguintes situações no Agravo de Instrumento n. 70054474150, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2ª Câmara Cível, Relator Desembargador João Barcelos de Souza Júnior, j. 10.07.2013, que justificariam o exercício da intervenção: “[...] falta de oferta de cirurgias de urgência aos municípios, [...], não contar com plantão médico 24 horas, falta de assistência nos serviços de cirurgia de urgência e irregularidades sanitárias.”

29 Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 0020388-65.2011.8.26.0477, Relator Desembargador Oswaldo Luiz Paulo, j. 03.07.2013. “Servidor Público Temporário. Rescisão contratual. Verbas trabalhistas. Competência da Justiça Comum, pois decorrente de contrato administrativo. Valores que não podem ser reclamados em face do Município contratante, interventor da entidade filantrópica primitivamente empregadora, eis que se trata de vínculos distintos. Requisição de bens e serviços da Santa Casa de Misericórdia por Decreto Municipal. Situação de caos administrativo. Legalidade. Sucessão não caracterizada. Contratação realizada nos termos do art. 37, inc. IX, da Constituição, e não segundo as regras celetistas. Regime administrativo que afasta a aplicação de lei trabalhista. Pagamento das verbas devidas à época da rescisão do contrato temporário. Sentença mantida. Recurso não provido.”

30 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento n. 70054474150, 2ª Câmara Cível, Relator Desembargador João Barcelos de Souza Júnior, j. 10.07.2013. “Direito Administrativo. Intervenção municipal. Estado de calamidade pública. Uso de CNPJ de hospital. Possibilidade. No caso dos autos a parte agravante não demonstra a existência de risco de sofrer dano grave ou de difícil reparação. O art. 15, XIII, da Lei nº 8.080/1990 prevê a possibilidade de requisição pelo Município de bens e serviços, tanto de pessoas naturais como jurídicas, em casos de calamidade pública. O mesmo dispositivo prevê a possibilidade de indenização em caso de prejuízo do hospital com a intervenção, o que afasta o argumento do agravante de correr risco e de sofrer qualquer tipo de dano. Há indício nos autos de que ocorreram as irregularidades que ensejaram a intervenção do Município na adminis-

### O cenário justificador da utilização da intervenção nos hospitais

O embasamento constitucional para o exercício do direito da *intervenção estatal*<sup>31</sup> pelas autoridades constituídas na questão específica relativa à *propriedade*<sup>32</sup> se encontra no artigo 5º, em inciso assim redigido:

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

A Constituição prevê que cabe à União legislar sobre requisições civis.<sup>33</sup> Não há lei federal que regule o assunto aqui tratado, de forma direcionada.<sup>34</sup>

Ainda especificamente para a questão relativa à *propriedade*<sup>35</sup> privada, o Código Civil previu a possibilidade de *requisição* da coisa de terceiro, o que fez da seguinte forma:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

[...]

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. (gr)

São os dispositivos acima transcritos que, por analogia, servem para sustentar a intervenção em hospitais, juntamente com o abaixo indicado, que é mais específico para a área da saúde.

A Lei n. 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços corres-

pondência do hospital. Como os ativos e colaboradores estão vinculados ao CNPJ do hospital, assim como toda a gestão fiscal, não há como desvincular o uso desse, sob pena de prejudicar o atendimento aos pacientes ali atendidos. Negado provimento, unânime.”

31 Abstraímos deste breve estudo a questão da função social da propriedade, dentre outras situações encontradas na Constituição Federal que poderiam se relacionar direta ou indiretamente com a intervenção, como a humanitária, promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU), por exemplo.

32 CF, Art. 5º [...] XXII - é garantido o direito de propriedade;

33 CF, Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra; [...]

34 A Lei Delegada nº 4/62 “dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo” e prevê: Art. 1º. A União, na forma do art. 146 da Constituição, fica autorizada, a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo e uso do povo, nos limites fixados nesta lei. Parágrafo único. A intervenção se processará, também, para assegurar o suprimento dos bens necessários às atividades agropecuárias, da pesca e indústrias do País.

35 CF, Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade;

pondentes, regulamentada vinte e um anos depois de sua edição pelo Decreto n. 7.508/11, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, prevê:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

[...]

XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização; (gr)

A análise dos diplomas legais acima transcritos indica que o assunto foi tratado de forma específica para a questão relativa à *propriedade privada* e direta para a área da saúde, sem qualquer peculiaridade a respeito de eventual descompasso administrativo praticado por titulares de serviços da área da saúde.

Diante da imprecisão legislativa, resta-nos o uso da hermenêutica para interpretar as normas, o que pode sofrer distorções em razão do subjetivismo empregado neste exercício e dos interesses espúrios que habitam no consciente e no inconsciente da maioria dos políticos brasileiros.

A pesquisa e a experiência acumulada no trato de casos concretos relativos ao assunto revelam que o mote preferido dos entes políticos ou mesmo ministeriais para a utilização da intervenção é a presunção da ocorrência de má gestão<sup>36</sup> nos serviços de saúde, o que colocaria em risco o *atendimento de necessidades coletivas* e, conseqüentemente, caracterizaria o constitucional *iminente perigo público*.

<sup>36</sup> Tribunal de Justiça do Paraná, Ação Civil de Improbidade Administrativa n. 9755213, Quinta Câmara Cível, Relator Luiz Mateus de Lima, j. 26.02.2013, DJ 11.03.2013. “Agravo de Instrumento. Mandado de Segurança. Preliminares afastadas. Decreto de requisição de intervenção do Poder Público municipal na gestão de hospital. Índícios de má-gestão. Impossibilidade de encerramento das atividades de serviço público de caráter essencial (pronto socorro, ambulatório, plantões). Situação de calamidade pública. Inexistência de ilegalidade e de arbitrariedade no ato de requisição do hospital pela municipalidade. Recurso conhecido e desprovido. O ente municipal tem legitimidade para se utilizar do mandamus, visando proteger direitos coletivos tais como a assistência à saúde, bem como a fim de dar cumprimento aos termos constantes do Decreto Municipal nº 2.682/12. O qual, por sua vez, requisitou e decretou a intervenção do Poder Público Municipal na gestão do Hospital São José visando garantir o restabelecimento adequado dos serviços de saúde, mediante a ocupação temporária do local, seus utensílios e equipamentos. Não merece prosperar a preliminar de ilegitimidade de parte da autoridade imputada como coatora, vez que esta figura como gestora de mencionado hospital, exercendo serviço público de caráter essencial. Em princípio, não há qualquer ilegalidade do fato de o ente municipal defender o seu direito em assumir temporariamente a direção/gestão do Hospital São José, nos moldes determinados pelo Decreto nº 2.682/12, a fim de que o sistema municipal de saúde não entre em situação de verdadeiro colapso, o que, conseqüentemente, prejudicaria toda a população municipal. Diante da possível intenção de dissolução do hospital pela sua entidade mantenedora, bem como ante a impossibilidade de renovação de contrato de Subvenção Social, tendo em vista a ausência de certidões de débitos tributários exigidas pelo Tribunal de Contas, não poderia o juízo a quo ter agido de outra forma, senão determinado que o ente municipal assumisse a direção do hospital, a fim de evitar a interrupção das atividades.”

A má-gestão, que seria perpetrada pelas entidades mantenedoras e gestoras de atividades de saúde, se configuraria com a dificuldade de manutenção do serviço (assistência médico-hospitalar) em funcionamento, na sua redução, interrupção ou mesmo cessação, o que levaria a situação ao caos, com possibilidade de iminente colapso e perigo público concreto de deficiência ou paralisação parcial ou completa do atendimento hospitalar da população, o que invariavelmente ocorre em razão de desequilíbrio econômico-financeiro da instituição.

Assim, então, estaria configurado o cenário para a utilização da intervenção, cuja finalidade deve ser a preservação da sociedade justamente contra as situações de perigo público iminente que, desaparecidas, implicaria necessariamente na revogação da interferência.

A *intervenção* pelo Poder Executivo (nas suas três esferas), Ministério Público (Estadual e/ou Federal) ou Poder Judiciário, na modalidade de *requisição* de bens e serviços das entidades, teria a finalidade de a) reordenar, reorganizar e restabelecer adequadamente os serviços de saúde pública, b) resolver a crise administrativa (que reduz as atividades assistenciais) e sanar os problemas internos da instituição, c) cumprir as obrigações legais, d) cumprir as obrigações contratuais, e) estabelecer o equilíbrio econômico-financeiro das contas, impedindo o risco da desestruturação da entidade e f) estabelecer uma nova estrutura funcional para a pessoa jurídica, tudo isso com a pretensão de garantir a continuidade e a qualidade dos serviços, com a sua manutenção.<sup>37</sup>

Os pressupostos para o exercício do direito de *requisição* são, basicamente, a) a existência, configuração, justificação e motivação<sup>38</sup> do perigo público iminente,

37 Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 629.862, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 23.02.2012. "Administrativo. Requisição de bens e serviços de Santa Casa de Misericórdia por Decreto Municipal. Alegada situação de caos administrativo. [...]"

38 Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n. 25.295, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 20.04.2005, p. 05.10.2007. "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. UNIÃO FEDERAL. DECRETAÇÃO DE ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. REQUISICÃO DE BENS E SERVIÇOS MUNICIPAIS. DECRETO 5.392/2005 DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. Mandado de Segurança, impetrado pelo município, em que se impugna o art. 2º, V e VI (requisição dos hospitais municipais Souza Aguiar e Miguel Couto) e § 1º e § 2º (delegação ao ministro de Estado da Saúde da competência para requisição de outros serviços de saúde e recursos financeiros afetos à gestão de serviços e ações relacionados aos hospitais requisitados) do Decreto 5.392/2005, do presidente da República. Ordem deferida, por unanimidade. Fundamentos predominantes: (i) a requisição de bens e serviços do município do Rio de Janeiro, já afetados à prestação de serviços de saúde, não tem amparo no inciso XIII do art. 15 da Lei 8.080/1990, a despeito da invocação desse dispositivo no ato atacado; (ii) nesse sentido, as determinações impugnadas do decreto presidencial configuram-se efetiva intervenção da União no município, vedada pela Constituição; (iii) inadmissibilidade da requisição de bens municipais pela União em situação de normalidade institucional, sem a decretação de Estado de Defesa ou Estado de Sítio. Suscitada também a ofensa à autonomia municipal e ao pacto federativo. Ressalva do ministro presidente e do relator quanto à admissibilidade, em tese, da requisição, pela União, de bens e serviços municipais para o atendimento a situações de comprovada calamidade e perigo públicos. Ressalvas do relator

b) a decretação pela autoridade competente e c) a finalidade do uso determinada pela necessidade coletiva.<sup>39</sup>

A decretação da intervenção deve ser precedida da constatação de estado de **calamidade pública**<sup>40</sup>, que é definido como sendo a “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido”<sup>41</sup>, conceito que precisa ser lapidado e adequado a cada situação concreta, por óbvio.

A declaração da calamidade pública é tratada no âmbito federal pela Lei n. 12.340/10<sup>42</sup> e pelo Decreto n. 7.257/10<sup>43</sup>, sendo que este disciplinamento tem como objetivo resguardar uniformidade no tratamento da matéria e limitar o uso abusivo desse instrumento, haja vista que tais normas regulamentam o repasse de verbas públicas federais para entes políticos.

A Lei de Licitações também cuida da hipótese de acontecimento de situações que acarretam a decretação de calamidade pública, prevê a dispensa de licitação para a contratação de bens e serviços necessários para o atendimento da situação emergencial instalada<sup>44</sup> e indica a forma processual a ser adotada para a sua

---

quanto ao fundamento do deferimento da ordem: (i) ato sem expressa motivação e fixação de prazo para as medidas adotadas pelo governo federal; (ii) reajuste, nesse último ponto, do voto do relator, que inicialmente indicava a possibilidade de saneamento excepcional do vício, em consideração à gravidade dos fatos demonstrados relativos ao estado da prestação de serviços de saúde no município do Rio de Janeiro e das controvérsias entre União e município sobre o cumprimento de convênios de municipalização de hospitais federais; (iii) nulidade do § 1º do art. 2º do decreto atacado, por inconstitucionalidade da delegação, pelo presidente da República ao ministro da Saúde, das atribuições ali fixadas; (iv) nulidade do § 2º do art. 2º do decreto impugnado, por ofensa à autonomia municipal e em virtude da impossibilidade de delegação.” 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”.

39 Vide ementa de decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, transcrita no Recurso Extraordinário n. 596.920, Supremo Tribunal Federal, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 21/12/2010, p. 07.02.2011.

40 Vide, por exemplo, de muitos, o Decreto federal n. 5.392/05, que “declara estado de calamidade pública no setor hospitalar do Sistema Único de Saúde no Município do Rio de Janeiro”, o que polemizou a aplicação da Requisição Administrativa ao passar à União a gestão dos hospitais do município do Rio de Janeiro.

41 Decreto n. 7.257/10, art. 2º, IV.

42 A ementa desta lei, alterada pela Medida Provisória n. 631/13, está assim redigida: “Dispõe sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres, de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres, sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil e dá outras providências.”

43 Este Decreto regulamenta a Medida Provisória nº 494, de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências.

44 Lei n. 8.666/93 – Art. 24. É dispensável a licitação: [...] IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, pú-

caracterização.<sup>45</sup>

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União é no sentido de que as situações adversas dadas como calamidade pública ou emergência aptas a fundamentarem uma possível dispensa de licitação com base no art. 24, IV, da Lei n. 8.666/93, requer como premissa que tal fato não tenha se originado de falta de planejamento, desídia e má administração dos recursos disponíveis. Este tem sido o entendimento na Corte de Contas desde a Decisão n. 347/1994, Plenário, segundo a qual:

[...] quanto à caracterização dos casos de emergência ou de calamidade pública, em tese:

a) que, além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei n. 8.666/1993, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado no art. 24, inciso IV, da mesma Lei:

a.1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;

a.2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas;

a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;

a.4) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado;

Numa linha de pensamento mais abrangente e aglutinativa citamos decisão do Tribunal de Contas da União assim ementada:

A situação prevista no art. 24, IV, da Lei n° 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa,

---

blicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

45 Lei n. 8.666/93 - Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço. IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.<sup>46</sup>

Fato é que, quando se tratar de intervenção, a situação vivenciada, que deve ser capaz de colocar a população em *iminente perigo público*, deverá ser justificada, contextualizada e motivada de forma inequívoca, específica e inquestionável, sob pena de utilização indevida e viciada de tal medida extrema, o que comportará seu enfrentamento no âmbito do Poder Judiciário e a eventual indenização da entidade que teve sua situação, bens e serviços turbados e invadidos indevidamente por terceiros.

### **Processualística da intervenção**

O Poder Executivo pode se valer da *requisição administrativa*, ou seja, a utilização coativa de bens ou serviços particulares por ato de execução imediata e direta para atendimento de necessidades coletivas urgentes e transitórias, por meio da edição de um decreto, no qual obrigatoriamente deverá haver a descrição da situação de calamidade pública existente ou instalada, que possui contornos e reflexos sociais que justifiquem a necessidade de interferência no desenvolvimento da atividade privada, bem como a sua amplitude, o prazo de duração<sup>47</sup>, as condições de execução e a nomeação do interventor<sup>48</sup>.

A rigor, a decretação da *intervenção* no domínio econômico da atividade das entidades não depende de prévia autorização judicial<sup>49</sup> para ser exercida pelo Poder Executivo, cabendo exclusivamente a este valorar a situação peculiar de perigo público iminente capaz de justificá-la e agir, interferindo naquela circuns-

---

46 Tribunal de Contas da União, Acórdão n. 1138/2011, Plenário, TC-006.399/2008-2, relator Ministro Ubiratan Aguiar, j. 04.05.2011. Para o relator, “há que se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, tratando-as como questões distintas”. Nesse quadro, a contratação emergencial ocorreria “em função da essencialidade do serviço ou bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornam imperativa a imediata contratação”. Assim, “na análise de contratações emergenciais não se deve buscar a causa da emergência, mas os efeitos advindos de sua não realização”. In Tribunal de Justiça do Tocantins, Suspensão da Execução de Liminar n. 5000461-74.2011.827.0000, referente à Ação Civil Pública n. 2011.0007.9645-6, relatora Desembargadora Jacqueline Adorno, Presidente.

47 Ação Civil Pública n. 037/1.11300044573, 1ª Vara Cível de Uruguaiana/RS, juíza Michele Soares Wouters.

48 Discute-se a responsabilidade da pessoa que ocupa este encargo. A tendência jurisprudencial é no sentido de que o interventor não assume os riscos do empreendimento e não se beneficia com os lucros, pois a intervenção visa interesse da coletividade. (TST, RR 4200.68.2006.5.15.0108) A extrapolação ou o abuso do seu encargo atrai a sua responsabilização pessoal e da autoridade que o nomeou.

49 Ação Civil Pública n. 0008725.37.2013.8.26.0126, 2ª Vara Cível de Caraguatuba/SP, juiz João Mário Estevam da Silva.

tância entendida como ameaçadora da paz pública.

Ao Judiciário caberia analisar a legalidade do ato e a observância dos requisitos legais exigidos e hipóteses justificantes para a sua utilização, se provocado pelo legítimo interessado, naturalmente.

Tem-se que a *requisição*, que é um dos modos da realização prática da *intervenção*, deve ser ampla<sup>50</sup> e abrangente<sup>51</sup>, de forma a abarcar todos os bens<sup>52</sup> móveis, imóveis, serviços e infraestrutura que compõem o plexo empresarial da instituição, pois é a pretendida administração correta, regular e profissional dele que justificaria o ato de interferência praticado pela autoridade legitimada a fazê-lo.

A entidade privada que sofreu a intervenção não *passa a ser pública*<sup>53</sup>, como vimos algumas sustentarem. Isso não acontece. As pessoas jurídicas, pública e privada, continuam distintas, até porque a *intervenção* é sempre temporária e não se perpetua no tempo, pelo menos em tese.

Já se discutiu no âmbito do Judiciário se o ente político que realiza a intervenção sucede a entidade, do ponto de vista do Direito do Trabalho, e se isso o tornaria responsável por dívidas trabalhistas do estabelecimento. O Judiciário Trabalhista tem entendido que não há esta ocorrência e que o município não

50 Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Apelação Cível n. 13946, Mandado de Segurança n. 2005.013946-1, Primeira Turma Cível, Relator Desembargador Josué de Oliveira, j. 25.04.2006, p. 31.05.2006. "Apelação Cível - Mandado de Segurança - Recurso do Município de Campo Grande - Utilização da personalidade jurídica e contas correntes da mantenedora do hospital - Impossibilidade - Sentença mantida - Recurso Improvido. A utilização do uso da personalidade jurídica da mantenedora do hospital requisitado pelo Município de Campo Grande é juridicamente impossível ante a intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos à personalidade insculpidos no art. 11 do Código Civil e extensível às pessoas jurídicas, não podendo ser utilizado pelo ente público que requisitou os bens e serviços da pessoa requisitada. A requisição integral do estabelecimento outorgou ao Município a gestão das receitas e despesas do hospital, mas tal gestão não permite que se utilize da pessoa jurídica da associação, devendo o Município buscar meios adequados em toda a sua extensão, incluindo-se aí a movimentação das contas bancárias e tudo o mais que se fizer necessário. Recurso improvido. APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - RECURSO DA ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE CAMPO GRANDE - REQUISICÃO - BENS E SERVIÇOS DO HOSPITAL SANTA CASA DE CAMPO GRANDE - PRESSUPOSTOS ATENDIDOS - INC. XXV DO ART. 5º DA CF - REQUISICÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. Se os pressupostos para o exercício do direito de requisição foram devidamente atendidos, quais sejam, perigo público iminente, decretação pela autoridade competente e finalidade do uso determinada pela necessidade coletiva, não há falar em ilegalidade ou inconstitucionalidade do decreto municipal guerreado que requisitou os bens e serviços do Hospital Santa Casa de Campo Grande. Recurso improvido."

51 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento n. 70054474150, 2ª Câmara Cível, Relator Desembargador João Barcelos de Souza Júnior, j. 10.07.2013. Ementa já transcrita.

52 Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Apelação Cível n. 0067654.58.2000.4.03.9999, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, j. 18.10.2010. Consta da ementa: "[...] 2. O Hospital São José sustenta ter sido submetido aos cuidados públicos do Município de São Vicente por meio de intervenção, conforme Decretos n.ºs. 283-A e 666-A. 3. Enquanto interventor, o Município age como administrador dos bens do hospital, gerindo-os e representando-os. Entretanto, não passa a ser deles proprietário ou possuidor, ou seja, os bens do hospital permanecem com sua natureza privada, não havendo que se falar em responsabilidade tributária do interventor pelos débitos do hospital. Precedente da Sexta Turma."

53 Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Agravo de Instrumento n. 0044780.88.2009.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, j. 14.06.2010.

teria responsabilidade quanto a estes débitos<sup>54 55 56</sup>, haja vista que a intervenção não guarda relação com a figura do sucessor trabalhista<sup>57</sup>, vez que os artigos 10<sup>58</sup> e 448<sup>59</sup> da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pressupõem a existência de uma atividade empresarial, o que não se revela na figura da intervenção.

Também já se discutiu a respeito da ocorrência ou não responsabilidade tribu-

---

54 Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista n. 4200.68.2006.5.15.0108, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Oitava Turma, j. 23.03.2011. “[...] II - Recurso de Revista do Município de São Roque. Intervenção Municipal em hospital público para dar continuidade ao serviço de saúde. Ausência de responsabilidade do ente público. Não se atribui nenhum tipo de responsabilidade ao município quando este passa a atuar como mero interventor em unidade hospitalar para dar continuidade ao serviço essencial de saúde. Responsabilidade solidária não se cogita, porque esta não pode ser presumida, devendo decorrer da lei ou do contrato (CC, art. 265). Também não se pode cogitar de responsabilidade subsidiária, de que trata a Súmula 331, IV, do TST, uma vez que o Município de São Roque não está explorando atividade econômica na prestação de serviço público de saúde, mas apenas desempenhando o encargo provisório de interventor por força de decisão judicial, em face de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual. Recurso de Revista conhecido e provido. [...]” O acórdão transcreve a ementa de 11 (onze) Recursos de Revista que têm o mesmo entendimento.

55 Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista n. 112000.58.2006.5.15.0108, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Terceira Turma, j. 07.04.2010. “[...] 2. Responsabilidade Subsidiária. Intervenção temporária do Município. Restringindo-se o ato de intervenção à continuidade da prestação dos serviços de saúde, impossível a atribuição de qualquer responsabilidade ao Município pelas obrigações trabalhistas. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido.”

56 Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista n. 4190/2005-303-09-00.1, Relator Ministro Barros Levenhagem, j. 27.06.2007, DJ 10.08.2007. “Inexistência de Responsabilidade Solidária. Intervenção temporária do Município nos bens e serviços médicos-hospitalares do Hospital Irmandade Santa Casa Monsenhor Guilherme. Ausência de previsão legal. I- Conforme relata a decisão regional o Município foi condenado solidariamente em razão da intervenção temporária, determinada por Decreto Municipal, na Casa de Saúde, durante o período em que esta se encontrava em estado de calamidade pública. II – Sem adentrar na questão da licitude da intervenção, o certo é que não há disposição legal que determine a responsabilidade solidária do Município na hipótese descrita. Sendo assim, a decisão viola o art. 265 do Código Civil, segundo o qual a solidariedade não se presume; resulta de lei ou da vontade das partes. III – Importante ressaltar que não há nem mesmo responsabilidade subsidiária, já que não houve contrato de prestação de serviços, portanto, não é o caso de aplicação da Súmula 331 do TST. IV – Recurso conhecido e provido.”

57 Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Recurso Ordinário n. 01007200624202000 (Acórdão n. 20080859717), Primeira Turma, Relatora Beatriz de Lima Pereira, j. 25.09.2008.

58 CLT - Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

59 CLT - Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

tária<sup>60</sup> por sucessão comercial<sup>61</sup>, prevista no artigo 133<sup>62</sup> Código Tributário Nacional (CTN). Há jurisprudência no sentido de que não há falar-se em responsabilidade tributária do interventor pelos débitos do hospital<sup>63</sup>.

No âmbito do Direito Civil já se afirmou que o município promotor da intervenção também deve responder por eventuais danos causados decorrentes de má execução do serviço prestado pelo hospital, interventor ou instituição nomeada para fazer as vezes daquele, haja vista que o controle do atendimento nos serviços conveniados ao Sistema Único de Saúde, na esfera municipal, é encargo exclusivo dos municípios, conforme previsto no artigo 18<sup>64</sup>, inciso X, da Lei n. 8.080/90.<sup>65</sup>

Outra característica intrínseca a intervenção é a temporalidade da utilização do bem ou serviço requisitado. Isso quer dizer que, quando não mais se verificar a

60 Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Agravo de Instrumento n. 0014458-80.2012.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal André Custódio Nekatschalow, j. 17.06.2013. Consta do acórdão: “A União ajuizou execução fiscal em face da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Birigui para cobrança de valores devidos ao FGTS no período de julho de 2002 a fevereiro de 2003 e abril de 2004 a maio de 2005. [...] Foi realizada penhora online dos valores disponíveis nas contas bancárias em nome da entidade. Manifestou-se, então, a Irmandade Santa Casa, afirmando que se encontra sob intervenção do Município de Birigui desde 28.06.93, em razão da situação financeira crítica em que se encontrava, requerendo o desbloqueio dos valores penhorados, o que foi deferido pelo MM. Juízo a quo. A União, então, requereu a inclusão do Município de Birigui (SP) no polo passivo da demanda, aduzindo que “há nos autos (especialmente às fls. 76/82) prova de que a Municipalidade de Birigui interveio, apossou-se de bens de terceiro (Santa Casa de Birigui), bem como passou a administrá-los. O MM. Juízo a quo indeferiu o pedido ao fundamento de que “a execução fiscal não é direcionada contra a Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Birigui (fl. 746). Contra essa decisão recorre a União, aos argumentos de que a intervenção deve ensejar o reconhecimento da sucessão do hospital pela municipalidade, ou a sua responsabilidade solidária em relação ao débito, bem como que, em casos análogos, a Justiça do Trabalho tem proclamado a existência de sucessão trabalhista entre municípios e santas casas sob sua intervenção para que não se dê ‘blindagem’ contra seus credores, em razão da impenhorabilidade dos bens da instituição sob intervenção, já que afetados à prestação de serviços público por ente estatal. Reformulo meu entendimento quanto à inadmissibilidade do redirecionamento da execução fiscal contra quem não indicado no título executivo, pois a jurisprudência do STJ admite a caracterização da responsabilidade tributária, malgrado o título padeça dessa omissão (STJ, AGRESP n. 1192594, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 12.06.12; EDclRESP. n. 1323645, Rel. Min. Humberto Martins, j. 21.08.12; REsp. 1110925, Rel. min. Teori Zavascki, j. 22.04.09; AGRESP. N. 1127936, Rel. Min. Humberto Martins, j. 22.09.09. [...] Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar a inclusão do Município de Birigui (SP) no polo passivo da execução.”

61 Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Agravo de Instrumento n. 0044780.88.2009.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, j. 14.06.2010.

62 Lei n. 5.176/66 – CTN - Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato: [...]

63 Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Apelação Cível n. 0067654.58.2000.4.03.9999, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, j. 18.10.2010. Ementa já transcrita.

64 Lei 8.080/90 - Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete: [...] X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;

65 Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação n. 0007401-57.2010.8.26.0048, Quinta Câmara de Direito Privado, Relator Edson Luiz de Queiroz, j. 27.06.2012. “[...] Responsabilidade da Municipalidade. Intervenção da Prefeitura na modalidade requisição no hospital correu, a fim de oferecer à população local adequado serviço de assistência médico-hospitalar. Dever de indenizar que se evidencia. [...]”

necessidade que motivou a requisição ou quando atingido o tempo estabelecido para a prestação de determinado serviço, não mais se justifica a sua continuidade e ela se extinguirá, devendo haver a restituição dos bens e serviços ao legítimo titular de outrora. Não é bem o que se constata na prática, pois há situações em que a intervenção dura anos a fio<sup>66 67 68</sup>, fruto da constante prorrogação do seu prazo inicial.

É evidente que se o Poder Público gerir mal os bens e serviços e causar dano<sup>69</sup> ao patrimônio do particular ele deverá indenizar<sup>70</sup> a entidade que sofreu a intervenção, na exata medida do prejuízo causado.<sup>71</sup>

O não êxito da intervenção deveria implicar, necessariamente, na extinção da entidade que a sofreu, pois estaria configurada a inviabilidade de manutenção da continuidade da realização dos serviços.

### **Conclusão<sup>72</sup>**

O expediente da *intervenção*, na modalidade de *requisição* administrativa ou mesmo judicial, é legal e se constitui em instrumento jurídico eficaz para o fim a

66 Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Agravo de Instrumento n. 0014458-80.2012.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal André Custódio Nekatschalow, j. 17.06.2013. Consta do acórdão que “a Santa Casa de Misericórdia de Birigui sofre intervenção do Município de Birigui há quase 20 (vinte) anos, desde a edição do Decreto n. 2.217, de 28.06.93.”

67 Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 629.862, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 23.02.2012. Consta do corpo do acórdão, referindo-se ao acórdão estadual recorrido: “Mister consignar, ainda, que dois anos jamais seriam suficientes para o Município de Campo Grande retirar a Santa Casa do caos instalado e do permanente perigo público iminente de colapso de paralisação mantido pelo Poder Público, sendo oportuna a requisição de bens e serviços com o intuito de reordenação e reorganização da saúde pública.”

68 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº 0009202-61.2010.8.26.0483, 13ª Câmara de Direito Público, Relatora Desembargadora Luciana Almeida Prado Bresciani, j. 05.12.2012. Consta do acórdão: “A Irmandade da Santa Casa de Presidente Venceslau alega que sofreu danos. Sustentou, na petição inicial, de que de 01.01.2003 a 31.12.2008, período em que se deu a intervenção do Município, houve evolução dos prejuízos no serviço de pronto atendimento do hospital (fls. 33/38). [...]”

69 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº 0009202-61.2010.8.26.0483, 13ª Câmara de Direito Público, Relatora Desembargadora Luciana Almeida Prado Bresciani, j. 05.12.2012. “Apelação – Requisição de bens, serviços e servidores da Irmandade da Santa Casa de Presidente Venceslau pelo Município – Alegação de ocorrência de danos à autora no período da intervenção – Necessidade de prova pericial – Anulação do processo a partir da fase correspondente para produção de prova pericial.”

70 CF, art. 5º, [...] XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; (gr)

Lei n. 8.080/90, Art. 15. [...] XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização; (gr)

71 Código Civil, Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

72 Artigo abordando este tema foi publicado pelo autor na revista Notícias Hospitalares n. 47, ano 4, abr/mai/jun 2005, p. 30 a 32 e no livro Opiniões 2, São Paulo, 2013, 320 páginas, editado por Josenir Teixeira, disponível em formato e-book em [http://www.amazon.com/s/ref=nb\\_sb\\_noss?url=search-alias%3Daps&field-keywords=josenir%20teixeira](http://www.amazon.com/s/ref=nb_sb_noss?url=search-alias%3Daps&field-keywords=josenir%20teixeira)

que se propõe, que é permitir a manutenção do atendimento de serviços de saúde à população, desde que utilizada de forma imparcial e voltada para o bem maior da coletividade.

É imprescindível a edição de norma jurídica pelo Poder Executivo para a realização da intervenção, devendo dela constar a descrição da situação de calamidade pública enfrentada e a motivação inquestionável do seu agir, visando evitar a utilização do direito de forma pessoal para fins espúrios.

Da mesma forma, eventual ação judicial promovida pelo Ministério Público deverá externar as hipóteses fáticas e jurídicas justificadoras da medida extrema da intervenção, devendo a decisão judicial assim também ser firmada, em obediência ao artigo 93<sup>73</sup>, IX, da Constituição Federal.

As entidades que sofrerem a intervenção podem buscar no Poder Judiciário a limitação do alcance ou mesmo a revogação da intervenção que for decretada em desarmonia com os requisitos legais exigidos se se constatar que a situação real não é a descrita nos atos administrativos editados.

Ninguém em sã consciência é contra o oferecimento de ajuda na área da saúde para atender a população. A união de esforços do Poder Público e das entidades privadas em prol da coletividade é salutar e necessária.

Infelizmente, alguns governantes se utilizam da intervenção de forma distorcida, distanciada dos fatos verdadeiros, obscurecidos por desculpas e artimanhas sórdidas inventadas por administradores inescrupulosos que falseiam a verdade para obter dividendos políticos e serem tidos e reconhecidos como *salvadores da pátria*, o que não são. É puro e simples jogo de poder travestido de vontade repentina de proteger aqueles que nunca foram prioridade nas suas atuações políticas.

Não são raras as vezes em que governantes deixam hospitais filantrópicos e Santas Casas morrerem à mingua para que possam criar o cenário propício e se valerem do instituto da intervenção. Ao invés de eles agirem de forma proativa, firmando parcerias e ajudando as entidades a atenderem a população dignamente, preferem o estabelecimento do caos para facilitar o caminho da busca de interesses menos nobres. Agem de forma truculenta, às vezes embasados em argumentos jurídicos pífios que não se sustentam.

O exercício e a utilização da *intervenção* é a exteriorização do insucesso da negociação e do diálogo que deveria haver entre as pessoas. É o conflito de inte-

73 CF, Art. 93. [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

### 3.1 - A intervenção em hospitais, sua utilização indiscriminada e viés político

resses e o antagonismo de posturas que a gera, sendo que, como sempre, quem menos ganha com ela é o usuário que precisa se utilizar dos serviços de saúde.

## 3.2 - A tormentosa tarefa do hospital em proteger o sigilo do prontuário do paciente

### Sobre

Publicado pela Revista Brasileira de Direito da Saúde – RBDS -, Ano 1, n. 2, janeiro a junho de 2012, p. 78 a 127, Brasília, Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas

### Introdução

É enorme o assédio de pessoas que buscam cópia de prontuários nos hospitais. Familiares dos pacientes interessados em receber pensão governamental ou comprovar paternidade, seguradoras que querem informações complementares para decidir se pagam prêmios contratados, autarquias<sup>1</sup>, órgãos públicos<sup>2</sup>, autoridades<sup>3</sup>, empregadores e o próprio paciente solicitam cópia do prontuário daqueles que foram atendidos no hospital, ou relatórios médicos, que nada mais são do que o resumo daquele documento e que invariavelmente contêm as informações essenciais, justamente aquelas que devem ser protegidas pelo estabelecimento e pelos profissionais de saúde.<sup>4 5</sup>

O hospital, a partir da interpretação e cumprimento da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, especialmente resoluções e pareceres dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina, restringe o acesso e a entrega de cópias dos prontuários dos pacientes a quem o ordenamen-

---

1 O Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n. 1.931/09 que prevê: Capítulo X - Documentos Médicos - É vedado ao médico: [...] Art. 90. Deixar de fornecer cópia do prontuário médico de seu paciente quando de sua requisição pelos Conselhos Regionais de Medicina.

2 Como, por exemplo, o IML – Instituto Médico Legal, o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, os Conselhos Tutelares do Idoso e da Criança etc.

3 Delegados de Polícia, Promotores de Justiça, Juízes de Direito etc.

4 Resoluções CFM n. 1.819/07 e 1.976/11 - - “[...] CONSIDERANDO que as informações oriundas da relação médico-paciente pertencem ao paciente, sendo o médico apenas o seu fiel depositário; [...] Art. 1º. Vedar ao médico o preenchimento, nas guias de consulta e solicitação de exames das operadoras de planos de saúde, dos campos referentes à Classificação Internacional de Doenças (CID) e tempo de doença concomitantemente com qualquer outro tipo de identificação do paciente ou qualquer outra informação sobre diagnóstico, haja vista que o sigilo na relação médico-paciente é um direito inalienável do paciente, cabendo ao médico a sua proteção e guarda. Parágrafo único. Excetua-se desta proibição os casos previstos em lei.”

5 Resolução CFM n. 1.931/09 (Código de Ética Médica) – “Art. 87. [...] § 2º O prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente.”

to jurídico proibiu<sup>6</sup>. Não se discute o assunto quando quem solicitou a cópia do prontuário foi o próprio paciente<sup>7 8 9</sup>, pois o interesse em jogo é exclusiva e subjetivamente seu.

O problema surge quando o interessado na obtenção da cópia do prontuário do paciente é um terceiro<sup>10</sup> ou na hipótese de o paciente vir a óbito.

Outra controvérsia aparece quando os pedidos de cópias dos prontuários não são atendidos pelo hospital, principalmente quando a negativa se dirige a autoridades, que não se conformam com essa postura do estabelecimento de saúde e ameaçam os seus dirigentes com a abertura de inquérito policial pela prática do crime de desobediência e até mesmo estabelecem a cominação de multa financeira diária pelo prazo que durar o descumprimento da ordem.

Pretende este artigo cooperar com a discussão jurídica acerca da legalidade da postura dos hospitais em proteger o sigilo das informações íntimas e pessoais contidas nos prontuários dos pacientes e não disponibilizá-las a terceiros, mesmo que, para isso, tenham que enfrentar desgastes e processos judiciais cíveis e criminais.

### **Conceito de Prontuário do Paciente**

É o Conselho Federal de Medicina<sup>11</sup> (CFM) que conceitua o prontuário do paciente, o que faz por meio da Resolução n. 1.638/02, donde se extraem importantes nortes para o entendimento da complexidade do tratamento a ser dado a este documento.

Prevê referida Resolução que o prontuário do paciente é o

documento<sup>12</sup> único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens regis-

6 Este assunto foi abordado com detalhes no livro escrito pelo autor deste artigo: TEIXEIRA, Josenir. Prontuário do Paciente – Aspectos Jurídicos. Goiânia: AB Editora, 2008.

7 Resoluções CFM n. 1.605/00 (art. 1º) e n. 1.833/08 (art. 5º).

8 Resolução CFM n. 1.931/09 (Código de Ética Médica) – “É vedado ao médico: Art. 88. Negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros. Art. 89. Liberar cópias do prontuário sob sua guarda, salvo quando autorizado, por escrito, pelo paciente, para atender ordem judicial ou para a sua própria defesa. [...]”

9 Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança n. 5.821-2, Relator Ministro Adhemar Maciel, julgamento em 15 de agosto de 1995. “Administrativo. Mandado de Segurança. Quebra de sigilo profissional. Exibição judicial de ficha clínica a pedido da própria paciente. Possibilidade, uma vez que o art. 102 do Código de Ética Médica, em sua parte final, ressalva a autorização. O sigilo é mais para proteger o paciente do que o próprio médico. Recurso ordinário não conhecido.”

10 Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança n. 5.821-2, Relator Ministro Adhemar Maciel, julgamento em 15 de agosto de 1995. Voto-vogal. Consta do acórdão: “É evidente, o segredo visa a impedir que terceiros tomem conhecimento de interesse reservado de pessoas.”

11 Autarquia federal criada pela Lei n. 3.268/57 e regulamentada pelo Decreto n. 44.045/58.

12 Documento – segundo Hungria – “é todo escrito de que resulte a prova de fato juridicamente

tradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo.<sup>15</sup>

## Funções

O prontuário do paciente possui várias funções<sup>14</sup>. Citamos aqui as mais importantes, sem prejuízo de outras:

**a) assistência ao paciente:** ele é absolutamente necessário para a continuidade do atendimento e tratamento do paciente, para constatar a efetiva (ou não) realização de procedimentos<sup>15 16 17</sup> e aferir a qualidade com que os serviços profissionais são realizados.

---

relevante, tenha ou não caráter econômico. Documento, enfim, é qualquer escrito, instrumento ou papel.” BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 641.

13 Resolução CFM n. 1.638/02 (art. 1º).

14 Vejam-se os “considerandos” da Resolução CFM n. 1.638/02.

15 Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 836.205-0/5, Relator Desembargador Celso Pimentel, julgamento em 12.07.05. “Indenização Securitária - 1. Se não há prova de que o segurado agiu de má-fé ao contratar o seguro, isto é, de que se omitiu sobre doença de que em tempo algum fora indagado, não há omissão e não se justifica, por isso, a alegação de mal preexistente para a recusa à indenização - 2. Erro médico não se afirma assim, sem mais nem menos - Reconhecimento de imperícia no perfurar vaso quando da introdução de intracate pressupõe conhecer todos os aspectos do procedimento, com destaque para as condições do paciente, no caso, vítima de AIDS há meses além de quatro anos antes da morte, cujo prontuário hospitalar revela passagens pela unidade de terapia intensiva - 3. Quando a “apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador” (Código Civil de 1916, art. 1.460), regra que não se atingiu por nenhum preceito do Código de Defesa do Consumidor - 4. Intercorrência de tratamento clínico da grave doença da segurada exclui-se da cobertura, se assim dispõe a apólice.”

16 Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 2.314/PR, Relator Ministro Assis Toledo, julgamento em 28.10.1992. “Médico. Responsabilidade Penal. Homicídio Culposo. Denúncia que descreve a morte de paciente, sob cuidados médicos, resultante de imprudência e imperícia na ministração de drogas contra-indicadas para pessoas com histórico de sensibilidade. Crime em tese. Alegação de ausência de prova da materialidade do delito, através de exame pericial idôneo. Improcedência dessa alegação, já que se cumpriu a exigência do art. 158 do CPP e, embora não conclusivo, admite o laudo oficial, como uma das possíveis causas da morte, o emprego de drogas, com o objetivo de tratamento, conforme registro no prontuário médico.”

17 Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 27.781/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, julgamento em 02.09.2004. “Criminal. Atentado violento ao pudor. Corrupção de menor. Art. 241 do ECA. Cerceamento de defesa. Acareação. Oitiva de testemunhas dispensadas pelo Ministério Público. Supressão de instância. (...) VI. É descabida a apontada ofensa ao direito de defesa do paciente, pelos reiterados indeferimentos dos pedidos de vista, reservadamente e com seus advogados, das fitas cujo conteúdo seria a prova material dos crimes a ele imputados, se evidenciado o deferimento de acesso a tal material, desde que o réu providenciasse cópias dos vídeos junto ao Instituto de Criminalística, às suas expensas. VII. Inércia da defesa quanto à reprodução das fitas, tendo insistido na entrega dos originais. VIII. Não se pode argüir nulidade a que se deu causa. Inteligência do art. 565 do CPP. IX. O risco de destruição ou de desaparecimento das fitas originais, principal prova do processo-crime, justifica a cautela do Juiz singular de possibilitar o acesso ao material probatório à defesa por meio de cópia, o que não causaria qualquer obstáculo à pretendida análise reservada dos vídeos, tampouco ao confronto das imagens com os prontuários médicos. X. A complementação de laudo pericial a partir da remoção dos invólucros das fitas é inviável, pois certamente redundaria na perda da prova ou sua danificação seria tamanha que levaria anos para obter a reconstrução, em flagrante conflito com o interesse estatal relativo ao jus puniendi. No mesmo sentido: STJ, RHC 13.626/SP.”

**b) ganho de tempo:** estando todas as informações do paciente num só documento (como manda a Resolução do CFM) não haverá necessidade de buscá-las em outros locais, o que representará economia de tempo na assistência ao doente.

**c) apoio diagnóstico:** com base nas anotações dos profissionais multidisciplinares que atendem o paciente eles poderão compreender com maior gama de informações a evolução do seu quadro clínico, o que lhes dará maior segurança no estabelecimento do diagnóstico e da terapêutica a ser empregada.

**d) estatística:** é o prontuário do paciente a base para a coleta das informações que a área administrativa dos estabelecimentos de saúde entender necessárias para interpretar todos os dados que permitam completo domínio das atividades desenvolvidas.

**e) cobrança:** é aquele documento que serão escritos todos os medicamentos ministrados, despesas incorridas<sup>18</sup>, equipamentos e procedimentos utilizados pelo paciente, o que servirá de base para os setores de faturamento, contabilidade e auditoria.<sup>19</sup>

**f) defesa:** esta é uma das funções mais importantes (senão a mais) do prontuário do paciente. Será com base neste documento que os profissionais e os estabelecimentos de saúde serão julgados quando questionados por eventual “erro” na prática da medicina (ou outras atividades) ou por algum resultado atípico ou indesejado<sup>20</sup>. Somente o prontuário bem feito terá a eficácia de comprovar a regularidade dos serviços realizados e disponibilizados aos pacientes. Prontuários

---

18 Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 784.446, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), julgamento em 18.09.2008. “Processual Civil. Apuração do quantum devido. Apreciação de documentos que se encontram em poder da agravada. Enunciados 5 e 7 da Súmula do STJ. 1. Verificar se a conduta da recorrente de reter os pagamentos estaria ou não amparada em valores constantes de prontuários médicos que se encontram em posse da agravada implicaria no revolvimento de matéria fático-probatória, obstado em sede de recurso especial por incidência dos enunciados 5 e 7 da Súmula do STJ. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

19 Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível n. 01.003065-4, Relator Desembargador Carlos Prudêncio, julgamento em 27.03.2001. “Ação Monitória. Ficha de internamento hospitalar. Prova escrita. (...) É hábil a ensejar a ação monitoria ficha de internamento hospitalar devidamente preenchida com os dados do **paciente** e seu responsável legal, bem como com a relação dos serviços efetuados pelo nosocômio, por tratar-se de documento que, mesmo sem a firma do devedor, consigna um valor certo e gera a presunção da existência de um possível débito do acionado, oriundo de internamento para procedimentos cirúrgicos, ainda mais se, nos embargos interpostos, o devedor limita-se a questionar a excessividade do valor pleiteado e a impropriedade do documento embasador do pedido injuntivo, ou seja, não nega a prestação dos serviços.”

20 Cristiano Fernando Rosas, ex-Conselheiro do CREMESP (Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo) assim se manifestou: “Infelizmente, alguns colegas médicos se esquecem que o prontuário é uma valiosa peça de defesa legal. Inúmeros são os processos disciplinares em que a ausência de prontuários ou o seu preenchimento incompleto e parcial – como, por exemplo, a inadequada descrição cirúrgica, ou a falta de anotações relevantes nas folhas de observação clínica que justifiquem determinadas condutas médicas – coloca muitas vezes o profissional médico em situação precária perante este tribunal, inviabilizando a sua defesa.” Revista Ética Médica, CREMESP, 1988, p. 144/150.

mal feitos ou adulterados<sup>21</sup> servirão para punir profissionais e estabelecimentos de saúde que não cumprem suas obrigações a contento. O prontuário do paciente será utilizado em questionamentos judiciais (ação civil de indenização e penal) e administrativos (inquérito policial, processo disciplinar nos Conselhos de Classe etc.).

**g) pesquisas científicas e ensino:** é com base nas informações constantes do prontuário que profissionais da saúde colherão informações técnicas que servirão de estudos que constituirão a base do progresso científico e de descobertas.

**h) informações epidemiológicas:** o prontuário do paciente é vital para a colheita de informações acerca do controle de epidemias que possam atingir a sociedade, que será a única perdedora quando aquele documento for mal feito.

**i) eficiência dos profissionais:** a competência, deficiência ou eficiência do trabalho dos profissionais multidisciplinares de saúde que atendem o paciente serão estimadas com base no prontuário, que deverá registrar todos os cuidados a ele ministrados.

**j) meio de comunicação:** os profissionais multidisciplinares que atendem o paciente devem se comunicar<sup>22</sup> por meio do prontuário, que é o único documento que deverá concentrar todas as informações técnicas relativas a ele, de modo a propiciar ao profissional o entendimento do quadro clínico de forma rápida, precisa e completa.

**k) elaboração de relatórios e atestados:** a confecção do prontuário do paciente da forma determinada pelas normas legais permitirá a qualquer profissional da saúde a elaboração de documentos que digam respeito ao estado clínico do paciente sem nenhuma dificuldade, a princípio.

---

21 Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento n. 420.317-4/4-00, Relator Desembargador Donegá Morandini, julgamento em 30.05.06. "Ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada contra hospital – Imposição de pagamento mensal de dois salários mínimos para custeio de tratamento – Lesões apresentadas pela paciente após ter recebido atendimento nas dependências da agravante – Constatada, ademais, violação do prontuário da autora – Inquestionável necessidade do tratamento."

22 O Dr. Simônides Bacelar foi perguntado: "Os prontuários médicos também revelam erros de comunicação?" Respondeu ele: "Em alguns casos, as descrições cirúrgicas e outras anotações nos prontuários são insuficientes para o completo esclarecimento de quem as lê. Frequentemente, o médico prefere conversar com o colega que cuidou anteriormente do doente, pois o escrito no prontuário está extremamente sintético, com excesso de siglas e nomes com significados vagos. Assim, muito teria de ser subentendido ou mesmo suposto. Uma interpretação errônea pode criar condutas imperfeitas. Muitos não sabem o que poderia significar, por exemplo, 'paciente com #s na perna esquerda'. Obscuridades, ambigüidades, estrangeirismos, omissões, enganos, siglas e gírias podem induzir um médico a diagnósticos imprecisos e imperfeições no tratamento." In Jornal do Cremesp. A palavra mais certa. Setembro 2006, p. 3.

### Elementos integrantes

São elementos integrantes do prontuário do paciente os itens abaixo relacionados, dentre outros inominados que contenham informações que digam respeito ao doente: a) Ficha de anamnese;<sup>23</sup> b) Exames físico e clínico; c) Histórico, registros, diagnóstico, prescrição, ocorrências, evolução, anotação e relatório da assistência do pessoal de enfermagem;<sup>24</sup> d) Ficha de evolução do estado de saúde do paciente; e) Ficha de prescrição terapêutica; f) Ficha de registro de resultados de exames laboratoriais, complementares e de outros métodos diagnósticos auxiliares;<sup>25</sup> g) Relatórios de anestésias e cirurgias; h) Lâminas e laudos cito-histopatológicos ou anatomopatológicos;<sup>26</sup> i) Cópias de atestados e de solicitação de exames; j) Radiografias.<sup>27</sup>

Sobre sua importância prática e imprescindibilidade como documento de atendimento médico-hospitalar e que traduz a atenção dispensada ao paciente, não restam dúvidas que “o prontuário médico [do paciente] constitui meio de prova idôneo para instruir processos disciplinares e/ou judiciais.”<sup>28</sup>

Entretanto, infelizmente, tal documento não é assim entendido ou tratado. Não é de hoje que cursos e seminários sobre o assunto são realizados visando conscientizar os profissionais da saúde sobre a importância do prontuário do paciente e também não é de hoje que vemos inúmeras condenações judiciais e administrativas justamente por causa da precariedade de informações que de tal documento constam.

Pululam artigos orientativos sobre o assunto, mas, por diversos fatores, os profissionais aos quais eles são direcionados sequer deles sabem.

Médicos<sup>29</sup> da Universidade de Brasília constataram a precariedade de preenchi-

---

23 Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 372.579-4/5, Relator Desembargador Caetano Lagrasta, julgamento em 05.09.2007. Dano moral. Erro médico. Anotação no prontuário tratar-se de paciente alcoolizado. Nexos de causalidade não evidenciado entre o fato e o resultado, inclusive quanto à vida da vítima levada a óbito. Indenização indevida. [...] Ementa: [...]

Trata-se de ação de indenização por dano moral movida por [...] em face de [...], médico, por ter este anotado no prontuário do seu pai, sem qualquer exame, tratar-se de paciente que estava alcoolizado no momento do acidente que o levou a óbito, maculando sua honra e causando danos à sua família. [...]

24 Resolução COFEN (Conselho Federal de Enfermagem) n. 272/02.

25 Processo Consulta CFM n. 2.969/89.

26 Resolução CFM n. 1.472/97.

27 “Radiografia é um documento particular e pertencente ao paciente.” Consulta CREMESP n. 14.730/86.

28 Resolução CREMESP n. 70/95.

29 Simônides Bacelar (Médico Assistente, Professor Voluntário, Centro de Pediatria Cirúrgica, Comissão de Revisão de Prontuário, Hospital Universitário da UnB), Wanderley Macedo de Almeida (Médico-Cirurgião, Hospital de Base do Distrito Federal) e Glória Maria Andrade (Professora Assistente, Pediatria, Hospital Universitário da UnB)

mento do prontuário do paciente e afirmaram:

Apesar de sua reconhecida utilidade e ampla utilização no âmbito biomédico, os prontuários dos pacientes trazem, de ordinário, muitas falhas de preenchimento. Apresentam-se, neste relato, erros e dúvidas habituais em seu uso, relacionados a dados incompletos, incorreções gramaticais, ilegibilidade, prescrição sem exame do paciente, prescrição por telefone, falta de laudos, cessão de laudos e radiografias aos pacientes, atendimento sem prontuário, falta de carimbo, empréstimos de prontuário, relato de casos de crimes, abandono ou recusa de tratamento, transferência de pacientes, autorização para tratamentos, relatório de óbitos. Tendo em vista a importância do prontuário e o grande número de irregularidades em seu uso, conclui-se ser necessário que suas normas sejam fartamente divulgadas nas instituições biomédicas por meio de educação contínua, sobretudo nos hospitais-escola.<sup>30</sup>

A consequência da não elaboração do prontuário do paciente da forma completa determinada pela legislação é a provável condenação judicial tanto dos profissionais quanto dos estabelecimentos de saúde, quando constatada alguma não conformidade no atendimento, como exemplifica a seguinte decisão:

Responsabilidade civil. Erro médico. Atendimento em instituição privada. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva. Consumidor. Hospital apelante que, por seu preposto, não diagnosticou a ruptura do tendão patelar direito do apelado decorrente de acidente. Fato que levou o consumidor a se submeter a doloroso tratamento inapropriado à sua patologia (aplicação de infiltração com gessamento e uso de anti-inflamatório), situação posteriormente constatada em outro médico, que, inclusive, indicou imediata intervenção cirúrgica. Relação de consumo que impõe a responsabilidade objetiva do apelante. Inteligência do art. 14 do CDC. Fato do serviço. Aferição do dano e do nexo causal que defluem irrefutáveis da prova dos autos. Prontuários médicos preenchidos com redação lacunosa e letra ilegível, fato constatado, inclusive na perícia médica realizada, o que denota grave desorganização administrativa, descaso e negligência com o consumidor. Danos morais, que à vista do ocorrido, senão aquém do devido, mostram-se razoáveis e proporcionais. Sentença que se mantém.<sup>31</sup>

Destacamos o seguinte trecho da decisão judicial acima mencionada para ressaltar o quão importante é a elaboração adequada do prontuário do paciente para que se possa dar subsídios à autoridade que for analisar determinada situação e permitir que ela entenda a cronologia e os atendimentos realizados. Afirmou a desembargadora relatora do caso:

Não existe notícia nos autos da lesão de malar diagnosticada pela emergência do Hospital Albert, e nem tampouco dos procedimentos do SASE, já que o preenchimento dos

<sup>30</sup> “Falhas e dúvidas comuns no uso do Prontuário Médico do paciente” in Brasília Med 2002; 39(1/4): 42-51.

<sup>31</sup> Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 2006.001.54835, Relatora Desembargadora Cristina Tereza Gaulia.

prontuários médicos, conforme fls. 166/170, pouco relatam acerca dos atendimentos prestados pelo médico do apelante, apresentando-se, outrossim, com letra ilegível e redação lacunosa, fato que foi constatado, inclusive, pelo perito médico do Juízo às fls. 178/185, trechos que se transcrevem:

“CONCLUSÃO – (...) A crítica ao serviço médico AME, SASE, situa-se no prontuário trazido aos autos que não permite identificar nada, não sendo possível com ele qualquer esclarecimento sobre a queixa do paciente, sobre o exame clínico, sobre a solicitação dos exames complementares, sobre a formulação da hipótese diagnóstica mais provável e sobre o tratamento.” (cf. fls. 181/182)

Sublinhe-se que prontuários médicos servem para relatar em detalhe o histórico de atendimento do paciente, seus sintomas, aspectos físicos, reações, queixas, diagnóstico, exames requeridos, tratamentos ministrados etc., donde não se nega serem instrumento imprescindível ao acompanhamento da evolução do quadro clínico e tratamento sistemático, ainda que seja necessário a passagem do paciente por diversos centros de tratamento, pelo que se constitui grave falha administrativa, denotadora de descaso e negligência com o consumidor, a falta de informações acerca do atendimento prestado ao mesmo.

Ainda sobre a consequência e os riscos decorrentes da má elaboração dos prontuários dos pacientes, ilustramos o assunto com as seguintes decisões judiciais:

Do contexto probatório releva notar que se ressentem os autos do prontuário médico pertinente ao ato cirúrgico, de forma a registrar o que efetivamente ocorreu no transcurso do ato operatório. Com razão a procuradora da autora às fls. 281, quando, analisando a prova pericial, anota que o perito se baseou para responder que a lesão aórtica não decorreu de possível erro médico, por informações colhidas dos prontuários, quando inexistente prontuário da menor relativamente ao que sucedeu no curso da cirurgia. Com efeito, apenas um relatório, assinado pelo Diretor do HJG - fls. 28 - datado de quase um ano após a cirurgia, ou em 20.5.91, aflorou nos autos, anotando que no ato operatório houve lesão aórtica que necessitou tempo aumentado de clampamento para sua correção”.

Na verdade, os autos acusam apenas fichas clínicas da menor - entre os dias 9.7.90 a 31.7.90 e dos dias 1º e 2 de agosto de 1990.

(...)

Fazia-se imperioso que do prontuário da paciente-autora constasse o relatório médico esclarecendo o realmente sucedido no curso da cirurgia, de que resultou lesão da aorta e as seqüelas decorrentes da sua correção, pois o seu clampamento “inadequado por um período além do necessário pode determinar lesões orgânicas” (depoimento supra). A par dessa deficiência de dados no prontuário da paciente-autora, a dificultar sobremaneira a defesa da instituição apelada, o alegado no parecer último de que o acidente cirúrgico de que tratam os autos, mesmo previsível era inevitável, não é de molde a afastar a responsabilidade da recorrida.<sup>32</sup>

O prontuário é um documento de suma importância no relacionamento paciente/médico, mas infelizmente o mesmo não apareceu nos autos, quer porque foi rasgado, quer porque foi extraviado.

Sobre a importância do prontuário, traz-se entendimento do Professor de cirurgia vas-

32 Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível n. 99.013579-9, Relator Desembargador Alcides Aguiar, julgamento em 31.08.2000.

cular da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, Irany Novah Moraes, in *Erro Médico*, Maltese, pág. 107: “Graças aos prontuários, os médicos podem provar que seus cuidados foram aprimorados e que as medidas tomadas eram adequadas ao quadro clínico que o paciente apresentava naquele momento. Mas se nada constar, o médico perde a possibilidade de poder comprovar o que realmente fez e, nesse caso, a alegação do paciente passa a ter maior validade do que a memória do médico que, na oportunidade certa, não registrou o fato no lugar adequado”.

No caso vertente, o requerido esqueceu-se de registrar as ocorrências no prontuário médico do autor, mas a representante legal deste está lembrada de numerosos elementos fáticos que nortearam o processado. Em que pese o conteúdo da contestação, a realidade fática demonstra que o requerente, em decorrência de culpa do requerido, encontra-se acometido de paralisia cerebral, anímico, sem auto-locomoção e necessitando de auxílio permanente até para as suas necessidades bio-fisiológicas mais básicas, incapacitado para quaisquer atos da vida civil. Essa foi a alta médica que o autor recebeu após o término do pós-anestesia necessário à operação cirúrgica de fimose. (...) <sup>33</sup>

Dano moral - Indenização - Situação de urgência - Demora excessiva no atendimento - Paciente no corredor de hospital que sofreu aborto espontâneo após espera de, aproximadamente, 4 horas - Feto que permaneceu 'pendurado' na autora sem que lhe fosse prestado socorro - Notícia de que o feto foi colocado em um saco plástico na frente da paciente, após o abortamento - Falta de informação aos familiares ou mesmo à paciente quanto ao seu real estado clínico e sobre os procedimentos adotados - Apesar de abalada emocionalmente foi a própria autora quem solicitou que viessem buscá-la no nosocômio - Ausência de lançamentos no prontuário médico - Falha no serviço caracterizada - Laudo pericial que, no entanto, não apontou nenhuma conduta dos médicos do hospital como causadora da morte do feto - Desnecessidade de intervenções cirúrgicas posteriores - Sofrimento imposto totalmente desnecessário - Aplicação do art. 14 do CDC - Dano moral reconhecido - Indenização fixada em valor equivalente a 1.000 (um) mil salários mínimos, à época do fato - Redução, porém, da verba indenizatória para o montante equivalente a 100 salários mínimos - Mantida determinação de expedição de ofícios ao Ministério Público para apuração de eventual crime de falso testemunho - Sentença parcialmente reformada – Recurso parcialmente provido. <sup>34</sup>

Quando o prontuário do paciente é elaborado da forma completa e cuidadosa preconizada pela legislação e possibilita a constatação dos serviços que foram prestados pela equipe multidisciplinar, ele proporciona a defesa das pessoas e dos estabelecimentos de saúde envolvidos de forma efetiva e contribui para a absolvição de quem está sendo acusado indevidamente. Exemplifica-se esta afirmativa com a decisão judicial abaixo, que se baseou no conteúdo de tal documento para absolver médico da acusação de homicídio culposo. Eis alguns trechos da decisão:

<sup>33</sup> Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível n. 02.015700-2, Relator Desembargador Monteiro Rocha, julgamento em 29.04.2004.

<sup>34</sup> Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível n. 524.141-4/9-00, Relator Desembargador Elcio Trujillo, julgamento em 28.12.2007.

Homicídio culposo - Erro médico - Inocorrência de violação do dever de cuidado - Médico que, após realizar os exames necessários, prescrever a medicação correta, indicar a terapêutica e avaliar o paciente, concedeu-lhe alta para que seguisse o tratamento em casa - Ausência de negligência no desempenho da atividade - Inexistência, ademais, denexo causal entre a conduta do profissional e o resultado lesivo - Absolvição mantida - Recurso desprovido.

[...]

Em 31.08.94, o exame foi realizado, confirmando-se o diagnóstico do Dr. Rajá Elias, qual seja, o de “Púrpura Trombocitopênica Idiopática” (TPI). Com o resultado em mãos, o Recorrido conversou com os pais da Vítima, apontando a medicação adequada e a forma de tratamento - prontuário médico à fl. 20 verso.

[...]

A materialidade do crime restou evidenciada através do prontuário médico, que indicou o óbito da Vítima às 21h do dia 01.09.94 (fl. 22 verso).

[...]

In casu, conforme consta no prontuário de fl. 20, foram realizados os exames laboratoriais de hemograma, TAP (tempo de ativação da protrombina), KPTT (para verificação do tempo de coagulação) e tempo de coagulação. No centro cirúrgico do Hospital Regional de Chapecó, o Acusado efetuou o exame mielograma (fls. 20/21). Logo, quanto ao diagnóstico, não se vislumbra qualquer violação do dever de cuidado por parte do Apelado.

[...]

Por outro lado, o prontuário de fl. 20, a ficha de enfermagem de fl. 21 e o depoimento prestado pelo Dr. Rajá Elias (fls. 181 verso/182) evidenciam que o estado geral da Vítima era bom até o momento da alta, na manhã do dia 01.09.94, e, como bem salientou o Magistrado de origem, o paciente vinha reagindo bem à terapêutica aplicada, tanto que o número de plaquetas já havia subido de 5.000 para 10.000 por mm<sup>3</sup>, aproximadamente, em menos de 48 horas.

[...]

Destarte, não prospera a assertiva do Ministério Público de que o Acusado errou na avaliação do estado clínico do Ofendido ou de que realizou atendimento superficial a ele, já que inclusive foi o Médico que pessoalmente efetuou o exame “Mielograma” em Guilherme, indo em seguida ao quarto onde estava ele e seus pais, para explicar sobre a doença e sua terapêutica - conforme demonstra o prontuário à fl. 20 verso.<sup>35</sup>

O prontuário do paciente bem elaborado serve para levar pessoas a julgamento, pois se constitui em fonte para se buscar informações relativas a crime praticado, conforme se observa da seguinte decisão:

Tentativa de homicídio. Pronúncia. Corpo de delito. Desclassificação. (1) Nos crimes materiais, o prontuário médico aliado à prova testemunhal supre a ausência do corpo de delito. Inteligência dos arts. 158 e 167 do CPP. 2) Na primeira fase do procedimento escalonado do Tribunal do Júri, o juiz somente deverá desclassificar o crime, cuja denúncia foi recebida como sendo doloso contra a vida, diante da cristalina certeza quanto à ocorrência de outro diverso daqueles previstos no art. 74, § 1.º, do CPP. (3)

<sup>35</sup> Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Criminal n. 2003.030496-7, Relator Juiz José Carlos Carstens Köhler, julgamento em 31.08.2004.

Existindo dúvida acerca da intenção do agente no momento da prática do crime em tese cometido (*animus necandi*), impõe-se sua pronúncia por constituir mero juízo de admissibilidade da acusação, aplicando-se, nesta etapa processual, o princípio *in dubio pro societate*, de modo a reservar ao Conselho de Sentença, mercê de sua constitucional competência, o julgamento da causa.

(...)

No tocante a inexistir nos autos laudo de lesões corporais, que poderia ensejar o provimento do recurso com a impronúncia do recorrente pela não-comprovação da existência do crime que lhe foi imputado (CPP, art. 409) e não a pretendida nulidade da decisão de pronúncia recorrida, o prontuário médico de fls. 31/39 demonstra que, no dia dos fatos, a vítima foi submetida a cirurgia, enquanto ele próprio confessou, em seus interrogatórios, ter com ela se engalinhado em briga (fls. 07 e 88), tudo corroborado pelos depoimentos testemunhais de fls. 19, 20, 102 e 104. Isso basta para atestar, de forma indireta, a materialidade delitiva, consoante admitem, por interpretação sistemática, os arts. 158 e 167 do CPP.<sup>36</sup>

### O sigilo

A presidente Dilma Rousseff estava de olhos fechados e vestia blazer vermelho com riscas de giz pretas quando posou para a foto que ilustrou a edição da revista *Época* de 30 de maio de 2011. É a manchete da capa: *A saúde de Dilma. Época teve acesso a exames, listas de remédios e relatos médicos. Por que seu estado ainda exige atenção.*<sup>37</sup>

Ao longo de seis páginas, a revista escarafunchou todos os males que afligiam a paciente Dilma, inclusive com a utilização de foto de corpo inteiro que destacava as partes onde ela tinha ou havia tido problemas. O título deste quadro ilustrativo é: *O prontuário da presidente – um perfil médico de Dilma*. Esta mesma página 63 da revista trouxe a lista dos principais remédios que ela utilizava, dos 28 que consumia.

A revista *Época* poderia escancarar as informações de caráter íntimo e pessoal do prontuário de uma paciente? Ainda mais (ou exatamente por isso) quando a paciente é a presidente da República? Se a paciente autorizou (e certamente isso aconteceu) não há nenhum problema nem qualquer repercussão jurídica, pois o sigilo diz respeito a ela, que pode tornar públicas as informações de seu estado clínico, como corriqueiramente fazem (ou fizeram) as autoridades, com destaque para o ex-presidente Lula e o ex-vice-presidente José Alencar.

É isso o que prevê o Código de Ética Médica.<sup>38</sup> Entretanto, se o paciente não

<sup>36</sup> Tribunal de Justiça do Paraná, Recurso em Sentido Estrito n. 177.154-4, Relator Juiz Convocado Xisto Pereira, julgamento em 17.04.2006.

<sup>37</sup> Revista *Época*, editora Globo, ed. n. 680, páginas 62 a 67.

<sup>38</sup> Resolução CFM n. 1.931/09 – “Capítulo IX – Sigilo Profissional - É vedado ao médico: Art. 73. 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.”

autorizar por escrito a divulgação de suas intimidades, o estabelecimento de saúde, guardião<sup>39</sup> do prontuário do paciente, não poderá fazê-lo a terceiros, mesmo que o paciente tenha ido a óbito<sup>40</sup>.

O conceito de prontuário do paciente indica que o documento possui caráter sigiloso. E é justamente na interpretação desta característica que reside a problemática que os hospitais enfrentam no seu dia a dia no que diz respeito a extração de cópias de referido documento e sua disponibilização a terceiros, quando não há autorização expressa do paciente<sup>41</sup> ou quando ele faleceu.

Existem situações em que o sigilo interessa ao próprio cidadão [ou paciente] para resguardar-lhe aspectos que lhe sejam caros, em relação aos quais a publicidade poderia ferir a sua intimidade.

As informações que o paciente passa ao profissional da saúde ou que este colhe diretamente são protegidas pelas disposições legais que integram o instituto do sigilo (ou segredo) profissional.

Consta do juramento de Hipócrates, feito pelos médicos ao se graduarem: “Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. [...]”

O Conselho Federal de Medicina “considera absolutamente abusiva a ação de autoridades policiais que, sem acionar o Judiciário, tentam pressionar médicos e parentes de pacientes a liberar prontuários. Tal fato continua a ocorrer em várias partes do Brasil e deve ser amplamente denunciado, para que ações sejam tomadas no sentido de impedir a existência e a continuidade dessa prática. Para o Conselho Federal de Medicina, todos os esforços para garantir o sigilo médico são absolutamente indispensáveis. E para o obtermos, adotaremos as ações necessárias e legalmente exequíveis.”<sup>42</sup>

39 Prevê a Resolução CFM n. 1.638/02: “CONSIDERANDO que compete à instituição de saúde e/ou ao médico o dever de guarda do prontuário, e que o mesmo deve estar disponível nos ambulatórios, nas enfermarias e nos serviços de emergência para permitir a continuidade do tratamento do paciente e documentar a atuação de cada profissional;” Vide, também, a Resolução CFM n. 1.821/07, especialmente seus artigos 6º, 7º e 8º.

40 Resolução CFM n. 1.931/09 – “Art. 73. 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. Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.”

41 Resolução CFM n. 1.605/00: “Art. 3º - Na investigação da hipótese de cometimento de crime o médico está impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo criminal. Art. 4º - Se na instrução de processo criminal for requisitada, por autoridade judiciária competente, a apresentação do conteúdo do prontuário ou da ficha médica, o médico disponibilizará os documentos ao perito nomeado pelo juiz, para que neles seja realizada perícia restrita aos fatos em questionamento.”

42 Editorial do Jornal do Conselho Federal de Medicina de fevereiro de 2008, que tratou de “Priva-

O ordenamento jurídico brasileiro é primoroso no que diz respeito a previsões legais acerca da proteção do direito fundamental da pessoa em ter seu sigilo inviolado.

Esta ordenação protege o sigilo das informações das pessoas nas suas diversas facetas e situações, que serão abaixo exploradas para se fazer comparativo com a proteção do sigilo do prontuário do paciente.

A manutenção do segredo profissional talvez seja o item mais importante e controvertido no que diz respeito ao trato jurídico do prontuário do paciente, o que produz intermináveis discussões.

Há decisões judiciais que consideram que o sigilo profissional não é absoluto<sup>43</sup> e que comporta exceções, o que será trazido à baila mais adiante como parte integrante da discussão deste complexo tema que ainda carece de decisões e posicionamentos objetivos e terminativos.

### **A legislação**

Básica e fundamentalmente, a proteção das informações constantes do prontuário do paciente tem origem na Constituição Federal, que prevê:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X – 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;

Antes da atual Constituição Federal brasileira, que é de 1988, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, previu, no seu artigo 12:

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

---

cidade, confidencialidade e sigilo” médico, página 7.

43 Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 11.453-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, julgamento em 17 de junho de 2003. “Recurso em mandado de segurança. Administrativo e criminal. Requisição de prontuário, atendimento a cota ministerial. Investigação de “queda acidental”. Arts. 11, 102 e 105 do Código de Ética. Quebra de sigilo profissional. Não verificação. O sigilo profissional não é absoluto, contém exceções, conforme depreende-se da leitura dos respectivos dispositivos do Código de Ética. A hipótese dos autos abrange as exceções, considerando que a requisição do prontuário médico foi feita pelo juízo, em atendimento à cota ministerial, visando apurar possível prática de crime contra a vida. Precedentes análogos. Recurso desprovido.”

Infraconstitucionalmente, diversas são as leis que protegem o sigilo profissional inerente ao conteúdo do prontuário do paciente e estabelecem sanções para o caso de sua quebra ou revelação.

Nesse sentido, prevê o Código Civil (Lei n. 10.406/02): “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Eis o que dispõe o Código Penal:

Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem.

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

§1º. A - Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. [...]

Art. 154 - Revelar<sup>44</sup> alguém, sem justa causa<sup>45</sup> <sup>46</sup>, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 269 - Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo<sup>47</sup>, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

---

44 “Pela importância que certas relações encerram e a gravidade do dano ou prejuízo que a divulgação, sem justa causa, pode causar ao ofendido, o CP preferiu elevá-las à condição de crime. Essas atividades podem ser as exercidas por médicos, dentistas, advogados, engenheiros, sacerdotes etc. (...) A conduta tipificada é revelar, que significa contar a alguém segredo profissional. Revelar tem uma abrangência mais restrita do que divulgar: aqui implica um número indeterminado de pessoas; lá é suficiente alguém.” BITENCOURT, Cezar Roberto. ob. cit. p. 647.

45 “A justa causa, que torna atípica a conduta, deve ser legal, isto é, deve encontrar fundamento direto ou indireto em norma jurídica. Nosso Código Penal filia-se à orientação que dá proteção absoluta ao segredo profissional. Advogado, por exemplo, que revela segredo de seu cliente à parte contrária, em prejuízo daquele, pratica crime de patrocínio infiel (art. 355). A violação de sigilo profissional (advogado, médico etc.) também constitui falta ético-administrativa.” BITENCOURT, Cezar Roberto. ob. cit. p. 648.

46 “A nosso juízo, a denunciação de crime não constitui justa causa para a revelação de segredo, contrariamente ao que pensava Heleno Cláudio Fragoso [...]” BITENCOURT, Cezar Roberto. ob. cit. p. 650.

47 Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Reexame necessário criminal n. 2297436.2009.4013400-DF (2009.34.00.023105-1), Relatora Desembargadora Federal Assusete Magalhães, julgamento em 04.05.2010. “Comentando o referido dispositivo legal [art. 325, Código Penal], Guilherme de Souza Nucci, in Código Penal Comentado, 9ª edição, p. 1.088, leciona: ‘Segredo. É o que deve ser mantido em sigilo, sem qualquer divulgação. Se o funcionário conta o fato sigiloso a quem dele já possuiu conhecimento, não se consuma a infração penal. Por outro lado, quando, em nome do interesse público, houve necessidade da revelação do fato – para apuração de um crime mais grave que está sendo encoberto, por exemplo – cremos não configurar o crime.’”

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

A Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3.688/41) indica como ilegal a seguinte prática, que permeia o assunto segredo profissional e abre exceções à sua manutenção:

Art. 66. Deixar de comunicar à autoridade competente:

I – crime de ação civil pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação;

II – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal.

Pena – multa.

Sobre este tema, o magistrado Jurandir Sebastião assim se manifestou:

Neste caso, o fato (crime) do qual o médico teve conhecimento pelo exercício da Medicina há de estar caracterizado como crime de ação pública e que não dependa de representação (ou seja, não dependa da vontade da vítima), e cuja comunicação não exponha o paciente a procedimento criminal. Exemplo: se o médico, em razão da profissão, ficar sabendo que seu paciente praticou o crime de aborto, não poderá denunciá-lo porque a comunicação desse fato à autoridade pública exporá seu cliente ao devido processo criminal, importando essa comunicação em quebra de sigilo profissional.

Entretanto, cometerá a infração contravencional o médico que deixar de comunicar às autoridades públicas se, ao fazer necropsia, constatar que a morte decorreu de violência (homicídio), ou, ainda, constatar que o corpo foi objeto de sevícias graves, antes da morte, por outras causas etc. É que esses fatos constituem crimes de ação pública incondicionada, e a comunicação não estará apontando o autor, cumprindo às autoridades públicas diligenciar para `descobrir` a autoria do fato. Ocorrerá igual contravenção se o médico deixar de comunicar o fato quando, ao atender seu paciente, ficar sabendo da ocorrência de crime de ação pública incondicionada (exemplos: homicídio, latrocínio, seqüestro, tráfico de drogas etc.) praticado por outrem (e não pelo paciente), e cuja autoria seja desconhecida pelas autoridades públicas, ou esteja sendo atribuída a terceiro inocente. Nesses casos, tem o médico o dever legal de comunicar o fato, porque essa comunicação não importará em quebra de sigilo profissional e nem processo crime contra o paciente. De igual forma, deve o médico fazer a comunicação, quando atender paciente vítima de lesão grave (produzida por arma branca ou outro instrumento), ou envenenamento, ou qualquer outro delito, mesmo que o paciente não queira envolvimento pessoal com a polícia (fato comum do cotidiano). Não se pode esquecer que, em tais hipóteses, o paciente é a vítima, e apenas nessa condição integrará o procedimento criminal. Em quaisquer dessas comunicações, o médico estará

acobertado pela conduta de cumprimento do dever legal.<sup>48</sup>

A Lei n. 8.159/91, que dispõe sobre a Política Nacional de Arquivos Públicos e Privados, aqui mencionada por analogia ao assunto, traz a seguinte previsão:

Art. 4º. Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, contidas em documentos de arquivos, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujos sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Art. 6º. Fica resguardado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação do sigilo, sem prejuízo das ações penal, civil e administrativa.

Art. 11. Consideram-se arquivos privados os conjuntos de documentos produzidos ou recebidos por pessoas físicas ou jurídicas, em decorrência de suas atividades.

Art. 23. Decreto fixará as categorias de sigilo que deverão ser obedecidas pelos órgãos públicos na classificação dos documentos por eles produzidos. [...]

§ 3º O acesso aos documentos sigilosos referentes honra e à imagem das pessoas será restrito por um prazo máximo de 100 (cem) anos, a contar da sua data de produção.

Art. 24. Poderá o Poder Judiciário, em qualquer instância, determinar a exibição reservada de qualquer documento sigiloso, sempre que indispensável à defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte.

Parágrafo único. Nenhuma norma de organização administrativa será interpretada de modo a, por qualquer forma, restringir o disposto neste artigo.

Art. 25. Ficará sujeito à responsabilidade penal, civil e administrativa, na forma da legislação em vigor, aquele que desfigurar ou destruir documentos de valor permanente ou considerado como de interesse público e social.

Prevê o Decreto n. 4.553/02, que dispõe sobre a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, no âmbito da Administração Pública Federal, aqui mencionado por analogia:

Art. 2º. São considerados originariamente sigilosos, e serão como tal classificados, dados ou informações cujo conhecimento irrestrito ou divulgação possa acarretar qualquer risco à segurança da sociedade e do Estado, bem como aqueles necessários ao resguardo da inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Parágrafo único. O acesso a dados ou informações sigilosos é restrito e condicionado à necessidade de conhecer.

Art. 3º. A produção, manuseio, consulta, transmissão, manutenção e guarda de dados

<sup>48</sup> SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica: civil, criminal e ética. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 217/218.

ou informações sigilosas observarão medidas especiais de segurança.

Parágrafo único. Toda autoridade responsável pelo trato de dados ou informações sigilosas providenciará para que o pessoal sob suas ordens conheça integralmente as medidas de segurança estabelecidas, zelando pelo seu fiel cumprimento.

O Decreto n. 6.029/07, que institui o Sistema de Gestão Ética no Poder Executivo Federal, traz a seguinte disposição:

Art. 13. Será mantido com a chancela de “reservado”, até que seja concluído, qualquer procedimento instaurado para apuração de prática em desrespeito às normas éticas.  
[...]

§ 2º - Na hipótese de os autos estarem instruídos com documento acobertado por sigilo legal, o acesso a esse tipo de documento somente será permitido a quem detiver igual direito perante o órgão ou entidade originariamente encarregado de sua guarda.

§ 3º - Para resguardar o sigilo de documentos que assim devam ser mantidos, as Comissões de Ética, depois de concluído o processo de investigação, providenciarão para que tais documentos sejam desentranhados dos autos, lacrados e acautelados.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei n. 8.069/90) possui dispositivos que podem ser aqui mencionados, por analogia, para ampliar as várias facetas da questão:

Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra crianças ou adolescentes serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.<sup>49</sup>

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Art. 245. Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente:

Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Consta do texto do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.471/03):

Art. 6º. Todo cidadão tem o dever de comunicar à autoridade competente qualquer

---

49 “O silêncio (não comunicação) poderá ser caracterizado como crime de omissão de socorro (art. 135 do Código Penal) ou outro tipo mais grave, conforme o caso. Poderá a pessoa omissa ser tida como conivente, sujeita então às mesmas penas dos autores do crime, previstas nos arts. 232 e 233 do Estatuto.” TAVARES, José de Farias. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 23.

forma de violação a esta Lei que tenha testemunhado ou de que tenha conhecimento.<sup>50</sup>

Art. 19. Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos serão obrigatoriamente comunicados pelos profissionais de saúde<sup>51</sup> a quaisquer dos seguintes órgãos:

- I – autoridade policial;
- II – Ministério Público;
- III – Conselho Municipal do Idoso;
- IV – Conselho Estadual do Idoso;
- V – Conselho Nacional do Idoso.

A Lei n. 11.111/05<sup>52</sup>, que regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII<sup>53</sup> do caput do art. 5º da Constituição Federal, estatui:

Art. 7º Os documentos públicos que contenham informações relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoas, e que sejam ou venham a ser de livre acesso poderão ser franqueados por meio de certidão ou cópia do documento, que expurgue ou oculte a parte sobre a qual recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal.

Parágrafo único. As informações sobre as quais recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal terão o seu acesso restrito à pessoa diretamente interessada ou, em se tratando de morto ou ausente, ao seu cônjuge, ascendentes ou descendentes, no prazo de que trata o § 3º do art. 23 da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991.

A obrigação de manutenção do sigilo permanece quando o profissional de saúde for instado a se manifestar em depoimento sobre o conteúdo do prontuário de um paciente, hipótese em que ele poderá se esquivar da revelação do segredo contido naquele documento, postura que encontra respaldo jurídico na própria legislação.

---

50 “A Lei em comento ratifica os termos do art. 5º, § 3º, do Código de Processo Penal, que determina a qualquer pessoa do povo que tenha conhecimento da prática de crime que caiba ação pública o dever de comunicar verbalmente ou por escrito à autoridade policial e esta deverá tão logo seja informada do fato tomar as providências cabíveis, no caso, instaurar o inquérito desde que a informação seja procedente. O Código não diz “poderá”, mas “comunicará” que é um dever e não uma faculdade de agir, como determina o parágrafo em comento. A pessoa do povo que tiver ciência da prática de crime de ação pública e que não comunicar o fato à autoridade competente estará incurso nas penas do art. 66 da lei das Contravenções Penais. Contravenção esta, referente à Administração Pública, cuja pena é a de multa.” FRANCO, Paulo Alves. Estatuto do Idoso Anotado. Leme: LED Editora de Direito, 2004. p. 33/34.

51 “Quando a lei diz “profissionais de saúde”, não implica que somente os médicos terão a obrigação de levar ao conhecimento das autoridades competentes os casos de maus-tratos. Farmacêutico, enfermeiro, biomédico, dentista etc. Qualquer desses profissionais que souber através de seu exercício que um paciente que esteja sofrendo maus-tratos por parte de seus familiares deve comunicar o fato às autoridades competentes para que sejam tomadas as providências cabíveis contra o infrator.” FRANCO, Paulo Alves. ob. cit. p. 49/50.

52 Esta lei foi revogada pela Lei n. 12.527/11.

53 Constituição Federal – “Art. 5º. [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”

Neste sentido, citam-se os seguintes dispositivos legais que preveem a desobrigação do depoimento sem qualquer consequência ao profissional de saúde:

O Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41) prevê, no artigo 207, que “São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devem resguardar segredo, salvo se, desobrigada pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.”<sup>54</sup>

O Código Civil (Lei n. 10.406/02) ressalva a questão do sigilo profissional em depoimentos e desobriga o detentor das informações de exteriorizá-las a terceiros, inclusive a magistrados:

Art. 229. Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:

I – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;

II – a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo;

III – que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato.

O Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/73) traz a seguinte previsão:

Art. 347. A parte não é obrigada a depor de fatos:

I - criminosos ou torpes, que lhe forem imputados;

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento.

Art. 363. A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa:

I - se concernente a negócios da própria vida da família;

II - se a sua apresentação puder violar dever de honra;

III - se a publicidade do documento redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau; ou lhes representar perigo de ação penal;

IV - se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo;

---

<sup>54</sup> “O próprio ordenamento jurídico brasileiro reconhece a importância dos segredos profissionais, tanto que protege a sua inviolabilidade, inclusive excluindo os profissionais da obrigação de depor, que é um dever de todos (art. 206, 1ª parte, do CPP); aliás, os profissionais a quem são confiados os segredos, nas circunstâncias aqui examinadas, ‘são proibidos de depor’, salvo se, desobrigados pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho (art. 207 do CPP). (...) A proteção legal do segredo protege tanto o titular do segredo quanto o seu destinatário: mesmo liberado pelo titular do segredo, razões éticas justificam a recusa do profissional de depor acerca de segredos de que tenha tido ciência em razão da função, ministério, ofício ou profissão. Ninguém pode ser obrigado a violentar seus princípios éticos, aliás, em nome dos quais as pessoas são levadas a confiar-lhes suas intimidades! Esses profissionais, na verdade, não são obrigados a depor nem ‘prestar informações’ ou ‘esclarecimentos’, que não passam de eufemismos utilizados por determinadas autoridades, com visível abuso de autoridade, para burlar a proteção legal. A título de ilustração, destacamos a prescrição do Código de Ética Médica, aprovado pela Lei n. 3.268/57, que dispõe: ‘O médico está obrigado, pela ética e pela lei, a guardar segredo sobre fatos de que tenha conhecimento, por ter visto, ouvido ou deduzido, no exercício de sua atividade profissional, ficando na mesma obrigação todos os auxiliares.’ (art. 36).” BITENCOURT, Cezar Roberto. ob. cit. p. 649. (sic)

V - se subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição.

Parágrafo único. Se os motivos de que tratam os ns. I a V disserem respeito só a uma parte do conteúdo do documento, da outra se extrairá uma suma para ser apresentada em juízo.

Art. 406 - A testemunha não é obrigada a depor de fatos:

I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau;

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

Maria Helena Diniz se posiciona de forma convergente à desobrigação de depoimento do profissional da saúde em casos em que o sigilo deva ser preservado:

Desobriga-se de depor, em juízo, sobre fatos a cujo respeito uma pessoa, por estado ou profissão, deve guardar sigilo, isto porque a não revelação de segredo profissional é um dever imposto constitucional e legalmente, ante o princípio da ordem pública, sendo que constitui crime revelar a alguém o sigilo de que tiver notícia ou conhecimento, em razão de ofício, emprego ou profissão.<sup>55</sup>

O Código de Ética Médica<sup>56</sup> (Resolução CFM n. 1.931/09) é a norma jurídica específica a ser consultada para o assunto tratado neste artigo, que é alçado à condição de princípio fundamental. Referido código traz capítulo específico sobre o tema. Eis a sua previsão:

#### Capítulo I

#### PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

XI - O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei.

#### Capítulo IX

#### SIGILO PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 73. 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.

Parágrafo único. Permanece essa proibição:

- a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido;
- b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento;
- c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.

55 DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 1997.

56 "Os preceitos contidos nesse Código são normas jurídicas equivalentes às normas federais e, assim, obrigam do mesmo modo que estas." MORAES, Irany Novah. Erro Médico e a lei. São Paulo: LEJUS, 1998. p. 365.

Art. 75. Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente.

Art. 76. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

Art. 77. Prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito, salvo por expresso consentimento do seu representante legal.

Art. 78. Deixar de orientar seus auxiliares e alunos a respeitar o sigilo profissional e zelar para que seja por eles mantido.

Art. 79. Deixar de guardar o sigilo profissional na cobrança de honorários por meio judicial ou extrajudicial.

#### Capítulo X

#### DOCUMENTOS MÉDICOS

É vedado ao médico:

Art. 85. Permitir o manuseio e o conhecimento dos prontuários por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional quando sob sua responsabilidade.

Art. 89. Liberar cópias do prontuário sob sua guarda, salvo quando autorizado, por escrito, pelo paciente, para atender ordem judicial ou para a sua própria defesa.

§ 1º Quando requisitado judicialmente o prontuário será disponibilizado ao perito médico nomeado pelo juiz.

§ 2º Quando o prontuário for apresentado em sua própria defesa, o médico deverá solicitar que seja observado o sigilo profissional.

Observa-se pela simples leitura dos dispositivos legais acima reunidos que a regra geral é a proteção incondicional do sigilo das informações contidas nos prontuários dos pacientes em relação a terceiros, quando o paciente não autorizou por escrito a estes ter acesso àqueles dados, o que se torna impossível no caso de óbito ou impedimento momentâneo ou definitivo, mental<sup>57</sup> ou físico.

Nenhum dispositivo legal relativizou a proteção do sigilo das informações contidas no prontuário, a não ser por justa causa prevista pela própria legislação, o que não engloba os ofícios expedidos por autoridades, por exemplo.

#### **A proteção do sigilo em assuntos distintos do prontuário do paciente**

Destoa o tratamento rigoroso que algumas espécies de sigilo do indivíduo detêm, se comparadas ao recebido pelo prontuário do paciente. Abaixo, exemplificamos cuidados que, quisera os hospitais, fossem tão claros em relação ao prontuário do paciente, o que evitariam inúmeras discussões, desentendimentos e ações judiciais contra os estabelecimentos de saúde e seus gestores.

<sup>57</sup> Resolução CFM n. 1.952/10.

### **Sigilo de dados cadastrais e de terceiros**

A Lei n. 5.061/07, do Estado do Rio de Janeiro, criou a obrigação de supressão de dados pessoais dos envolvidos que permitam a sua localização por pessoas estranhas aos quadros da Polícia Civil. Consta de referida lei:

Art. 1º - A Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, nas delegacias de polícia nas quais se encontra implantado o sistema Delegacia Legal, deverá preservar em sigilo o endereço, o número telefônico, o número da identidade e o número do CPF dos envolvidos e testemunhas em ocorrências criminais, Ministério Público e Poder Judiciário.

Art. 2º - Para que não haja prejuízo ao serviço policial e judicante, tais dados serão mantidos em peça apartada, sendo encaminhados ao Poder Judiciário juntamente com o procedimento criminal, sempre que este lhe for apresentado, não podendo, sob nenhuma circunstância, serem disponibilizados aos envolvidos, testemunhas ou a terceiros.

O Superior Tribunal de Justiça afirmou que “o acesso a dados sigilosos de terceiros goza de proteção constitucional, não havendo ilegalidade na medida em que autoriza o acesso aos dados pertinentes ao crime em apuração, desde que sejam utilizados instrumentos de informática específicos para a correta busca e separação somente dos dados pertinentes ao caso.”<sup>58</sup>

### **Sigilo de dados bancários**

Em 2010, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), em apertada votação (5<sup>59</sup> a 4<sup>60</sup>) e em acórdão com 62 páginas, frearam o ímpeto de devassa indiscriminada da Receita Federal e decidiram processo que foi assim ementado:

Sigilo de dados – Afastamento. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito

---

58 Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 124.253, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 18.02.2010. “Processual penal. Habeas Corpus. Operações da Polícia Federal. “Operações Chacal” e “Satiagraha”. Reconhecimento da nulidade e determinação de suspensão de ações penais distintas. Impossibilidade. Necessidade de apreciação de provas. Supressão de instância. Busca e apreensão de HD. Alegação de ilegalidade. Falta de precisa indicação do local da diligência. Não-ocorrência. Apreensão de servidor utilizado por investigado e pertencente a terceiro. Possibilidade. Quebra do sigilo de dados de terceiros. Não-evidenciada. Existência de ferramentas de informática que possibilitam a separação de dados. Competência do Tribunal a quo para apreciação da apelação. Inexistência de nulidade e perda do objeto de apelação. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. [...] 5. Com o auxílio das atuais ferramentas de informática, é possível fazer a separação dos dados de um HD, evitando-se a eventual quebra do sigilo de dados acobertados pela garantia constitucional. [...]”

59 Foram vitoriosos na votação que resultou na ementa os ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

60 Foram vencidos na votação que resultou na ementa os ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ellen Gracie.

de investigação criminal ou instrução processual penal.

Sigilo de dados bancários – Receita Federal. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.<sup>61</sup>

O Recurso Extraordinário julgado foi interposto contra decisão do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, que havia entendido e decidido favoravelmente à sempre prestigiada Receita Federal acerca da aplicação descontrolada da Lei n. 10.174/01, que alterou a Lei n. 9.311/96.

Havia decidido o TRF que

O acesso da autoridade fiscal a dados relativos à movimentação financeira dos contribuintes, no bojo de procedimento fiscal regularmente instaurado, não afronta, a priori, os direitos e garantias individuais de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e de inviolabilidade do sigilo de dados, assegurados no art. 5º, incisos X e XII, da CF/88, conforme entendimento sedimentado no tribunal.<sup>62</sup>

O início do voto do ministro Marco Aurélio, do STF, relator do Recurso Extraordinário em discussão, registra importante premissa que será invocada quando tratarmos especificamente do sigilo ou segredo profissional que incide sobre o prontuário do paciente. Afirmou o ministro:

É sempre oportuno atentar para os princípios consagrados na Carta Maior. A República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III, estando as relações internacionais norteadas pela prevalência dos direitos humanos – artigo 4º, inciso II. A vida gregária pressupõe segurança – artigos 5º e 6º -, pressupõe estabilidade, e não a surpresa. [...] A referência a lei, a encerrar observância do princípio da legalidade, medula em um Estado que se diga Democrático de Direito, remete à necessária harmonia com o texto constitucional.<sup>63</sup>

Essa profunda e ampla discussão jurídica se deu em relação à necessidade de resguardar e garantir ao cidadão o seu direito constitucional ao *sigilo de dados bancários*, diante de “atos extravagantes que possam, de alguma forma, alcançá-lo [o cidadão] na dignidade.” E este “ato extravagante” consistia em lei federal, à qual foi dada “interpretação conforme à Carta Federal”, ou seja, ela foi desconsiderada na parte que afrontava a nossa Lei Maior.

61 Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 389.808/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 15.12.2010. Recorrente: G.V.A. Indústria e Comércio S/A; Recorrida: União.

62 Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 389.808/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 15.12.2010, folhas 219 e 220.

63 Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 389.808/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 15.12.2010, folha 223.

Diante da complexidade e recorrência do assunto consistente no direito ao *sigilo bancário* do cidadão ele ainda será objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal quando ele julgar a matéria, que foi afetada com Repercussão Geral.<sup>64</sup>

Noutro julgamento, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido que o Banco Central não podia quebrar o *sigilo bancário* de um ex-diretor de um banco estadual, tendo a ementa da decisão recebido a seguinte redação:

SIGILO DE DADOS - ATUAÇÃO FISCALIZADORA DO BANCO CENTRAL - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE. A atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil não encerra a possibilidade de, no campo administrativo, alcançar dados bancários de correntistas, afastando o sigilo previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.<sup>65</sup>

### **Sigilo de inquérito policial, inclusive de advogados**

A Lei federal n. 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, prevê:

Art. 7º. São direitos do advogado:

XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;

XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;

Na prática, não é tão simples como a lei manda. O Superior Tribunal de Justiça tem relativizado este direito e restringindo o acesso de informações constantes de inquéritos policiais quando elas pertencem a terceiros, ou seja, a pessoas diferentes do cliente do advogado, que pode ter acesso irrestrito e ilimitado “apenas no que disser respeito ao seu cliente, vedado o acesso a documentos pertinentes a terceiras pessoas e diligências ainda em curso”, conforme afirmou o ministro Arnaldo Esteves de Lima [STJ], que concluiu, ao confrontar dispositivos do Código de Processo Penal com o Estatuto da Advocacia:

---

<sup>64</sup> Supremo Tribunal Federal, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 601.314/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 22.10.2009. “Constitucional. Sigilo bancário. Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao fisco, sem prévia autorização judicial (Lei Complementar 105/2001). Possibilidade de aplicação da lei 10.174/2001 para apuração de créditos tributários referentes a exercícios anteriores ao de sua vigência. relevância jurídica da questão constitucional. Existência de repercussão geral.”

<sup>65</sup> Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 461.366, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 03.08.2007.

A partir da exegese das normas supracitadas, deve-se conciliar os interesses da investigação e o direito à informação do investigado e, conseqüentemente, de seu advogado, a fim de salvaguardar as garantias constitucionais.

[...]

Nesse contexto, o acesso conferido aos procuradores não é irrestrito, devendo restringir-se aos documentos já disponibilizados nos autos e que se refiram apenas ao seu cliente, sendo, portanto, vedado o acesso a documentos pertinentes a outras pessoas.<sup>66</sup>

Seguindo essa mesma linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça, em outra oportunidade, decidiu que o advogado sem procuração nos autos não tem o direito líquido e certo de examinar o processo:

PROCESSUAL CIVIL. IMPOSIÇÃO DE SIGILO NO DECORRER DA ANÁLISE DO PROCESSO. VALIDADE. EXAME DOS AUTOS POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 7º, XIII, LEI 8.906/94.

I - A liberdade de consultar os autos, tomando notas e com a obtenção de cópias, deve ceder à constatação da autoridade judicial de que o feito deve ter andamento com a garantia do sigilo, consoante inscrito no artigo 5º, X, da Constituição Federal.

II - O sigilo processual é colocado pela lei sob o prudente e criterioso arbítrio da autoridade julgadora em qualquer instância ou tribunal, o que ocorreu na espécie.

III - Nesse panorama, o advogado sem procuração nos autos não tem o direito líquido e certo a examinar o processo.

IV - Agravo regimental improvido.<sup>67</sup>

Noutro julgamento, de relatoria da Ministra Denise Arruda, o Superior Tribunal de Justiça, com base em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, decidiu que o advogado tem direito a acessar autos de inquérito policial e obter informações que interessem diretamente apenas ao seu cliente. Eis a ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. INQUÉRITO CIVIL. ACESSO A ADVOGADO CONSTITUÍDO PELOS IMPETRANTES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Empresarial Plano de Assistência Médica Ltda e Outro impetraram mandado de segu-

66 Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 65.303-PR, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 20.05.2008. "Processual penal. Habeas Corpus. Inquérito policial. Acesso. Advogado. Sigilo das investigações. Ordem denegada. 1. Ao inquérito policial não se aplica o princípio do contraditório, porquanto é fase investigatória, preparatória da acusação, destinada a subsidiar a atuação do órgão ministerial na persecução penal. 2. Deve-se conciliar os interesses da investigação com o direito de informação do investigado e, conseqüentemente, de seu advogado, de ter acesso aos autos, a fim de salvaguardar suas garantias constitucionais. 3. Acolhendo a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser possível o acesso de advogado constituído aos autos de inquérito policial em observância ao direito de informação do indiciado e ao Estatuto da Advocacia, ressaltando os documentos relativos a terceiros pessoas, os procedimentos investigatórios em curso e os que, por sua própria natureza, não dispensam o sigilo, sob pena de ineficácia da diligência investigatória. 4. Habeas corpus denegado."

67 Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 10.299-DF, Relator Ministro Francisco Falcão, julgamento em 07.02.2007.

rança contra ato do Juiz de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional de São José dos Pinhais, Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, substanciado no indeferimento de pedido de acesso a inquérito civil contra eles instaurado.

2. No presente recurso ordinário, os recorrentes pleiteiam a reforma do acórdão proferido pela Corte local, com a consequente concessão da segurança, para que seja reconhecido o direito de acesso aos autos do procedimento investigatório 1.578/2007, bem como “lhes seja facultado o direito de fazer anotações e cópias; seja vedado o uso de documentos já encartados nos autos por quem quer que seja, inclusive e especialmente a parte requerente, ante a indevida obtenção de tais documentos sem audiência das requerentes; sejam devolvidos todos os prazos competentes e imponíveis contra o r. despacho que acolheu a pretensão do Ministério Público, para que possam as impetrantes manifestar os competentes recursos; sejam intimados de todos os atos do processo doravante” (fl. 221).

3. Não é lícito negar ao advogado constituído o direito de ter acesso aos autos de inquérito civil, embora trate-se de procedimento meramente informativo, no qual não há necessidade de se atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto tal medida poderia subtrair do investigado o acesso a informações que lhe interessam diretamente. Com efeito, é direito do advogado, no interesse do cliente envolvido no procedimento investigatório, ter acesso a inquérito instaurado por órgão com competência de polícia judiciária ou pelo Ministério Público, relativamente aos elementos já documentados nos autos e que digam respeito ao investigado, dispondo a autoridade de meios legítimos para garantir a eficácia das diligências em curso. Ressalte-se, outrossim, que a utilização de material sigiloso, constante de inquérito, para fim diverso da estrita defesa do investigado, constitui crime, na forma da lei.

4. Nesse contexto, o Pretório Excelso editou a Súmula Vinculante 14, segundo a qual “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

5. Nas palavras do Ministro Luiz Fux, “não obstante a garantia estabelecida pelo art. 7º, XIV do Estatuto dos Advogados do Brasil, constitui interesse primário de indiciado em procedimento que possa acarretar em cerceamento de sua liberdade, o acesso aos autos da investigação, justamente nos resultados que já constem do feito. Por outro lado, caso venha a se violar o segredo de justiça, utilizando-se as informações obtidas para fins outros que não a defesa do paciente, responderá o responsável nos termos da lei aplicável pelos delitos que cometeu. Ressalte-se que a adequação do sigilo da investigação com o direito constitucional à informação do investigado devem se coadunar no acesso restrito do indiciado às diligências já realizadas e acostadas aos autos. Afinal, a decretação de sigilo não impede o advogado de ter acesso aos autos do inquérito policial. Entretanto, essa garantia conferida aos causídicos deverá se limitar aos documentos já disponibilizados nos autos, não sendo possível, assim, sob pena de ineficácia do meio persecutório, que a defesa tenha acesso, ‘à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso.’ (HC nº 82354/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24/09/2004)” (HC 123.343/SP, DJe de 9.12.2008). [...]<sup>68</sup>

### **Sigilo de anotações na Carteira de Trabalho**

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso X, acima transcrito, “elege como bens invioláveis, sujeitos à indenização reparatória, a intimidade, a vida privada,

<sup>68</sup> Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 28.949-PR, Relatora Ministra Denise Arruda, julgamento em 05.11.2009.

a honra e a imagem das pessoas. Encontra-se aí subentendida a preservação da dignidade da pessoa humana, em razão de ela ter sido erigida em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.”<sup>69</sup>

Este entendimento serviu de preâmbulo para que o Tribunal Superior do Trabalho reformasse acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho [TRT] da 17ª Região que havia deferido indenização por dano moral de R\$ 5 mil a empregada que teve anotado na sua Carteira de Trabalho, pelo empregador, a circunstância consubstanciada na utilização das palavras “*conforme decisão judicial*”, haja vista que o vínculo empregatício entre as partes foi estabelecido somente pelo Judiciário.

O TRT entendeu que aquela anotação (“conforme decisão judicial”) desabonava a ex-empregada e dificultava a procura de emprego,

[...] haja vista a realidade econômica e social do país e o fato de não ser bem vista, pelos empregadores, a procura do Judiciário pelo candidato a emprego.

Com efeito, em época de inegável escassez de empregos, a observação inscrita numa Carteira de Trabalho deixa de ter uma conotação de mera notícia para assumir o caráter prejudicial de contra-indicação do seu portador para eventuais futuros empregadores. Conclui-se, portanto, pela lesão à dignidade e à privacidade da reclamante que teve em sua carteira anotação do fato contrário aos seus interesses e potencialmente prejudiciais à sua inclusão no mercado formal de trabalho. (sic)

A ex-empregada interpôs recurso de Embargos em relação à decisão do Tribunal Superior do Trabalho e, em março de 2012, conseguiu restabelecer o acórdão primitivo do TRT, conforme constou de seu resumo:

Decisão: I – por unanimidade, conhecer do Recurso de Embargos quanto ao tema “Danos morais. Configuração. Registro na CTPS de que a anotação do vínculo de emprego decorreu de determinação judicial”, por divergência jurisprudencial e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento para restabelecer o acórdão regional, vencidos os Exmos.

69 Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista n. 74500-48.2008.5.17.0005, Relator Ministro Barros Levenhagem, julgamento em 12.05.2010. “Recurso de Revista. Dano Moral. Anotação na CTPS. Menção à decisão judicial. I – É certo que o inciso X do artigo 5º da Constituição elege como bens invioláveis, sujeitos à indenização reparatória, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Encontra-se aí subentendida a preservação da dignidade da pessoa humana, em razão de ela ter sido erigida em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do artigo 1º, inciso III da Constituição. II – Verifica-se do acórdão impugnado ter o Regional reconhecido o dano moral por conta da anotação realizada pelo empregador na CTPS da expressão “conforme decisão judicial”. III – Compulsando-se o acórdão recorrido, não se divisa nenhuma situação lesiva à honra e à imagem do trabalhador ou abalo moral e psicológico na simples referência ao fato de a anotação da CTPS o ter sido feito por decisão judicial. Isso porque, sendo incontroverso que o registro de anotação na CTPS adveio de cumprimento de determinação judicial, não se revela juridicamente viável a tese de que, em face da escassez de empregos e dos prejuízos à inclusão no mercado de trabalho, deve, a teor do artigo 29, § 4º, da CLT, ser considerado desabonador o registro da decisão judicial. IV – É indiscernível ilicitude no ato do empregador, pois somente cumprira a obrigação determinada judicialmente, pelo que não violou o artigo 5º, X, da Constituição. Precedentes de Turmas do TST. V – Recurso provido.”

Ministros João Batista Brito Pereira, Milton de Moura França e Ives Gandra Martins Filho; II – por unanimidade, não conhecer do Recurso de Embargos no tocante ao tema “Danos morais. Valor arbitrado.”

A decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, restaurada, foi assim ementada:

Anotações desabonadoras na CTPS. Danos morais. A anotação de que o empregado foi dispensado por conta de acordo judicial tem aptidão para macular a sua vida profissional (além da honra, vida privada e intimidade), causando-lhe danos morais suscetíveis de indenização.

Vê-se, daí, o rigorismo jurídico com o qual é tratado o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, que protege o sigilo das informações dos cidadãos, inclusive aquelas contidas no prontuário do paciente.

### **A proteção judicial do sigilo das informações do prontuário do paciente**

O Ministro Cesar Asfor Rocha, do Superior Tribunal de Justiça, excursionou sobre o sigilo profissional em geral e afirmou:

O sigilo profissional é exigência fundamental da vida social que deve ser respeitado como princípio de ordem pública, por isso mesmo que o Poder Judiciário não dispõe de força cogente para impor a sua revelação, salvo na hipótese de existir específica norma de lei formal autorizando a possibilidade de sua quebra, o que não se verifica na espécie.

O interesse público do sigilo profissional decorre do fato de se constituir em um elemento essencial à existência e à dignidade de certas categorias, e à necessidade de se tutelar a confiança nelas depositada, sem o que seria inviável o desempenho de suas funções, bem como por se revelar em uma exigência da vida e da paz social.

Hipótese em que se exigiu da recorrente – ela que tem notória especialização em serviços contábeis e de auditoria e não é parte na causa – a revelação de segredos profissionais obtidos quando anteriormente prestou serviços à ré da ação.<sup>70</sup>

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina enviou a todos os Juízes de Direito daquele Estado a Circular n. 4, de 8 de abril de 2011, que “orienta acerca das hipóteses de quebra de sigilo médico e requisição judicial de prontuários clínicos” e que traçou as seguintes diretrizes:

- a) se a ordem judicial estiver acompanhada de autorização/consentimento do paciente, não há qualquer impedimento legal ou ético no seu fornecimento pelo médico;
- b) se não houver autorização/consentimento do paciente, o magistrado deverá avaliar

<sup>70</sup> Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 9.612, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, julgamento em 03.09.1998.

a ocorrência de dever legal ou justa causa, emitindo ordem judicial devidamente fundamentada para o fornecimento do prontuário pelo médico; nestes casos, cópia do prontuário médico somente será entregue ao perito nomeado pelo juiz (art. 89, § 1º, Código de Ética Médica), e

c) em qualquer das situações anteriores, não deverá ser efetuada a juntada do prontuário médico aos autos. Em caso de juntada, os autos deverão tramitar sob “segredo de justiça”.<sup>71</sup>

Existem várias decisões judiciais que mandam resguardar de terceiros o sigilo profissional das informações contidas no prontuário do paciente e se direcionaram para a afirmação da impossibilidade de envio de cópia do prontuário do paciente para autoridades em geral. Abaixo, por amostragem, citamos 12 exemplos de tais decisões judiciais:

Desobediência. Médico e enfermeira que deixam de atender requisição judicial. Observância rigorosa do sigilo profissional. Hipótese que não versava, ademais, sobre crime relacionado com prestação de socorro médico ou sobre notificação compulsória de moléstia infectocontagiosa. Inexistência de justa causa para abertura de inquérito. Trancamento. Habeas Corpus concedido.<sup>72</sup>

Constitui constrangimento ilegal a exigência de revelação do sigilo e participação de anotações constantes das clínicas e hospitais. Habeas Corpus concedido.<sup>73</sup>

1. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de

71 Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental na Medica Cautelar n. 14.949, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 19.05.2009. “Processo Civil. Segredo de Justiça. Art. 155 do CPC. Rol exemplificativo. Informações comerciais de caráter confidencial e estratégico. Possibilidade. - O rol das hipóteses de segredo de justiça contido no art. 155 do CPC não é taxativo. - Admite-se o processamento em segredo de justiça de ações cuja discussão envolva informações comerciais de caráter confidencial e estratégico. Agravo a que se nega provimento.”

72 Revista dos Tribunais n. 608/326, decisão do extinto TACrimSP: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

73 Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 39.308/62, Relator Ministro Ary Franco, julgamento em 19.09.1962.

cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como “moralidade administrativa”, “persecução penal pública” e “segurança pública” que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do “prontuário médico” da reclamante.<sup>74</sup>

Mandado de Segurança. Impetração contra ato judicial requisitando a remessa do prontuário médico de paciente do hospital impetrante. Cabimento. Documentação protegida pelo sigilo profissional. Inocorrência das hipóteses do artigo 269, do Código Penal. Violação a direito líquido e certo de que é titular caracterizado. Dispensa do cumprimento da requisição. Segurança concedida.<sup>75</sup>

Sigilo médico profissional. Quebra. Inadmissibilidade. Recusa do fornecimento de prontuário médico de paciente para fins de investigação criminal, por suposta prática de aborto. Legitimidade. Apuração que não trata de crimes relacionados com a prestação de socorro médico ou de moléstia de comunicação compulsória.<sup>76</sup>

Ação de indenização. Apelado que, na qualidade de médico que assistia a apelante, enviou relatório da paciente para outro médico que passou a assisti-la. Inocorrência de quebra de sigilo de informações confidenciais sobre a paciente. Conduta do apelado que não caracteriza infração aos artigos 11 e 102 do Código de Ética Médica. Prontuário encaminhado de um médico para outro e não a pessoas estranhas ao exercício da medicina. (...) <sup>77</sup>

De acordo com o Código de Ética Médica (Lei n. 3.268/57) e a Instrução n. 153/85, da Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais, a entrega de documentos contendo dados de interesse médico às instituições públicas ou privadas, sem a devida e expressa autorização do paciente, de seu responsável legal ou sucessor, viola a ética médica. A sua requisição judicial deverá ser determinada apenas quando houver interesse público que recomende sua requisição para instrução de processos judiciais, entretanto, deverão ser adotadas providências no sentido de se resguardar o sigilo profissional da classe médica.<sup>78</sup>

74 Supremo Tribunal Federal, Questão de ordem na Reclamação n. 2.040/DF. Relator Ministro Néri da Silveira, julgamento em 21.02.02. Diário da Justiça de 27.06.2003. p. 31.

75 Tribunal de Justiça de São Paulo, Mandado de Segurança n. 327.306-3. Relator Desembargador Jarbas Mazzoni.

76 Tribunal de Justiça de São Paulo, Revista dos Tribunais n. 791/599.

77 Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 300.579-4/3-00. Relator Desembargador Salles Rossi.

78 Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação n. 2.0000.00.511572-8/000(1). Relator Desembargador Antônio Sérvalo.

Segredo profissional. A obrigatoriedade do sigilo profissional do médico não tem caráter absoluto. A matéria, pela sua delicadeza, reclama diversidade de tratamento diante das particularidades de cada caso. A revelação do segredo médico em caso de investigação de possível abortamento criminoso faz-se necessária em termos, com ressalvas do interesse do cliente. Na espécie, o hospital pôs a ficha clínica à disposição de perito médico, que “não estará preso ao segredo profissional, devendo, entretanto, guardar sigilo pericial” (art-87 do Código de Ética Médica). Por que se exigir a requisição da ficha clínica? Nas circunstâncias do caso, o nosocômio, de modo cauteloso, procurou resguardar o segredo profissional. Outrossim, a concessão do “writ”, anulando o ato da autoridade coatora, não impede o prosseguimento regular da apuração da responsabilidade criminal de quem se achar em culpa.<sup>79</sup>

Segredo profissional – Impedimento legal ao atendimento de requisição de documentos - Ficha clínica e relatório médico de paciente requisitados a hospital visando a instruir inquérito policial – Não equivalência a “justa causa” par a revelação, como tal entendidas as hipóteses de consentimento do ofendido, denúncia de doença cuja notificação é compulsória, estado de necessidade e exercício regular de direito – Exigência sob pena de busca e apreensão e ameaça de processo por crime de desobediência que implica violação de direito líquido e certo. Mandado de Segurança concedido.

A revelação do segredo profissional só é típica quando realizada sem justa causa, que constitui o elemento normativo do tipo do art. 154 do CP. Assim, não há tipicidade do fato, por ausência do elemento normativo, nas hipóteses de consentimento do ofendido, denúncia de doença cuja notificação pé compulsória, estado de necessidade e exercício regular de direito. A tanto não equivale a requisição judicial a hospital de ficha clínica e relatório médico de paciente visando a instruir inquérito policial. A exigência de tais documentos sob pena de busca e apreensão e ameaça de processo por crime de desobediência implica violação de direito líquido e certo, amparável por mandado de segurança.<sup>80</sup>

Apelação. Responsabilidade Civil. Entrega de prontuário médico sem as cautelas devidas, gerando dano moral à paciente, eis que utilizado em juízo, por terceiro, como prova contrária a seus interesses. Conduta ilícita demonstrada, bem como o nexo causal. Valor da indenização que deve ser reduzido de forma a se adequar à gravidade da conduta e ao dano efetivo suportado pela autora.<sup>81</sup>

Indenização. Danos materiais. Danos morais. Divulgação de prontuário. Paciente com AIDS. Incidência do CDC. Art. 14, § 3º. O hospital é fornecedor de serviços de saúde. Prontuário de paciente que tem o vírus HIV positivo divulgado a terceiros, servindo para a instrução de processo judicial. Não autorização da autora para entrega do prontuário. Violação da intimidade. Infração ao art. 5º, inciso X da CF. Ilícitude da conduta. Nexo causal. Prejuízo. Dano moral configurado. Valor da indenização. Necessidade de eficácia punitiva e coativa. Fixação em 30 salários-mínimos Danos materiais não comprovados.<sup>82</sup>

79 Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 91.218-SP. Relator Ministro Djaci Falcão, julgamento em 10.11.1981.

80 Tribunal de Justiça de São Paulo, Mandado de Segurança n. 102.893-3, Relator Desembargador Denser de Sá.

81 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 2006.001.06133, Relator Desembargador José de Samuel Marques.

82 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 7001.7144478, Relator Desembarga-

Exibição de documentos. Violação de dados pessoais relativamente ao prontuário médico de terceiros, que não têm qualquer relação com a parte. Descabimento. 1. Se inexistir certeza do nascimento do autor no nosocômio, se a data pode também estar incorreta, se nada indica que houve o abandono e posterior adoção, descabe liberar dados relativos aos prontuários de todas as pessoas do sexo masculino nascidas no dia indicado pelo autor, que é pessoa portadora de sérios distúrbios psicológicos. 2. Ainda que se possa compreender o drama pessoal do autor e os seus profundos conflitos pessoais, ainda que se possa reconhecer o direito dele de conhecer a sua origem biológica, esse seu direito não pode ser exercitado como se não existissem outros direitos que também são albergados pela Carta Magna. 3. O direito da pessoa de vasculhar documentos de um hospital, a fim de colher dados para a investigação da sua origem biológica, é limitado pelo direito das demais pessoas, que nenhuma relação tem com ele, à inviolabilidade da própria intimidade, da sua vida privada, da sua honra e da sua imagem (art. 5º, inc. X, CFB). 4. O direito de acesso das pessoas a obtenção de informações de interesse particular está previsto na Carta Magna, que traz expressa ressalva aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, inc. XXXIII).<sup>83</sup>

Citamos a decisão abaixo por analogia, pois ela contém pertinente lição sobre a manutenção do sigilo de informações do cidadão:

Câmara Municipal. Exibição de documento – Sigilo constitucional. O cidadão tem direito às informações relativas à sua pessoa, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, mas desde que essas informações não tenham seu sigilo garantido pela Carta Magna, como é o caso do documento do qual teria originado o decreto legislativo. Assim, não pode a Câmara Municipal, por seu presidente ou por qualquer vereador ou funcionário, fornecer documentos sigilosos relativos à atuação legislativa, para instruir futura ação de indenização, ou sabe-se lá para que fim. Nem ao Poder Judiciário é lícito inmiscuir-se em assunto interna corporis do Legislativo para satisfazer pretensão pessoal. Não bastasse o impedimento constitucional ao deferimento do pedido, os incisos IV e V do artigo 363 Código de Processo Civil admitem ao terceiro a escusa à exibição de documento ou coisa “se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo” e “se subsistirem outros motivos graves que segundo o prudente arbítrio do Juiz, justifiquem a recusa da exibição”.<sup>84</sup>

Constata-se que a postura dos dirigentes de hospitais e demais estabelecimentos de saúde em não enviar cópia de prontuário a autoridades sem que tenha havido autorização do paciente é plenamente defensável e justificável do ponto de vista jurídico.

---

dor Carlos Rafael dos Santos Júnior, julgamento em 14.09.2007.

<sup>83</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 7001.1484110, Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgamento em 10.08.2005.

<sup>84</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 335.454-4/4, Relator Desembargador Sousa Lima, julgamento em 11.08.2004.

### **O sigilo do prontuário do paciente falecido**

O Código de Ética Médica<sup>85</sup> contém a seguinte disposição acerca da manutenção do segredo profissional constante do prontuário do paciente que vem a óbito:

É vedado ao médico:

Art. 73. 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.

Parágrafo único. Permanece essa proibição:

a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; [...]

A respeito dessa especificidade da norma aplicável ao caso em discussão abre-se outro enorme flanco para intermináveis discussões e confrontos entre os hospitais, familiares (filhos, pais, irmãos, cônjuges etc.) e autoridades, a partir das diferentes interpretações que cada um confere ao ordenamento jurídico, de acordo com seus interesses.

O Código Civil (Lei n. 10.406/02, art. 1.991) prevê a figura do inventariante, que é o administrador da herança do falecido, o que não quer dizer que, para o efeito aqui estudado, tenha ele a prerrogativa de zelar pelas informações constantes do prontuário do de *cujus*.

Alguns julgados se referem ao fato de que o “representante legal” do falecido tem direito de obter cópia do prontuário do finado para lhe dar a destinação que melhor lhe aprouver, inclusive a instrução de processos para recebimento de seguro de vida, pensão etc.<sup>86</sup>

Acontece que o Conselho Federal de Medicina (CFM) pensa diferente. Provocado pelo Conselho Regional de Medicina do Ceará para se manifestar sobre o assunto, decidiu o CFM pela orientação consistente na não liberação de cópia do prontuário do paciente falecido para seus familiares, em parecer assim ementado:

O prontuário médico de paciente falecido não deve ser liberado diretamente aos parentes do de cujus, sucessores ou não. O direito ao sigilo, garantido por lei ao paciente vivo, tem efeitos projetados para além da morte. A liberação do prontuário só deve ocorrer ante decisão judicial ou requisição do CFM ou de CRM.<sup>87</sup>

---

85 Resolução CFM n. 1.931/09.

86 Por amostragem: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação n. 2.0000.00.373487-6/000(1). Relator Desembargador Antônio Armando dos Anjos, julgamento em 22.10.2002.

87 Processo-Consulta CFM n. 4.384/07 – Parecer CFM n. 06/10. Relator Conselheiro Renato Moreira Fonseca. Julgamento em 05.02.2010.

Disponível em [http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2010/6\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2010/6_2010.htm), Acesso 1 mai 2012, 12h20.

O Conselho Federal de Medicina entendeu que

os direitos da personalidade são intransmissíveis, não cabendo cogitar, portanto, a transmissão sucessória de um direito personalíssimo como a intimidade e a vida privada” e que “em hipótese alguma deve o hospital ou o médico liberar o prontuário do paciente falecido a quem quer que seja somente pelo fato do requerente ser um parente do de cujus. O parentesco, por si só, não configura a “justa causa” a que se refere o artigo 102 do Código de Ética Médica. Deve-se considerar que, na verdade, em muitas vezes as pessoas que os pacientes menos desejam que saibam de suas intimidades são exatamente os parentes.”

Posto isso, havendo interesse na elucidação da responsabilidade médica, deve o caso ser levado ao Conselho Regional de Medicina onde a conduta médica foi praticada ou, dependendo do caso, à apreciação judicial que, em face de decisão específica, poderá exigir a apresentação do prontuário médico de um paciente falecido e a nomeação de um médico perito para o acesso e análise de seu conteúdo.

A personalidade cessa com a morte, mas os direitos personalíssimos persistem após o óbito. São protegidos os interesses de pessoas vivas em função da dignidade moral inserida no contexto de preservação das características da personalidade do ente falecido. Nesse sentido, dispõe o parágrafo único do artigo 12 do Código Civil brasileiro: “Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”. [...]

A partir dessas últimas considerações deve-se salientar que existem outras formas de o beneficiário do seguro obter informações sobre a causa do óbito, procurando os médicos que foram assistentes do de cujus, os quais irão esclarecer, no que lhes compete, as dúvidas da seguradora, sem que haja acesso direto ao prontuário ou entrega de cópias do mesmo aos sucessores.

Concluiu referido Conselho profissional que o prontuário do paciente falecido não deve ser liberado diretamente aos parentes do de *cujus*, sucessores ou não, e que a liberação apenas deve ocorrer a) por ordem judicial, para análise do perito nomeado em juízo ou b) por requisição do CFM ou de Conselho Regional de Medicina, conforme expresso no artigo 6º da Resolução CFM n. 1.605/00.

É essa a orientação em vigência e que deve ser respeitada pelos hospitais, apesar das constantes ameaças de autoridades que não nomeiam peritos comprometidos com a manutenção do segredo profissional para verificarem os prontuários e colher as informações de que necessitam. Ao invés, elas encaminham ofícios que obviamente não têm o condão de revogar a Constituição Federal e, por desconhecimento, ameaçam de processo por crime de desobediência os profissionais que insistem em manter o sigilo inerente ao prontuário do paciente. Trata-se de verdadeiro disparate à Constituição.

### **A quebra indiscriminada do sigilo do prontuário do paciente**

Há corrente jurisprudencial que defende que o segredo profissional não é

absoluto e entende pela possibilidade de quebra do sigilo profissional. Sustentam os pensadores dessa linha o elástico do conceito de “*justa causa*” para acrescentar no seu rol as ordens judiciais e administrativas perpetradas por meio de ofício expedidos pelas autoridades por meio dos quais elas solicitam o envio de cópia do prontuário do paciente para instruir seus procedimentos.

Eis exemplos de decisões judiciais nesse sentido:

Requisição de prontuário. Atendimento a cota ministerial. Investigação de “queda acidental”. Arts. 11, 102 e 105 do Código de Ética Médica. Quebra de sigilo profissional. Não verificação. O sigilo profissional não é absoluto, contém exceções, conforme depreende-se da leitura dos respectivos dispositivos do Código de Ética. A hipótese dos autos abrange as exceções, considerando que a requisição do prontuário médico foi feita pelo juízo, em atendimento à cota ministerial, visando apurar possível prática de crime contra a vida. Precedentes análogos.<sup>88</sup>

Processo Civil. Embargos de Declaração. Sigilo profissional. Omissões inexistentes.

1. É dever do profissional preservar a intimidade do seu cliente, silenciando quanto a informações que lhe chegaram por força da profissão.
2. O sigilo profissional sofre exceções, como as previstas para o profissional médico, no Código de Ética Médica (art. 102).
3. Hipótese dos autos em que o pedido da Justiça não enseja quebra de sigilo profissional, porque pedido o prontuário para saber da internação de um paciente e do período. [...] Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança.

1. Explicitado ficou no voto condutor que a entidade hospitalar não está obrigada a enviar à Justiça prontuários médicos.
2. O Tribunal disse, com clareza, que à vista do prontuário, preservados os dados sigilosos quanto à doença e ao tratamento realizado, todos os demais dados relativos à internação não estão ao abrigo do sigilo profissional.<sup>89</sup>

Mandado de Segurança. Sigilo profissional. Médico. Impetração do writ contra decisão judicial que requisitou a apresentação do prontuário de paciente. Inadmissibilidade. Documento que se mostra necessário à formação do convencimento do juiz e solução da lide.<sup>90</sup>

Sigilo profissional. Violação. Inocorrência. Recusa ao fornecimento de prontuário médico de paciente morto após cirurgia de redução do estômago com base em resolução do Conselho Federal de Medicina que veda este tipo de procedimento. Inadmissibilidade. Prova destinada a embasar investigação para apurar crime de ação penal pública incondicionada. Hipótese em que a requisição não se destina a revelar segredo da vítima, mas sim qual a rotina médica adotada no procedimento cirúrgico, com o fim específico

<sup>88</sup> Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança n. 11.453/ SP. 1999-0120187-0. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, julgamento em 17.06.2003.

<sup>89</sup> Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 14.134-CE, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgamento em 22.10.2002. Consta do acórdão: “O prontuário do paciente não pode ser devassado ou utilizado como meio de prova, se o que se pretende não é saber se houve erro médico ou outra causa legal neste sentido. A remessa não seria do prontuário do paciente e sim das informações nele contidas. É dever legal das entidades hospitalares, à vista das anotações contidas nos prontuários, fornecer certidão sobre os dados ali constantes, omitindo-se apenas as informações técnicas referentes ao nome da doença e ao tratamento prescrito.”

<sup>90</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. Revista dos Tribunais n. 821/237.

de se obter informações necessárias à elucidação da causa do óbito, sua autoria e se o médico responsável negligenciou na observância de regra técnica da profissão.<sup>91</sup>

O sigilo profissional não tem caráter absoluto, comportando relativo elastério. A quebra de sigilo pode ser imposta ao prudente arbítrio do juízo quando, em face à peculiaridade do caso, se vislumbra a existência de justa causa a autorizá-la.<sup>92</sup>

1- Para a exibição de documentos pela mantenedora do hospital onde falecido o marido da autora, não negada a óbvia existência deles em prontuário médico, não se faz mister a oitiva de testemunhas, incorrendo cerceamento de defesa pela ausência de momento para o apontado ato judicial. 2- Na forma disposta pelo art. 844, II, do CPC, a viúva do falecido tem direito e acesso aos documentos do prontuário ante justa causa - investigação da origem da morte do ponto de vista real - e, por isto, avalizável a decisão singular que determinou a exibição dos documentos. 3- Discussão, nesta fase cautelar, sobre existência ou não de culpa da direção do nosocômio ou dos médicos, tem-se por impertinente e descartável.<sup>93</sup>

Médico. Sigilo profissional. Violação. Inocorrência. Determinação judicial da entrega de prontuário médico de paciente. Admissibilidade, se fundada em justa causa e necessária à formação do livre convencimento do Juiz e ao justo equacionamento da lide. Interpretação do art. 154 do CP e do art. 339 do CPC.<sup>94</sup>

Apesar de as decisões serem interessantes e fazerem o contraponto em relação ao aqui defendido, seu conteúdo jurídico não é suficiente (e nem poderia) para afastar a aplicação da Constituição Federal de forma diferente da usual, pois sugere a sua interpretação de forma assistemática.

Infelizmente, essa situação de enfrentamento entre os hospitais, pacientes e autoridades, ao que tudo indica, se agravará mais ainda quando os projetos de lei que modificam o Código Brasileiro de Trânsito (CBT – Lei n. 9.503/97) e amplia os meios validados pela Lei Seca (Lei n. 11.705/08) para comprovar a embriaguez de motoristas, se transformarem em lei.<sup>95</sup>

O texto aprovado na Câmara dos Deputados dobra a multa para o condutor flagrado sob a influência de álcool ou de substância psicoativa e permite o uso de imagens ou vídeos para constatar a infração, além da oitiva de testemunhas e realização de exame clínico. Pretendem os parlamentares instituírem a chamada “tolerância zero”.

91 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Revista dos Tribunais n. 826/663.

92 Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação n. 1.0000.06.438104-9/000(1). Relator Desembargador Paulo Cezar Dias, julgamento em 08.08.2006.

93 Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação n. 2.0000.00.373487-6/000(1). Relator Desembargador Antônio Armando dos Anjos, julgamento em 22.10.2002.

94 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 3ª Câmara, Agravo de Instrumento n. 526199-00/3, Relator Juiz Milton Sanseverino, julgamento em 11.08.1998. Revista dos Tribunais n. 760/295.

95 Em 20 de dezembro de 2012 foi editada a Lei n. 12.760, que alterou a Lei n. 9.503/97.

Dentre as propostas em discussão nos projetos de lei, busca-se ampliar a redação do art. 306 da Lei n. 9.503/97 e incluir o seguinte texto:

§ 6º A caracterização do crime tipificado neste artigo poderá ser obtida:

I – mediante testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outros meios que, técnica ou cientificamente, permitam certificar o estado do condutor;

II – mediante prova testemunhal, imagens, vídeos ou a produção de quaisquer outras provas em direito admitidas.<sup>96</sup>

Outra alteração que o Congresso Nacional pretende instituir é a modificação da redação do artigo 277 do Código Brasileiro de Trânsito, sendo que o texto que está em discussão tem o seguinte teor:

Art. 277. 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, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.<sup>97</sup>

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<sup>98</sup> e não autorizarão o envio de cópia dos resultados para terceiros.

Não é difícil imaginar que, mais uma vez, 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.

<sup>96</sup> Projeto de Lei n. 2.788/11, do Senado Federal.

<sup>97</sup> Projeto de Lei n. 5.607/09, cuja redação final dada Pela Câmara dos Deputados foi enviada ao Senado Federal por meio do Ofício n. 156/12/PS-GSE, em 13.04.2012.

<sup>98</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) - (Pacto de San José da Costa Rica) - "Art. 8º - Garantias judiciais: 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) (9) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada". No Brasil, a alínea "g" (ou item 9) é interpretada extensiva e exegeticamente, de forma a chegar-se à conclusão de que "ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo". O direito de permanecer em silêncio está previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal brasileira.

### **A indevida relativização do acesso ao sigilo contido no prontuário do paciente**

O Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, abordando o sigilo profissional, considerou que “são poucas as situações em que a revelação do segredo médico é permitida: crimes que não impliquem processo criminal contra o paciente; notificação compulsória de doenças transmissíveis (lei nº 6.259/1975); comunicação de morte materna (portaria n. 653 do Ministério da Saúde); atuação do médico como perito judicial; declaração de nascimento e de óbito; comunicação de maus-tratos em menores; notificação de violência contra a mulher (lei nº 10.778/2003).”<sup>99</sup>

É inegável que o prontuário de qualquer paciente contém informações acerca de seus hábitos alimentares e procedimentais em relação à vida, compleição física, quadro clínico, estado emocional e uma série de outros dados que dizem respeito única e exclusivamente a ele. O prontuário resulta das confidências que são feitas pelo paciente e percebidas e descobertas pelo médico no decorrer do tratamento, em virtude da prestação de serviços (consulta, atendimento etc.) que lhe é destinada.

É indiscutível que a Constituição Federal (art. 5º, X) protege as informações que constam dos prontuários de terceiros, sendo que cabe aos hospitais a sua guarda, por mandamento da Resolução CFM n. 1.638/02.

Não há possibilidade de intromissão externa e a ninguém é dado o direito de intrometer-se na vida alheia ou ter informações de relação travada entre os profissionais e estabelecimentos de saúde e os pacientes, menosprezando-se o direito fundamental do cidadão à privacidade e a intimidade, o que se daria caso o prontuário pudesse ser acessado por terceiros sem autorização do paciente. Incluem-se dentro da categoria de “ninguém” as autoridades em geral, inclusive as judiciárias.

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 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.

É crível que as informações contidas no prontuário dos pacientes são mais

<sup>99</sup> Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal. Prontuário médico do paciente: guia para uso prático. Brasília: Conselho Regional de Medicina, 2006, p. 23.

reveladoras da sua intimidade do que se escrever “conforme decisão judicial” numa carteira de trabalho. Não se pretende, obviamente, comparar esses direitos. Mas não se pode ignorar que se o sigilo dos dados bancários dos cidadãos, por exemplo, são mais protegidos do que as informações contidas no prontuário de pacientes.

O recente episódio envolvendo o “Carlinhos Cachoeira”, acusado de chefiar uma rede de jogos ilegais, mostrou que o ministro Ricardo Lewandowski, do STF, liberou o acesso do Conselho de Ética do Senado e da Corregedoria da Casa aos documentos que fazem parte das operações Monte Carlo e Vegas, da Polícia Federal, que investiga o próprio e sua ligação com o senador Demóstenes Torres, alguns deputados e outros agentes públicos. Anteriormente e antes da instalação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito pelo Congresso Nacional, o ministro havia negado pedido feito pela Comissão de Ética do Senado neste mesmo sentido.<sup>100</sup>

Ora, se informações acerca de eventuais negociatas corruptas são protegidas com tanto esmero pelo Supremo Tribunal Federal, por que 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 quando ele se recusou a enviar cópia dos documentos que solicitou?

Por que os diretores de hospitais são ameaçados de processo quando protegem documentos que contêm informações mais importantes do que simples relacionamentos aparentemente corruptos entre pessoas?

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?<sup>101</sup>

---

100 <http://br.reuters.com/article/topNews/idBRSPE83Q08620120427>, jornalista Ana Flor, reportagem de 27.04.2012, acesso em 29 abr 2012, 10h56.

101 O jornal do Conselho Federal de Medicina de fevereiro de 2008, que tratou de “Privacidade, confidencialidade e sigilo” médico informou na página 3 que, “Para Diaulas Ribeiro, promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal, deve haver uma flexibilização a respeito do sigilo médico. Ele acredita não existir razão para se falar em sigilo médico quando o paciente é vítima e que o direito ao sigilo termina com a morte. O Código de Ética Médica, ao contrário, diz que mesmo que o fato seja público e mesmo que o paciente esteja morto, o sigilo deve ser preservado.”

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 de todos os dispositivos legais acima mencionados. Não há dolo<sup>102</sup> específico dos gestores de hospitais em desrespeitar qualquer ordem de autoridades, inclusive judiciais, o que, por si só, afasta a configuração do crime de desobediência, diante da atipicidade de conduta.<sup>103</sup>

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.

## Conclusão

A revelação do segredo<sup>104 105</sup> contido no prontuário do paciente sem sua au-

---

102 O magistrado Jurandir Sebastião assim se manifestou a respeito do assunto: “Obviamente que o dever de preservar o sigilo nada tem a ver (com) a obrigação de notificar as doenças contagiosas listadas e as decorrentes do trabalho, previstas no art. 169 da CLT. O delito de “quebra de sigilo”, para sua tipificação penal, exige conduta consciente do agente (dolo direto ou eventual), pela divulgação do fato pessoal colhido no exercício da profissão. Entretanto, é necessário que produza ou possa produzir dano ou constrangimento ao paciente. Uma coisa é a eventual divulgação de, por exemplo, uma cirurgia para apendicite, que nenhum constrangimento possa levar ao paciente, outra, muito diferente, será a de correção de disfunção erétil, como de tratamento de frigidez, para a mulher e seu marido; ou, ainda, qualquer doença grave, contagiosa ou não. O que conta, no plano criminal, é a importância que o paciente dá ou possa dar à divulgação. Daí porque esse delito pende de provocação (representação) da vítima para que tenha início o processo punitivo.” SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica: civil, criminal e ética. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 212.

103 Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Petição n. 45.419-DF (96.01.45419-5), Relatora Eliana Calmon, julgamento em 15/10/1998. “Processo civil - Crime de desobediência: Atipicidade de conduta. 1. Os Secretários de Estado, no cometimento de crimes de competência da Justiça Federal, devem ser processados e julgados pelos Tribunais Federais (precedentes da Corte). 2. Atipicidade de conduta por inexistência de dolo ou culpa quanto ao não-cumprimento da ordem judicial. 3. Investigação arquivada.”

104 Tribunal de Justiça de São Paulo, Habeas Corpus, Relator Desembargador Márcio Bonilha, Revista dos Tribunais n. 515:316. “O dever de guardar segredo profissional é absoluto. O que a lei proíbe é a revelação ilegal, a que tenha por móvel a simples leviandade, a jactância, a maldade.” BITENCOURT, Cezar Roberto. ob. cit. p. 651.

105 “Segredo é algo que não deve ser revelado, sendo necessária a preservação do sigilo, não podendo sair da esfera da privacidade pessoal. É indispensável que o documento contenha um segredo cuja revelação tenha idoneidade para produzir dano a alguém. Logo, a simples chancela de ‘segredo’ ou ‘confidencial’ que determinados documentos recebem não é suficiente para caracterizar o documento secreto ou a correspondência confidencial, definida neste tipo penal (art. 153, CP). O sigilo, ademais, deve recair sobre o conteúdo da correspondência ou documento e não sob o seu aspecto formal. Assim, documentos ou correspondências irrelevantes, inócuos ou, por qualquer razão, incapazes de produzir dano ao sujeito passivo não são objeto da proteção legal do art. 153 (CP). No entanto, isso não significa que, enquanto correspondências, não tenham proteção legal, pois a inviolabilidade do seu sigilo continua bem jurídico penalmente protegido, mas já então à luz do art. 151 (CP).” BITENCOURT, Cezar Roberto. ob. cit. p. 642.

torização<sup>106 107</sup> expressa poderá ensejar condenação consistente no pagamento de indenização por dano moral e eventualmente patrimonial do profissional e/ou do estabelecimento de saúde que mostrou indevidamente o seu conteúdo.<sup>108 109 110</sup>

O assunto é árduo e há enorme descompasso entre a teoria e a prática, o que invariavelmente coloca os profissionais e os estabelecimentos de saúde em xeque no confronto com as autoridades, que têm o poder de mandar prender os primeiros, inclusive.

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, pelos herdeiros, pela viúva, pelos filhos, pelo Promotor de Justiça, pelo Delegado de Polícia, pelo Juiz de Direito, pelo Desembargador ou por quem quer que seja.<sup>111</sup>

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

106 “Tratando-se de bem jurídico disponível, o consentimento do ofendido exclui a adequação típica da conduta de revelar segredos profissionais. O consentimento (do paciente) afasta a elementar “sem justa causa”.” BITENCOURT, Cezar Roberto. ob. cit. p. 649.

107 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 52.774/05, Relator Desembargador Maldonado de Carvalho.

108 “Trata-se de hipótese de responsabilidade objetiva, porquanto a norma não prevê conduta para que haja o dever de indenizar.” NERY JUNIOR, Nelson. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

109 “Assim, o conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudos etc.” MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2006. p. 225.

110 “Intimidade e privacidade são sinônimos e devem ser considerados valores humanos supremos, conexos ao direito de ficar tranquilo, em paz, de estar só. O que se busca tutelar são o segredo e a liberdade da vida privada. Sem sigilo ninguém pode desenvolver-se intelectualmente, pois nem sempre a divulgação e a investigação são benéficas ao homem (Pierre Kayser). (...) Logo, vida privada é a mesma coisa que vida íntima ou vida interior, sendo inviolável, nos termos da Constituição. É o contrário da vida exterior. (...) A honra, portanto, é o sentimento de temor do demérito em face da opinião pública. (...) A imagem física é o bem inviolável que reflete os aspectos materiais do indivíduo. (...) O dano estético é o sofrimento moral decorrente de ofensas endereçadas à integridade física. Trata-se da lesão permanente que atinge a beleza do ser humano, comprometendo a harmonia das suas formas externas, enfeitando-lhe e causando-lhe humilhação, vergonha, desgosto, mal-estar, tristeza. Por isso, equipara-se ao dano moral para fins de indenização.” BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 146/149.

111 TEIXEIRA, Josenir. O sigilo do prontuário é para valer? São Paulo: Revista Notícias Hospitalares n. 65, ano 7, nov/dez/jan de 2011, p. 34 a 36.

desavisadas.

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 responder por ação de dano moral.

O paciente que procura o urologista, o ginecologista, o psicólogo, o psiquiatra ou qualquer outro médico expõe intimidades e conta-lhes coisas que não exteriorizaria 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 para a sua saúde.

E se os pacientes assim passassem a agir é possível acontecerem 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.

Tal qual qualquer pessoa, as autoridades são obrigadas a respeitar a legislação. O fato de ser autoridade não dá a ela 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 os 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.

Cabe ao Estado provar a autoria de crime praticado pelas pessoas. 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.

### **Referências**

- BACELAR, Simônides. *Jornal do Cremesp*. A palavra mais certa. Setembro 2006, p. 3.
- BACELAR, Simônides. Wanderley Macedo de Almeida e Glória Maria Andrade, Falhas e dúvidas comuns no uso do Prontuário Médico do paciente, *Brasília Med* 2002; 39(1/4).
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal. *Prontuário médico do paciente: guia para uso prático*. Brasília: Conselho Regional de Medicina, 2006.

- BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 146/149.
- DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ÉPOCA, revista. Editora Globo, ed. n. 680, páginas 62 a 67.
- FRANCO, Paulo Alves. Estatuto do Idoso Anotado. Leme: LED Editora de Direito, 2004.
- Jornal do Conselho Federal de Medicina, editorial de fevereiro de 2008, “Privacidade, confidencialidade e sigilo”, página 7
- MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAES, Irany Novah. Erro Médico e a lei. São Paulo: LEJUS, 1998.
- NERY JUNIOR, Nelson. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- Revista dos Tribunais.
- ROSAS, Cristiano Fernando. Revista Ética Médica, CREMESP, 1988, p. 144/150.
- SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica: civil, criminal e ética. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TAVARES, José de Farias. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- TEIXEIRA, Josenir. O sigilo do prontuário é para valer? São Paulo: Revista Notícias Hospitalares n. 65, ano 7, nov/dez/jan de 2011.
- TEIXEIRA, Josenir. Prontuário do Paciente – Aspectos Jurídicos. Goiânia: AB Editora, 2008.

### 3.3 - Grande, pesado e sensível: reflexões jurídicas

#### Sobre

Publicado no site  
www.empreedersaude.  
com.br  
em fevereiro de 2015.

Na recepção de um hospital, um Juiz de Direito, acompanhante da paciente, se insurgiu contra cláusulas do contrato de prestação de serviços que lhe foi apresentado para assinatura.

Ele queria fazer mudanças no documento padrão criado para regular aquela situação jurídica. Ele deu “carteirada” para exigir a realização das mudanças na hora, porque senão não assinaria o instrumento.

Como a internação do seu parente era eletiva, informamos que ele deveria procurar outro hospital, pois o contrato não seria alterado. Diante das ponderações do advogado, chamado a mediar o entrevero, ele se acalmou e assinou o documento, a contragosto.

O contrato que rege a internação dos pacientes em estabelecimentos de saúde deve prever diversas hipóteses, diante da dinâmica e imprevisibilidade dos acontecimentos que podem suceder em tais situações.

A reunião dessas hipóteses produz documento extenso por causa do nosso enorme e variado ambiente jurídico e da ambiguidade e contradição entre as normas.

Temas como consentimento informado, autonomia de escolha de tratamentos, transfusão de sangue, ortotanásia, sigilo do prontuário, transferência, relações hospital/médico/paciente, amputação de membros, furto de objetos, alta a pedido, estacionamento, falsidade ideológica, restrição a visitas, preço, multas, juros, arbitragem e acionamento do Poder Judiciário devem ser tratados no contrato, mesmo que

de maneira superficial.

Observa-se da lista acima que a relação jurídica firmada entre os atores da relação jurídica possui diversas vertentes e variáveis que não raramente provocam conflitos entre os pacientes, seus acompanhantes e os prepostos dos hospitais, até em razão do acirramento dos ânimos natural dos momentos aflitivos pelos quais a família se submete naquela situação inusual.

Os estabelecimentos de saúde necessitam de profissionais bem preparados técnica e emocionalmente para lidar com diversas situações, inclusive a acima relatada, o que atrai a obrigatoriedade de sua capacitação multiprofissional constante, em razão da rápida evolução e diversificação de direitos pelos cidadãos e da dificuldade da sua positivação temporal rápida pelo legislador.

A melhor forma de prevenir desgastes e litígios é o conhecimento dos limites de direitos e dos contornos dos deveres que cada um de nós temos, enquanto compartilhadores da mesma sociedade.

### 3.4 - O hospital paga pelo erro do médico?

#### Sobre

Publicado em Enfoque Jurídico n. 1, edição especial médicos, maio/2005, p.1.

O hospital é pessoa jurídica. Sua existência é fictícia. Ele não realiza cirurgia. Quem faz o atendimento ou pratica o ato cirúrgico é o médico.

Os médicos trabalham nos hospitais sob diversas formas: podem ser autônomos, sócios de pessoa jurídica, cooperados, meros utilizadores do centro cirúrgico e, mais raramente, empregados (celetistas).

Quando eles são empregados e ocorre um dano ao paciente, provocado por atitude culposa de sua parte, o hospital pagará a condenação advinda de processo judicial, pois o Código Civil prevê que o empregador é responsável pela reparação civil dos danos cometidos pelos seus empregados no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele.

O problema surge quando o médico não é empregado do hospital, o que ocorre na quase totalidade dos casos.

Adianta o hospital escrever no contrato que for assinado com a pessoa jurídica do médico que, se ocorrer “erro médico”, quem responderá por ele será a sua empresa? E se o “erro” for cometido por médico que nem sócio for da pessoa jurídica e que foi apenas substituir um colega naquele dia?

Há decisões judiciais para todos os gostos: a) as que consideram que “o hospital é solidariamente responsável com o médico” e b) as que reconhecem a validade do contrato entre o hospital e a empresa do médico e condenam só a última, hipótese cada vez mais rara.

Existem decisões que consideram irrelevante o fato de o médico não manter relação formal com o hospital, como os autônomos, por exemplo. Julgam que o hospital, por desenvolver atividade lucrativa e de alto risco, deve responder pelos danos dela decorrentes. Consideram que o hospital não é um mero locador de espaços ou equipamentos, pois ele fornece pessoal, medicamentos, alimentação, limpeza, vigilância e outros, que são pagos pelo paciente (ou pelo convênio) para atingir seu fim, que é a assistência à saúde.

Em qualquer hipótese, o hospital poderá cobrar eventual prejuízo financeiro diretamente do médico que o causou, por meio da chamada “ação de regresso”.

O hospital paga a condenação, mas depois cobra o que pagou do médico.

## 3.5 - Prontuário do paciente (entrevista)

### Sobre

Publicado pelo site [www.portaldafenmagem.com.br](http://www.portaldafenmagem.com.br) em 20.12.2010.  
Disponível em [http://www.portaldafenmagem.com.br/entrevistas\\_read.asp?id=50](http://www.portaldafenmagem.com.br/entrevistas_read.asp?id=50)

A origem do que hoje conhecemos como Prontuário do Paciente se deu nos Estados Unidos, em Minnesota, por volta de 1880. Foi o cirurgião William Mayo, da Clínica Mayo, que observou que a maioria dos médicos mantinha anotações dos pacientes de forma cronológica.

Entre 1913 e 1918, o Colégio Americano de Cirurgiões estabeleceu os “Padrões Mínimos de Assistência Hospitalar” a serem alcançados pelos hospitais que pretendessem a sua aprovação. O preenchimento do prontuário era uma das exigências.

No Brasil, o primeiro hospital a implantar o serviço foi o Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo, em 1943. O segundo hospital brasileiro a implantar o Serviço de Arquivo Médico e Estatística, responsável por coordenar as ações e documentos do Prontuário, foi a Santa Casa de Santos, 1945. O terceiro foi o Hospital dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro.

De lá para cá, a forma como se compõe o Prontuário e o método para o seu preenchimento se adaptaram às exigências legais, princípios norteadores da qualidade. Um dos fatos que merece grande destaque, sem dúvida, é a percepção de que o Prontuário é do paciente e não da equipe de saúde.

Para explicar as finalidades do Prontuário do paciente, sua regulamentação, quem tem direito ao acesso e demais questões legais, o Portal da Enfermagem conversou com o advogado **Josenir Teixeira**, Mestre em Direito, especialista em Saúde e Terceiro Setor, que explica, inclusive, as informações que devem constar neste documento e quais cuidados a equipe de saúde deve ter ao realizar os registros.

### **Quais são as principais finalidades do Prontuário, o que ele assegura para o paciente, hospital e equipe de saúde?**

O Prontuário do Paciente possui várias finalidades. Cito as principais:

1. Registro da assistência profissional disponibilizada pela equipe multidisciplinar de uma instituição de saúde ao paciente;

2. Ganho de tempo na identificação da evolução do paciente, a partir de registros claros, precisos e cronológicos;

3. Apoio diagnóstico aos profissionais que atendem o paciente, possibilitando dar-lhes maior segurança no estabelecimento do diagnóstico e da terapêutica a ser empregada.

4. Estatística – do Prontuário do Paciente se extraem as mais diversas informações de interesse do paciente, dos profissionais e da ciência da saúde.

5. Cobrança - é no Prontuário do Paciente que estão prescritas todas as medicações e utilização de materiais que deverão ser cobrados do paciente, dos convênios ou do Poder Público.

6. Defesa – infelizmente, talvez esta finalidade seja a mais importante hoje, quando profissionais e estabelecimentos de saúde são acionados por pacientes insatisfeitos com o resultado do seu atendimento. Será o Prontuário do Paciente o único documento sobre o qual se debruçarão os operadores do Direito (advogado, delegado, promotor de justiça, juízes, desembargadores etc.) e outros profissionais para analisar se a conduta adotada pelos profissionais de saúde foi (ou era) compatível com o quadro clínico apresentado e com o tratamento dispensado. Desta análise é que se chegará à conclusão da ocorrência ou não de um “erro” profissional, que poderá ser punido administrativa, ética, penal e civilmente.

7. Pesquisas científicas e de ensino – é com base nas informações técnicas constantes do Prontuário do Paciente que se colherão subsídios que servirão de estudos para constituir a base do progresso científico e de descobertas.

8. Informações epidemiológicas – é o Prontuário do Paciente que contém informações que orienta a sociedade no controle de epidemias.

9. Eficiência dos profissionais – podemos constatar a competência, deficiência ou eficiência dos profissionais da saúde pela análise das informações constantes do Prontuário do Paciente.

10. Meio de comunicação – é o Prontuário do Paciente o documento que deve servir de meio de comunicação entre as equipes multidisciplinares que atuam em prol do paciente.

11. Elaboração de relatórios e atestados – é a partir das informações constan-

tes de tal documento que é possível elaborar relatórios e emitir atestados sobre a situação do paciente.

### **Como é constituído o Prontuário?**

A definição de Prontuário do Paciente, constante da Resolução CFM 1.638/02, nos dá subsídios para responder a pergunta. O Conselho Federal de Medicina (CFM) conceitua o Prontuário como sendo o documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre os membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo.

O prontuário deve ser composto por um conjunto de informações obtidas a partir da observação técnica do paciente e deve ser montado de maneira organizada que permita que elas sejam utilizadas, revistas e revisitadas pela equipe multiprofissional sempre que for necessário.

### **Quais informações precisam estar relacionadas no prontuário?**

Todas as que disserem respeito ao paciente. O conceito de prontuário nos diz que tal documento é um “conjunto de informações, sinais e imagens geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada.”

Portanto, todas as informações relativas ao paciente e ao processo de cuidar dele devem estar escritas no prontuário, de forma legível, obviamente. Ênfase a importância de o profissional que atuar no atendimento do paciente assinar abaixo da descrição do seu ato e se identificar com o nome completo, data e horário e número de inscrição no Conselho Profissional.

### **Fale um pouco sobre os aspectos éticos e legais do preenchimento, manuseio e com relação a cópias dos prontuários do paciente.**

A elaboração do prontuário tem um objetivo: possibilitar o entendimento do que acontece com o paciente. Não é o profissional que escolhe ou define o que ele deve escrever no prontuário. Quem diz qual informação deve estar escrita no prontuário é a legislação. Há leis, decretos, resoluções e uma série de normas legais, de observância obrigatória, que determinam o que os profissionais da saúde devem escrever no prontuário e de que forma tais informações precisam

estar lá registradas. Então, a primeira coisa a ser feita pelos profissionais ou estabelecimentos de saúde é conhecer as normas legais que interferem diretamente no seu trabalho, determinando quando, como e de que forma o serviço deve ser executado. Infelizmente, nem sempre é assim que o processo de registro das informações se inicia.

Os aspectos éticos e legais serão analisados, confrontados e fiscalizados por uma autoridade. Pode ser do Conselho ao qual o profissional pertence, do Judiciário, do Executivo e por aí vai. E as autoridades terão como parâmetro, na análise do prontuário, a legislação que determina os procedimentos a serem adotados em relação a ele. Se a autoridade constatar que o prontuário foi preenchido de forma diferente do que as normas legais determinam, obviamente que ela será obrigada a aplicar as punições que a legislação prevê ao profissional que agiu em desconformidade com o determinado. Portanto, a obtenção de conhecimento acerca das normas legais que se referem ao prontuário é o primeiro passo para evitar problemas de qualquer ordem e trazer segurança ao paciente, a partir das informações completas que os profissionais devem escrever em tal documento.

O prontuário só deve ser manuseado por profissionais da saúde que estejam obrigados a manter o sigilo das informações ali constantes, conforme determinam os respectivos Códigos de Ética de cada categoria.

O paciente tem o direito de ter cópia do seu prontuário quando quiser, diretamente ou por meio de um parente ou advogado, desde que autorize por escrito tais pessoas a ter acesso ao documento. No caso de óbito do paciente inexistirá a autorização para o acesso de terceiros à cópia do paciente. Neste caso, ninguém terá direito a obter a cópia do prontuário. Eu disse ninguém, ou seja, nenhum parente. Nem a viúva, o beneficiário, o filho, a mãe ou o amante. Ninguém. Nenhuma autoridade, seja ela qual for, terá direito de pedir a cópia do prontuário do paciente. Nenhuma. Caso a autoridade necessite de informações constantes do prontuário, ela deverá nomear perito (profissional da saúde: médico, enfermeiro etc.) para colher as informações diretamente no documento, pois tal profissional também é obrigado a manter o sigilo das informações constantes do prontuário.

### **Os convênios e as operadoras de saúde podem solicitar o prontuário do paciente?**

A via original do prontuário do paciente nunca poderá sair das dependências do estabelecimento de saúde. Por nenhum motivo. Sob qualquer hipótese. Somente o profissional de saúde poderá ter acesso ao prontuário, pois ele estará

obrigado a manter o sigilo das informações a que tiver acesso.

Se o convênio ou a operadora de saúde disponibilizar profissionais da saúde para analisar os prontuários, os estabelecimentos de saúde não terão argumentos para impedir tal prática, pois tais prepostos estão sujeitos à manutenção do sigilo das informações.

Os estabelecimentos devem evitar mandar cópia do prontuário para os convênios, pois nem sempre as pessoas que irão manuseá-lo serão profissionais da saúde, o que coloca em risco as informações constantes de tal documento.

Porém, sabemos que, na prática, a teoria é outra. Na maioria dos casos, os estabelecimentos de saúde mandam as cópias a quem quer que as solicite. É um risco que eles estão assumindo e que podem ser obrigados a responder por eventual publicidade que o documento tiver.

O prontuário fica arquivado nos estabelecimentos de saúde, sendo que a administração destes é quem dirige seus destinos. Portanto, qualquer pedido, de qualquer ordem, deve ser dirigido à Diretoria Administrativa do estabelecimento, que distribuirá a responsabilidade a quem de direito.

### **Quais cuidados devem ser tomados em relação ao Prontuário?**

O prontuário não deve ser rasurado. As informações devem ser escritas em ordem cronológica, com clareza de raciocínio, contextualizadas e com letra legível. As informações devem ser anotadas a partir da observação que o profissional fizer e constatar no momento de atender e cuidar do paciente.

### **Por quanto tempo o prontuário deve ficar arquivado? E a qual departamento fica esta responsabilidade?**

O prontuário deve ficar arquivado por 20 anos a contar do último atendimento do paciente, se for confeccionado em papel. Se ele for elaborado em meio eletrônico ele deve ficar arquivado em caráter permanente, ou seja, para sempre.

O departamento que ficará responsável pelo arquivamento do prontuário será aquele determinado pela Diretoria Administrativa do estabelecimento de saúde, sendo normalmente o SPP (Serviço de Prontuário do Paciente).

### **Como está a evolução do Prontuário Eletrônico?**

Desde 1993, pelo menos, é possível utilizar a forma eletrônica de elaboração do prontuário do paciente. Prontuário Eletrônico é totalmente diferente da digitação do prontuário em terminal de computador e impressão da respectiva

folha. Neste caso, estamos falando de prontuário em papel, pois apenas houve a impressão das informações digitadas. Prontuário Eletrônico não é isso. Prontuário Eletrônico é o processo de elaboração do prontuário sem a utilização de papel em nenhum momento, com armazenamento das informações diretamente no software, podendo elas ser acessadas somente por meio de senha pessoal em monitores ligados ao sistema.

A complexidade técnica exigida pelo software foi um dos grandes entraves que impediu a sua utilização. Outro enorme problema ainda é o custo deste sistema, que é altíssimo. Os órgãos responsáveis pela liberação da utilização de software, ou seja, CFM (Conselho Federal de Medicina) e SBIS (Sociedade Brasileira de Informática em Saúde) demoraram muito para certificar os sistemas que poderiam ser utilizados pelos estabelecimentos de saúde. Somente em novembro de 2009, há um ano, é que houve a primeira certificação. Até agora existem apenas cinco softwares certificados, sendo eles os únicos que podem ser utilizados para a elaboração do prontuário na forma eletrônica.

### **Qual é a legislação que trata de Prontuário do Paciente?**

São várias as normas jurídicas que dizem respeito ou se aplicam ao tema Prontuário do Paciente, direta ou indiretamente. Por exemplo: Resoluções do CFM (Conselho Federal de Medicina) n.ºs. 1.605/02, 1.638/02, 1.821/07, 1.931/09 etc.; Resolução Cremesp n.º 70/95; Resoluções Cofen n.ºs. 272/02, 311/07. Decisão DIR/001/2000 do Coren/SP; Constituição Federal; Leis federais n.ºs. 2.604/55, 7.498/86, 8.069/90 (ECA); Decretos federais n.ºs. 50.387/61, 94.406/87; Leis estaduais (SP) n.ºs. 10.083/98 e 10.241/99; Lei municipal (SP) n.º 13.725/04 e várias outras.

### **Você escreveu o livro “Prontuário do Paciente: aspectos jurídicos”. Qual a importância dessa obra e o que ela poderá nortear à enfermagem?**

O livro é um auxílio, pois o profissional da enfermagem tem reunidas informações importantes que dizem respeito diretamente ao exercício da sua profissão. O livro traz mais de 70 decisões judiciais a respeito de situações que envolvem o assunto prontuário do paciente e retratam acontecimentos que verificamos no nosso dia a dia. A partir da sua leitura fica mais fácil visualizar a importância de atuar e preencher o prontuário com cuidado, pois a não adoção de tal prática pode atingir o bolso e a sua situação profissional perante ao Conselho Regional, que pode puni-lo inclusive com a cassação do direito de exercer a enfermagem,

caso ele cometa algum deslize. Está disponível em [www.abeditora.com.br](http://www.abeditora.com.br).

### **Comentários**

28/12/2010 - Alex Marques, São Paulo-SP

O tema, apesar de bastante complexo e importante, foi tratado de maneira clara, objetiva e esclarecedora. Parabéns! Pena que informações como estas não chegam a todos os profissionais de saúde que manipulam o prontuário do paciente.

23/12/2010 - Eloiza Sales Correia , Brasília-DF

Adorei a entrevista, muito boa e esclarecedora. Só gostaria de saber um exemplo de cassação, devido a erros ou infrações cometidas pelo profissional de enfermagem que leve a ele a penalidade tão grave. Grata Eloiza

23/12/2010 - Solange Carneiro Antonelli, Belém-PA

Muito bom! Imprimi para levar em reunião de avaliação de prontuários. Vou recomendar a colegas.

22/12/2010 - Gláucia Almeida, Campinas-SP

Entrevista muito importante! Ministramos palestras sobre registros de enfermagem, nas quais enfatizamos muito o prontuário, porém atingimos uma porcentagem pequena da população enfermagem. Espero que muitos profissionais acessem a entrevista e desta forma cascateiem as informações para que nossos clientes tenham uma assistência com a qualidade e legalidade que merecem. Parabéns Doutor!



### 3.6 - Vigie o paciente

#### Sobre

Publicado no Indicador Jurídico n. 6.

A partir do momento em que o profissional médico (ou da área da saúde em geral) ou o hospital passa a ter determinada pessoa como paciente (pessoa que padece ou está doente), ou seja, sob seus cuidados, deve-se passar a vigiá-lo de forma eficaz.

Isso porque, caso ocorra algum evento com ele por conta da falta de vigilância do profissional ou do hospital, estes poderão ser responsabilizados civilmente pelo acontecido. É o que se chama tecnicamente em Direito como culpa *in vigilando*.

Culpa é o erro (ou a falta) cometido por inadvertência ou imprudência. Como define *De Plácido e Silva*, “*é a violação de um dever preexistente, não praticado por má-fé ou com a intenção de causar prejuízos aos direitos ou ao patrimônio de outrem*”. Culpa é a antítese do dolo, pois este é caracterizado pela vontade consciente (o querer) de causar prejuízo a alguém.

A modalidade *in vigilando* da culpa caracteriza-se pela falta de vigilância (ou atenção) que determinada pessoa deveria ter em relação a alguém ou alguma coisa e que, por conta disso, ocorreu um prejuízo.

Ao profissional da saúde, a vigilância em relação ao paciente (não internado) é mais difícil de se efetivar, pois o contato entre eles restringe-se, na maioria das vezes, às consultas ambulatoriais ou em consultório. De qualquer maneira, o profissional deverá ficar atento e, principalmente, anotar (de forma legível) no seu prontuário as mudanças ou eventuais resistências ao tratamento ministrado, visando defender-se de eventual questionamento infundado.

No que diz respeito ao paciente internado, a vigilância deve ser redobrada, principalmente por conta do estabelecimento hospitalar ou clínica que o recebe. Isso porque o

paciente internado está acobertado pela chamada “cláusula de incolumidade”, que quer dizer que o enfermo deve ser mantido livre de qualquer perigo, são e salvo, intato, ileso e bem conservado pelo estabelecimento.

E esta incolumidade é ampla. Todo e qualquer acidente que o paciente sofrer será culpa do hospital (e de seus prepostos), salvo se o estabelecimento provar que não houve culpa por parte de seu pessoal, o que na prática não é muito fácil, pois, se ocorreu um dano, supõe-se que houve inadimplemento do dever de vigilância.

Os tribunais estão recheados de exemplos desta culpa. Há casos de quedas sofridas pelos pacientes da maca ou do leito, por falta de cuidado do enfermeiro ou serviçal; suicídios ou tentativas de suicídio cometidos pelos internos com distúrbios mentais; fuga de pacientes do hospital, que acabam se acidentando fora das dependências do estabelecimento; morte de um paciente pelo outro colega de quarto, enfim, as possibilidades de responsabilização são vastíssimas. Neste casos, os estabelecimentos responderão civilmente (como empregadores) por culpa presumida de seus prepostos (ou empregados).

Os casos, às vezes, são complexos. A revista COAD nos traz o exemplo de um paciente que, já recuperado de problemas gastrointestinais, fica ansioso por deixar o hospital e opta por não esperar a alta médica. Prefere sair furtivamente pela janela do prédio. Chega ao telhado, escorrega, cai e morre. De quem é a culpa neste caso? Do hospital que não vigiou devidamente seu paciente, impedindo-o de sair pela janela do quarto ou do próprio enfermo, que preferiu tomar a atitude de sair do hospital pelo telhado? Os Desembargadores que julgaram este caso não foram unânimes na decisão. Um deles afirmou que a culpa era do hospital, mas a maioria decidiu que o hospital não era responsável.

Convém transcrevermos parte do voto (vencido) do Desembargador que condenou o hospital a indenizar a família do paciente para que possamos pensar, tirar lições e ver como é feito o exercício de inteligência deste tipo de questão pelo Judiciário, visando aclarar o vasto alcance do dever de vigiar o paciente. Atente, caro leitor, para as várias vertentes envolvidas num caso deste.

Afirmou o Desembargador:

Ocorre que não se pode falar em culpa exclusiva da vítima ou de outrem. O paciente estava agitado, andava de um lado para outro no corredor e ‘não agüentava ficar no quarto’. Encontrava-se internado em uma enfermaria, com outros pacientes, um recinto sujeito a ampla fiscalização.

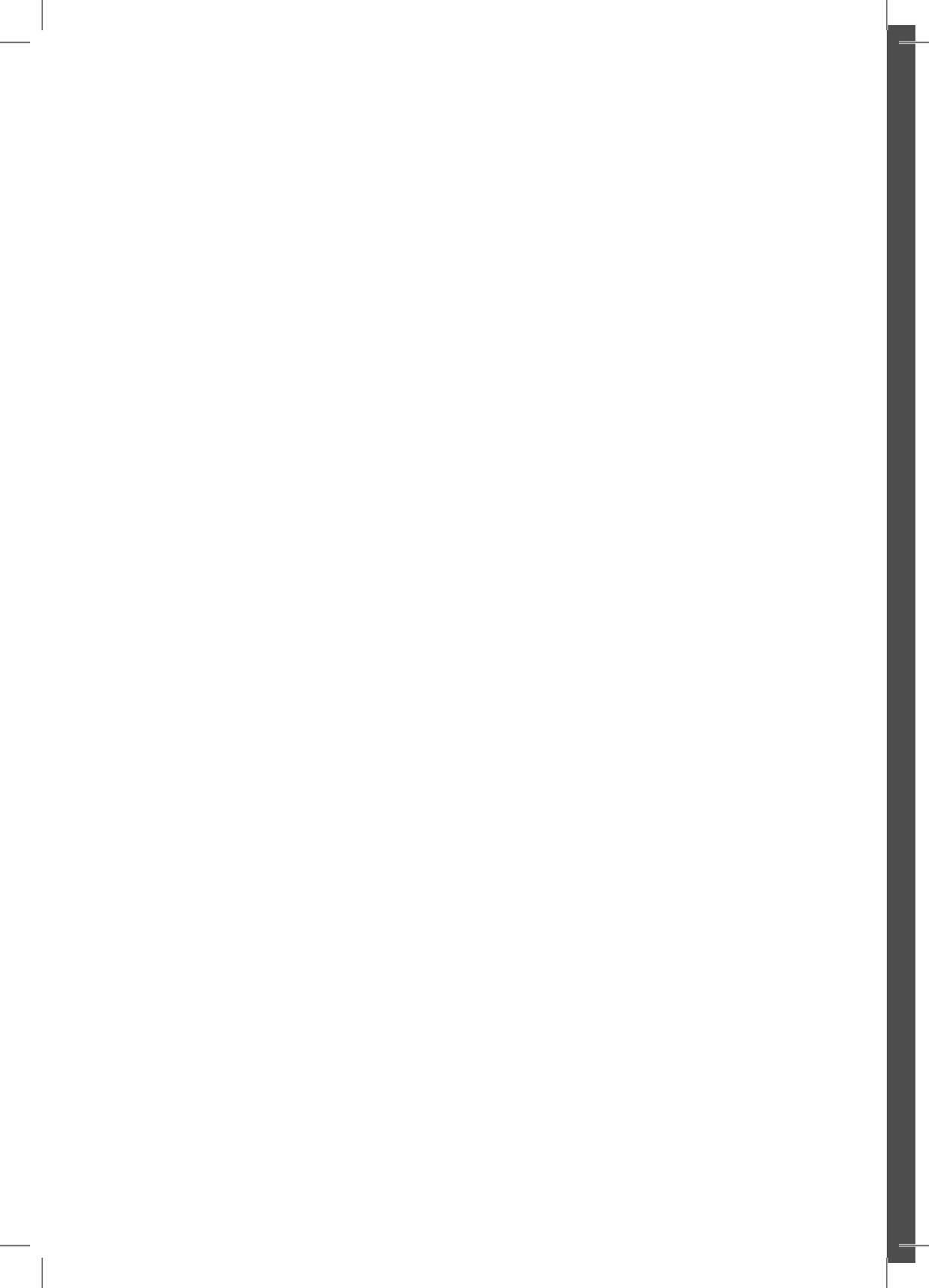
Tal comportamento do paciente era de conhecimento do enfermeiro assistente que não o teria comunicado ao médico. E o hospital era sabedor de que o doente era alcoolista

desde a sua entrada no estabelecimento, na oportunidade da elaboração de sua ficha. O médico reconheceu que eram indispensáveis atendimento e cuidados especiais. Logo, como havia um contrato entre o hospital e o doente, pelo qual este perdera a liberdade de ação, tornando-o sujeito às imposições técnicas do tratamento, precisando ser 'assistido e vigiado', nada justificava a falta de atenção dos prepostos responsáveis pela fiscalização dos pacientes.

É acertada a comparação feita à situação de uma criança internada. Quando esta é entregue aos cuidados do hospital, cessa a vigilância familiar, que passa a ser exclusiva do estabelecimento. Essa transferência de responsabilidade está claramente definida no caso presente.

Como cuidado e caldo de galinha não fazem mal a ninguém, é melhor vigiar o paciente de forma eficaz para não correr o risco de ter que discutir uma questão dessas no Judiciário.





# 4

## Administração Hospitalar

## 4.1 - Nó de Normas (reportagem)

### Sobre

Publicado na revista  
Notícias Hospitalares  
n. 39, out-nov/2002.

Nas últimas décadas, poucos setores foram tão normatizados quanto o bancário. O excesso de regulamentação e controles, emitidos por órgãos públicos como o Banco Central e ministérios da área econômica, fizeram com que as instituições financeiras fossem obrigadas a manter centenas de funcionários em imensos departamentos de Organização & Métodos e outros tantos nas assessorias jurídicas. Nas décadas de oitenta e início da de noventa, por conta da hiperinflação, algumas normas eram alteradas, em certas ocasiões, até mais de uma vez por dia. O que se vê hoje no setor da saúde, em termos de normatização, pode ser comparado ao processo pelo qual passou o setor financeiro.

Segundo Peter Drucker, um dos gurus da administração moderna, os hospitais estão entre os organismos mais complexos de serem administrados. Neles estão reunidos vários serviços e situações simultâneos: hospital é hotel, lavanderia, serviços médicos, limpeza, vigilância, restaurante, recursos humanos, relacionamento com o consumidor. De certa forma, é natural que todo esse organismo fosse cada vez mais regido por leis, normas, regulamentações e portarias, vindas de diversos órgãos e instituições. Um arcabouço legal cada vez mais dinâmico e variado.

No meio de toda essa parafernália está o gestor hospitalar com suas responsabilidades e obrigações. A pergunta que se faz é como o administrador hospitalar deve conviver com toda esta complexidade e administrá-la com eficácia. O que fazer para não ser tragado por esse dinamismo que, ao mínimo deslize, pode comprometer o estado do paciente, a instituição de saúde e a própria reputação de quem administra?

A complexidade da legislação atual na área da saúde surgiu da própria evolução da sociedade brasileira e de seu desenvolvimento tecnológico. Os conceitos de cidadania fo-

ram evoluindo cada vez mais e com isso os direitos das pessoas também passaram a se transformar.

O advogado **Josenir Teixeira**, que presta assessoria a instituições de saúde, é claro ao afirmar que passou o tempo em que o médico era tratado como semideus e o paciente baixava a cabeça e ia embora após ser atendido, fosse qual fosse o padrão desse atendimento. Com esse cenário, a tendência é a de se adequar determinadas normas a essa evolução, tanto do ponto de vista social, quanto tecnológico. **Teixeira** acredita que, diante desse quadro, a velocidade na mudança das leis e normas na área da saúde vai continuar alta. *“Talvez só termine quando as doenças do ser humano passarem a ser totalmente previsíveis”*.

Na opinião de Sueli Dallari, coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Direito Sanitário da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP), a legislação de saúde no Brasil, do ponto de vista formal, pode ser considerada como padrão para o resto do mundo. Ela lembra que há alguns anos não havia nada que organizasse o setor e ele era muito fragmentado. A principal diferença hoje é a existência de um sistema, organizado em códigos. “A estrutura reguladora do sistema é boa e nos últimos anos vem se aperfeiçoando cada vez mais. Ainda falta alguma coisa, mas estamos no caminho certo”, avalia. A coordenadora admite que as questões existentes hoje são muito mais sofisticadas, herança do desenvolvimento tecnológico, principalmente aquelas relativas a áreas muito dinâmicas como a infecção hospitalar.

Outro especialista na área da saúde, o consultor jurídico Antônio Tilelli, explica que, realmente, até cerca de vinte anos atrás, não havia legislação ou ela era muito livre e benevolente. “Havia tanta liberdade que os hospitais faziam o que queriam”, diz o consultor. Entre as poucas regras existentes estavam a que definia as entidades filantrópicas e estabelecia a imunidade tributária. O divisor de águas foi a Constituição de 1988 que acabou com a figura do indigente e transformou toda pessoa em cidadã, com direito universal à saúde e educação, que fez surgir o Sistema Único de Saúde (SUS).

Até pelo menos a década de oitenta, os hospitais eram inexpressivamente regulamentados e os próprios administradores também não era tão exigidos. O Ministério da Saúde, antes da criação do SUS, se limitava a desenvolver quase que exclusivamente ações de promoção da saúde e prevenção de doenças, como as campanhas de vacinação e controle de endemias. Na área de assistência à saúde, o ministério atuava apenas por meio de alguns poucos hospitais especializados nas áreas de psiquiatria e tuberculose, além da ação da Fundação de Serviços

Especiais de Saúde Pública (Fsesp) em algumas regiões específicas, como no interior do Norte e Nordeste.

Essa ação, também chamada de assistência médico-hospitalar, era prestada à parcela da população definida como indigente por alguns municípios e estados e, principalmente, por instituições de caráter filantrópico. A população não tinha nenhum direito garantido e a assistência que recebia era na condição de favor, uma caridade. “O governo dependia quase que totalmente dessas entidades não-governamentais”, explica Tilelli. A atuação do poder público se dava por meio do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que depois passou a ser denominado Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps), autarquia do Ministério da Previdência e Assistência Social.

Com a criação do SUS, o governo buscou definir a arrecadação de recursos com a lei da Seguridade Social de nº 8.212/91. Mas, para Tilelli, boa parte dos problemas relativa à legislação envolvendo as instituições filantrópicas também começa nesse ponto. A regulamentação dessa lei sai com o decreto 612/92. Em 1993, o governo lança outro decreto (o de nº 752), alterando a lei e definindo que os hospitais filantrópicos deveriam atender até 60% de pacientes pelo SUS. Segundo o consultor, a confusão foi criada aí, quando os hospitais filantrópicos ainda não se encontravam em condições de atender esse percentual.

O Congresso ainda promulgou a lei 9.732, em 1998, sacramentando os decretos, mas os efeitos foram suspensos pelo Supremo Tribunal Federal por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. Em agosto último, o governo baixou outro decreto (o de nº 4.327), tentando “ressuscitar” a questão. A lei deu ainda uma alternativa para os hospitais oferecerem 20% de gratuidade, mas, segundo Tilelli, corre-se o risco de se trabalhar no prejuízo. “Mais dia ou menos dia, as entidades filantrópicas deverão cumprir as necessidades do governo. Ele perde um dia, mas não perde sempre. Portanto, os administradores devem estar preparados”.

Uma das conseqüências do grande universo de normas na área da saúde é o aumento de burocracia e custos. O ônus é a contratação de mais pessoal administrativo em vez de assistencial. “*Mas tudo isso é algo que não se pode escapar, sob o risco de sair mais caro para o administrador e para a instituição futuramente*”, afirma **Josenir Teixeira**. O ponto de vista jurídico é preciso: não cabe ao administrador questionar se a lei é boa ou ruim. Compete a ele cumpri-la. “*Assim, não se corre o risco de buscar o jurídico como se fosse o salvador da pátria, o bombeiro em meio ao fogo*”, analisa. Um dos principais problemas e perigos para o admi-

nistrador, diz o advogado, é ele se isolar em seu posto e confiar que não tem de cuidar de determinadas áreas dentro do hospital. “*O bom administrador é aquele que não pára na sala. O administrador tem de andar, conhecer, dar incertas, fiscalizar. Pode ser utopia, mas é o ideal*”, sugere.

Para o médico Joaquim Antônio de Medeiros, superintendente do Hospital Bandeirantes, em São Paulo, a principal mudança para os administradores foi de rotina. Com o tempo, os gestores tiveram de aprender a consultar o Diário Oficial, por exemplo, para se manter minimamente informados. Tornou-se imprescindível se inteirar das normas que estão sendo elaboradas para tentar participar mais ativamente do processo e evitar possíveis complicações de ordem técnica ou prática. “A vida do administrador hospitalar, nesse contexto, ganha um pouco mais de estresse”, define Medeiros.

Poderia se achar que a coisa ficasse mais fácil se o administrador também tivesse formação jurídica. O administrador hospitalar e advogado Humberto Caetano, diretor administrativo da Fundação Hospitalar Nossa Senhora de Lourdes, em Nova Lima, Minas Gerais, conduz seu trabalho sem deixar de relacioná-lo sempre às regulamentações do setor. Para sua instituição, o cumprimento das leis e demais normas serve como “meta” de qualidade a ser perseguida por todos. O descumprimento pode representar a falta de qualidade e respeito ao cliente. Diante disto, as energias devem ser direcionadas para possibilitar o conhecimento das normalizações e sua correta aplicação. “Não adianta lutar contra. Não podemos esquecer que as leis e demais normas criadas para regulamentar o setor de saúde são de ordem pública e procuram preservar nosso bem jurídico maior, que é a vida”, enfatiza. Por também ser advogado, Caetano está freqüentemente procurando fazer um trabalho preventivo dentro da entidade para evitar problemas futuros. Ele reforça que sempre haverá novos regulamentos e leis, pois o direito não é estático. Para melhorar as condições de trabalho dos administradores, ele sugere como mecanismo a organização do setor em associações, o diálogo franco e aberto com as autoridades, além da conscientização da mídia e da população sobre a atual situação do sistema de saúde.

Na opinião da professora Sueli Dallari é importante o administrador desmistificar as leis e, sempre que possível, buscar entender e interferir nos processos. A atual regulamentação até contribui e facilita o serviço dos gestores hospitalares. Ela destaca mecanismos inteligentes criados no Brasil para se discutir as questões da área como as consultas públicas feitas na página da internet do Ministério da Saúde. Esse tipo de ação já está sendo copiada por países como a França e, no

início do próximo ano, uma conferência será realizada naquele país para se discutir a experiência brasileira no assunto.

Mas, há outras visões sobre a questão. Para a professora Ana Maria Malik, da Fundação Getúlio Vargas e que coordena o Programa de Estudos Avançados em Administração Hospitalar de Sistemas de Saúde, a administração hospitalar ainda é uma “terra de ninguém” e as regras não são muito claras. A profissionalização do setor ainda é muito recente. As relações são complexas ao envolver hospitais e poder público, poder público e setor privado, financiadores e prestadores de serviços. “O mais importante nessa discussão toda não é o administrador e sim o cidadão. Este não é apenas um detalhe na história, mas quem sempre sai perdendo nesse campo de batalha”. Ana Maria parte do raciocínio que o hospital não deve representar mais riscos para o paciente do que aqueles que ele corre antes de entrar dentro da instituição. “Isso justifica todo o arcabouço de leis existentes em defesa desse paciente-cidadão”.

O administrador hospitalar Everton Dutra, do Hospital Maria Alice Fernandes, em Natal, compactua com a visão de que as unidades hospitalares são organismos complexos e que o gestor deve ter conhecimento panorâmico das leis e do funcionamento de cada setor. Na sua opinião é preciso delegar e confiar as questões específicas na mão dos especialistas, que vão dar o respaldo técnico para o administrador tomar as devidas decisões. “Os especialistas dão a indicação de um caminho, para, a partir daí, o gestor buscar a melhor solução. Ao agir por si só, correm-se muitos riscos”, afirma. Como rotina, Dutra costuma definir pessoas-chave por setores para acompanhar as novidades da legislação. Como seu hospital é público, uma atenção especial é dada às questões relativas ao SUS, principalmente as da área de contabilidade. “São assuntos que também podem trazer problemas e o administrador só fica sabendo quando eles estouram”.

Em todo esse processo, agilidade é fundamental. Quando surge uma nova regulamentação é necessário fazer a revisão imediata no planejamento estratégico para que se cumpram os prazos determinados pela norma. Para evitar problemas com o descumprimento das leis, o superintendente Joaquim Antônio Medeiros acha importante ter uma assessoria técnica e jurídica bem próxima do administrador, além de manter as equipes atualizadas e recicladas em todos os níveis. A baixa remuneração dos hospitais pelos serviços prestados é muitas vezes um fator impeditivo para o cumprimento integral do planejamento estratégico. Mas ao mesmo tempo, é importante que o hospital se adapte às modificações que estão ocorrendo no dia a dia. É necessário que o administrador hospitalar tenha

em mente, todo o tempo, o trinômio eficácia-eficiência-efetividade. “Em outras palavras, fazer as coisas de maneira adequada, reduzir custos, aumentar o lucro e perpetuar-se no mercado como empresa, aumentando a riqueza do hospital ao longo do tempo”.

O gestor deve, também, se preocupar em fazer uma implementação inicial com modificações e adaptações, deixando claro aos órgãos públicos a boa intenção do cumprimento do que está sendo exigido. “O que pessoas tentam fazer é a adaptação da lei ao hospital. Nesse caso as conseqüências são as piores possíveis”, alerta Medeiros. A maior dificuldade são as constantes alterações na rotina de trabalho na busca de atender as normas, principalmente as que alteram a estrutura física do hospital. De forma geral, Medeiros não vê excessos e define como benéficas o universo de leis, portarias e normas na área de saúde, especialmente para os pacientes. “É a razão do hospital existir”. Ao seu ver, regulamentar é importante, mas o essencial é que as normas sejam norteadas por três pontos: melhorar a assistência aos usuários, garantir a sobrevivência dos prestadores, do próprio sistema e moralizar as relações.

É justamente em relação a esse último ponto que Medeiros aponta como polêmicas algumas portarias emanadas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), como a lei nº 9.656, sobre os planos de saúde, reeditada nada menos que 44 vezes. Ele credita isso ao fato de ser recente a tentativa de se regular as operadoras de saúde, já que antes não havia nenhum tipo de regulamentação. Ele ainda vê a necessidade de outras modificações na lei, pois ao permitir que alguns planos se baseiem pela regra anterior, foram criadas algumas situações com dois pesos e duas medidas. “Esse é um processo de amadurecimento inevitável e que se houver boa vontade e abertura de todas as partes interessadas, vamos superar em breve”, diz otimista. Na avaliação do administrador Humberto Caetano, não existe propriamente aumento da regulamentação, mas sim o aprimoramento de outras leis já existentes no passado. Para ele, houve também evolução entre Estado e cidadão. Este passou a ter uma postura diferente em relação aos seus direitos definidos nas leis. “Diante dessa nova realidade, o administrador teve que evoluir e mudar seu comportamento para se adequar”, resume Caetano. Segundo ele, a principal dificuldade é conscientizar médicos e demais colaboradores com relação ao correto cumprimento das normas regulamentadoras e as possíveis conseqüências do não cumprimento delas. “Como administrador assumo a responsabilidade de ser o multiplicador das informações dentro do hospital”, diz. Outra dificuldade, é o tempo para se manter atualizado com o crescente

aumento e rapidez das informações.

Caetano também acredita que a regulamentação traz mais benefícios do que problemas. Segundo ele, o detalhamento das normas às vezes chega a ser tão grande que termina servindo como manuais, principalmente na hora de se desenvolver novos serviços na unidade. “Isso é bom. Fica fácil seguir um passo a passo”, explica. Mas, ao mesmo tempo, o administrador alerta para armadilhas principalmente relativas às questões trabalhistas. No caso, o gestor não pode negligenciar a legislação e deve agir de acordo com a orientação do departamento jurídico. Uma das questões citadas é a contratação sem vínculo. “É uma bomba que pode estourar no futuro e o que era lucro pode se tornar prejuízo”, diz.

Com a experiência acumulada ao longo de muitos anos na área da saúde, o advogado Antônio Tilelli recomenda o constante contato com a legislação, tanto aquelas que estão em vigor, como as que estão por vir, caso do novo Código Civil, previsto para o próximo ano. Ele não acha complicada a tarefa de administrar todas essas leis, desde que se tenha auxiliares competentes. “Os administradores devem ser bem orientados por sua assessoria jurídica e sempre que possível levar as questões em congressos para discussão. Hoje tudo é muito rápido, se atrasar um minuto, o bonde já passou”, ironiza. A nova legislação traz, expressamente, algumas responsabilidades ao administrador, especialmente nos artigos 653 a 674. *“Em primeiro lugar, o administrador não pode delegar as tarefas de administração para as quais foi contratado. Ele também vai ter a obrigação legal de prestar contas de sua administração a quem o nomeou ou o constituiu”*, completa o advogado **Josenir Teixeira**. O administrador deve assumir pessoalmente a condução de suas atividades profissionais e as responsabilidades daí decorrentes, inclusive os prejuízos eventualmente ocorridos. *“Portanto, o administrador deve estar muito atento a tudo o que acontece ao seu redor e deve se preparar muito, principalmente intelectualmente, para cumprir sua tarefa com êxito”*, analisa **Teixeira**.

Em meio a tantas normas, a ordem é: esteja alerta.

### **A prevenção da auditoria**

A auditoria pode ser uma arma eficiente para se avaliar o real cumprimento de todas as regras já totalmente definida. Loverdos fala com a propriedade de ter sido um dos primeiros na área da auditoria interna em hospitais no país. Há cerca de 16 anos no setor, e leis dentro dos hospitais. O auditor especializado em ambiente hospitalar Adrianos Loverdos defende a formação de equipes internas de auditoria, embora a própria regulamentação sobre médicos e enfermeiros auditores

ainda não este é autor do livro Auditoria e Análise de Contas Médico-Hospitalares. “A auditoria é uma ferramenta que precisa ser melhor utilizada pelo gestor hospitalar para evitar ou detectar possíveis problemas”. Hoje, elas são limitadas ao relacionamento entre as operadoras e os hospitais, para corrigir algum erro ou não deixar de cobrar contas. “O ideal é que as auditorias tenham uma atuação voltada para o controle de qualidade, observando rotinas internas, vendo se elas são adequadas, atendem às necessidades do cliente e a instituição em qualquer área nas quais atue”. Segundo o auditor, um dos principais problemas encontrados nas unidades hospitalares são as negociações e contratos de tabelas fechados com as operadoras sem consultar as auditorias. Alguns itens terminam ficando sem respaldo legal para a cobrança, causando problemas. Ele também coloca que não se pode esquecer do cliente direto, o cidadão. É preciso explicar as taxas e serviços cobrados. Se possível, o hospital deve formular uma cartilha, detalhando as cobranças, bem como a terminologia médica. “É uma questão de respeito à cidadania e uma forma de se evitar problemas”.

### **Anvisa quer simplificar a vida do administrador**

Um dos principais órgãos de regulamentação do setor da saúde é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Seu papel é garantir a segurança sanitária de produtos e serviços. Essa incumbência acaba gerando diversos atos administrativos, como licenças, autorizações, certificações, análises, registros, alvarás e outros procedimentos que configuram poder de polícia à agência. Resulta dessa atuação ainda a cobrança de taxas de fiscalização sanitária nos casos de descumprimento da lei. Assim, a agência pauta boa parte do trabalho do gestor hospitalar. Mas, a Anvisa quer mudar seu papel diante os prestadores de serviço e atuar mais como órgão informativo, se aproximando do administrador.

O diretor da Anvisa, Cláudio Maierovitch Henriques, concorda que pode haver superposições de normatizações entre as agências e os conselhos profissionais, complicando a vida do administrador. Mas, segundo ele, a Anvisa procura hoje fazer o máximo esforço para simplificar esse trabalho. “Estamos adotando uma linha de atuação mais transparente, que compartilhe responsabilidades com o administrador”. Um dos serviços que a Anvisa está implantando, baseado nesse conceito, é a auto-inspeção, ainda em fase de testes. Todos os roteiros e dados de inspeção realizados pelos centros de vigilância sanitária estaduais e municipais estão colocados na página de internet da agência. A idéia é que o administrador conheça e aplique esses roteiros, identificando ele próprio as irregularidades.

“O gestor vai dessa forma evitar surpresas com exigências que ele não conhece na hora das fiscalizações”, explica Henriques. A agência também está buscando aproximar esses roteiros daqueles utilizados nas creditações, tornando os conteúdos mais familiares e mais fáceis de serem aplicados. “Queremos estabelecer uma relação de confiança mútua na construção da segurança e efetividade dos serviços. A idéia é que não se encare a agência como algo descolado do sistema, que atue sozinha e vai ao hospital só para fiscalizar, mas sim que faz parte de um sistema”, diz.

A estrutura e campo de atuação da Anvisa é complexa, abrangendo ações de natureza preventiva e repressiva, como o controle de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, aparelhos e instrumentos utilizados em medicina, cosméticos, bebidas para consumo humano e até fiscalização dos estabelecimentos de produção desses produtos. É ainda sua função realizar o controle sanitário de portos, fronteiras e aeroportos para impedir a entrada de doenças vindas de outros países.

Paulo Celestino - Jornalista



## 4.2 - O administrador hospitalar responde por seus erros?

### Sobre

Publicado pela revista Notícias Hospitalares n. 37, jun/jul/2002, p. 46.

As organizações duram, contudo, na proporção da largueza da moralidade pela qual são governadas.<sup>1</sup>

A resposta à pergunta do título é afirmativa. O administrador hospitalar, tal qual qualquer profissional liberal, é responsável pelos atos que pratica e responderá se, destes, prejuízo financeiro, patrimonial ou moral sofrer seu empregador ou contratante.

Fayol (1916) caracterizou a função administrativa como sendo a essencial da empresa e a definiu como o conjunto que envolve operações técnicas, comerciais, financeiras, de segurança, de contabilidade e administrativas.

Peter Drucker, tão cultuado, diz que as funções do administrador são *'estabelecer objetivos, organizar, motivar e transmitir (ou integrar-se) e avaliar'*. A definição de cada uma pode ser obtida em suas obras. Na mesma linha, sugerimos a leitura de Robert Katz. A revista Você S.A. de maio/02 traz resultado de enquete realizada via internet onde 60,8% dos respondentes consideram o administrador essencial dentro de uma empresa. Trinta e um por cento (31,3%) o consideram importante e apenas 7,9% o acham desnecessário.

O administrador não precisa (nem deve) fazer tudo sozinho para ser conhecido como “o administrador”. Ele deve “repartir” a função, dividir com seus colegas de trabalho, cada um na sua posição, saber delegar, sob pena de se tornar o *'incompetente completo'*. Niversindo Antônio Cherubim, um dos maiores administradores hospitalares que temos, já disse<sup>2</sup> que ele *“é um profissional que trabalha sem-*

1 Chester I. Barnard in Revista da Escola Superior de Propaganda e Marketing, volume 9.

2 “Administrador Hospitalar - um compromisso com a ciência e a arte”, Edições Loyola, 1998.

*pre em grupo*".

Padre Cherubin já escreveu que a missão do administrador hospitalar *"é traduzir na prática e aplicar no estabelecimento hospitalar os postulados gerais de sua profissão. Ele é a cabeça pensante do hospital e o principal responsável pela condução de seu destino"*. Seu papel, conseqüentemente, não é dos mais fáceis. Para se atingir tal missão o profissional deve, no mínimo, preparar-se bem técnica e intelectualmente e se responsabilizar por suas atitudes.

Eis a parte objetiva, menos filosófica, do juramento do administrador: *"Prometo DIGNIFICAR minha profissão, consciente de minhas responsabilidades legais, observar o código de ética, ..."*. Dignificar é enobrecer, honrar a profissão. Fala o juramento sobre a consciência das responsabilidades legais do administrador. Será que ele, principalmente o hospitalar, tem realmente "consciência" (faculdade de estabelecer julgamentos morais dos atos realizados) sobre sua profissão e sobre suas responsabilidades legais?

Estipula o Código de Ética do Administrador<sup>3</sup> como alguns de seus deveres:

- a) capacitar-se para perceber que, acima do seu compromisso com o cliente, está o interesse social, cabendo-lhe, como agente de transformação, colocar a empresa nessa perspectiva;
- b) exercer a profissão com zelo, diligência e honestidade, defendendo os direitos, bens e interesse de clientes, instituições e sociedades sem abdicar de sua dignidade, prerrogativas e independência profissional;
- c) manter sigilo sobre tudo o que souber em função de sua atividade profissional;
- d) conservar independência na orientação técnica de serviços e órgãos que lhe forem confiados;
- e) emitir opiniões, expender conceitos e sugerir medidas somente depois de estar seguro das informações que tem e da confiabilidade dos dados que obteve;
- f) manter-se continuamente atualizado, participando de encontros de formação profissional onde possa reciclar-se, analisar, criticar e ser criticado.

Não há legislação específica que trate da responsabilidade legal do administrador. A normatização do exercício da profissão deu-se em 1965. Em 1967, ocorreu sua regulamentação. Houve algumas alterações de lá para cá sem, entretanto, alterar a substância daquelas. A norma legal traz, apenas, linhas gerais de atuação.

Utilizamos, assim, o Código Civil (CC) como base legal para apurar responsabilidades de tal profissional. Diz o CC que 'aquele (administrador hospitalar) que, por ação ou omissão (fazer ou deixar de fazer algo), negligência (descuido, falta de interesse, má vontade, deixar de fazer algo que deveria ser feito), ou imprudência (falta de atenção, descuido, afoiteza no agir, fazer algo que não deveria ser

3 Resolução Normativa CFA n. 264/02

feito), violar direito ou causar prejuízo a outrem (empregador; contratante), fica obrigado a reparar o dano.

O Código de Defesa do Consumidor, vigente desde 1990, estipula que ‘a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa’, assim caracteriza pela imprudência, negligência ou imperícia (desconhecimento da técnica, inabilidade, fazer algo além de sua especialidade/capacidade).

O administrador hospitalar que causar prejuízo a seu empregador ou contratante dolosamente (conscientemente; com má-fé) não tem lastro nem moral para assim ser rotulado. Aliás, como qualquer profissional. Em sendo o administrador hospitalar *‘responsável pela condução do destino do hospital’*, sua responsabilidade é equivalente a este desafio.

### **Exemplos**

Para facilitar a percepção vamos exemplificar algumas situações que podem gerar a responsabilidade civil do administrador hospitalar.

Ao terceirizar uma atividade-meio do hospital o administrador hospitalar deve ter todo o cuidado na escolha da empresa que executará o serviço. Isso porque o contratante (o hospital) responderá de forma subsidiária ou solidária pelos atos praticados pela pessoa jurídica contratada. Caso seja contratada pessoa física sem vínculo de emprego poderá gerar passivo trabalhista para a contratante. Ao se contratar uma empresa para prestar serviços ao hospital, o administrador hospitalar não pode ter, nunca, a sensação de que tem um problema a menos. Ao contrário. Caso ele não tenha tomado cuidado na escolha do terceiro, ele, na verdade, arranjou um problema a mais para si e para o tomador dos serviços. E é claro que poderá ser responsabilizado civilmente por isso na exata medida dos prejuízos que o terceiro inidôneo, mal escolhido por ele, causou ao seu empregador ou contratante. É a consequência natural da eleição precipitada e mal feita de um prestador de serviços.

O administrador é obrigado a respeitar os objetivos, a filosofia e os padrões gerais (como o estatuto social, por exemplo) da organização a que estiver vinculado. É o que diz seu próprio Código de Ética. O desrespeito a tais normas (ou o excesso de mandato, que é praticar atos além dos constantes/autorizados pela procuração) atrai a responsabilidade civil do profissional na exata medida dos prejuízos causados pela inobservância daquelas regras, podendo responder a processo administrativo disciplinar perante seu Conselho de Classe, além de

processo judicial.

A experiência nos permitiu vivenciar situações em que o administrador hospitalar pode ser responsabilizado civil, administrativa e até penalmente por seus atos ou omissões:

a) o recolhimento errado de impostos em nome do seu contratante (a maior ou a menor), gerando multas e autuações;

b) a não verificação ou não fiscalização acerca da regularidade formal dos prestadores de serviços do hospital (diploma dos profissionais liberais registrado nos órgãos competentes, por exemplo; capacidade da prestação de serviços (inexistência de óbices administrativos etc.)

c) a não verificação ou não renovação dos vários alvarás necessários ao regular funcionamento do hospital (localização e funcionamento, farmácia, CRM, vigilância sanitária, Polícia Federal etc.)

d) a não observância da regular existência, formação e funcionamento da CIPA, CCIH (e demais comissões), PCMSO, PPR, SESMET etc.

e) o não repasse à Previdência Social das respectivas contribuições retidas dos empregados, consistindo tal prática em crime previdenciário.

f) o afastamento de suas atividades profissionais sem comunicação prévia ao contratante/empregador.

g) a recusa de prestação de contas, bens e numerários que lhe sejam confiados em razão do cargo que ocupa.

Já vimos administradores hospitalares serem presos em flagrante devido a existência de medicamentos vencidos na farmácia ou de alimentos (vencidos) na dispensa. Só o pagamento de fiança os livrou de trás das grades, visto haver legislação específica que cuida do assunto. De igual modo, a existência de medicamentos importados sem o rótulo traduzido para o português implica em prisão, além de ilícito administrativo.

É claro que a responsabilidade pelos temas acima exemplificados pode (e deve) ser delegada ao profissional competente de cada área. Porém, a responsabilidade pelo ilícito ocorrido, em última (ou primeira) análise, é do administrador hospitalar. A responsabilidade do chefe do setor do hospital que praticou o ilícito deverá (por óbvio) ser apurada num segundo momento, devendo também ser rigorosamente punido por isso, administrativa (perante seu próprio Conselho de Classe), civil e penalmente.

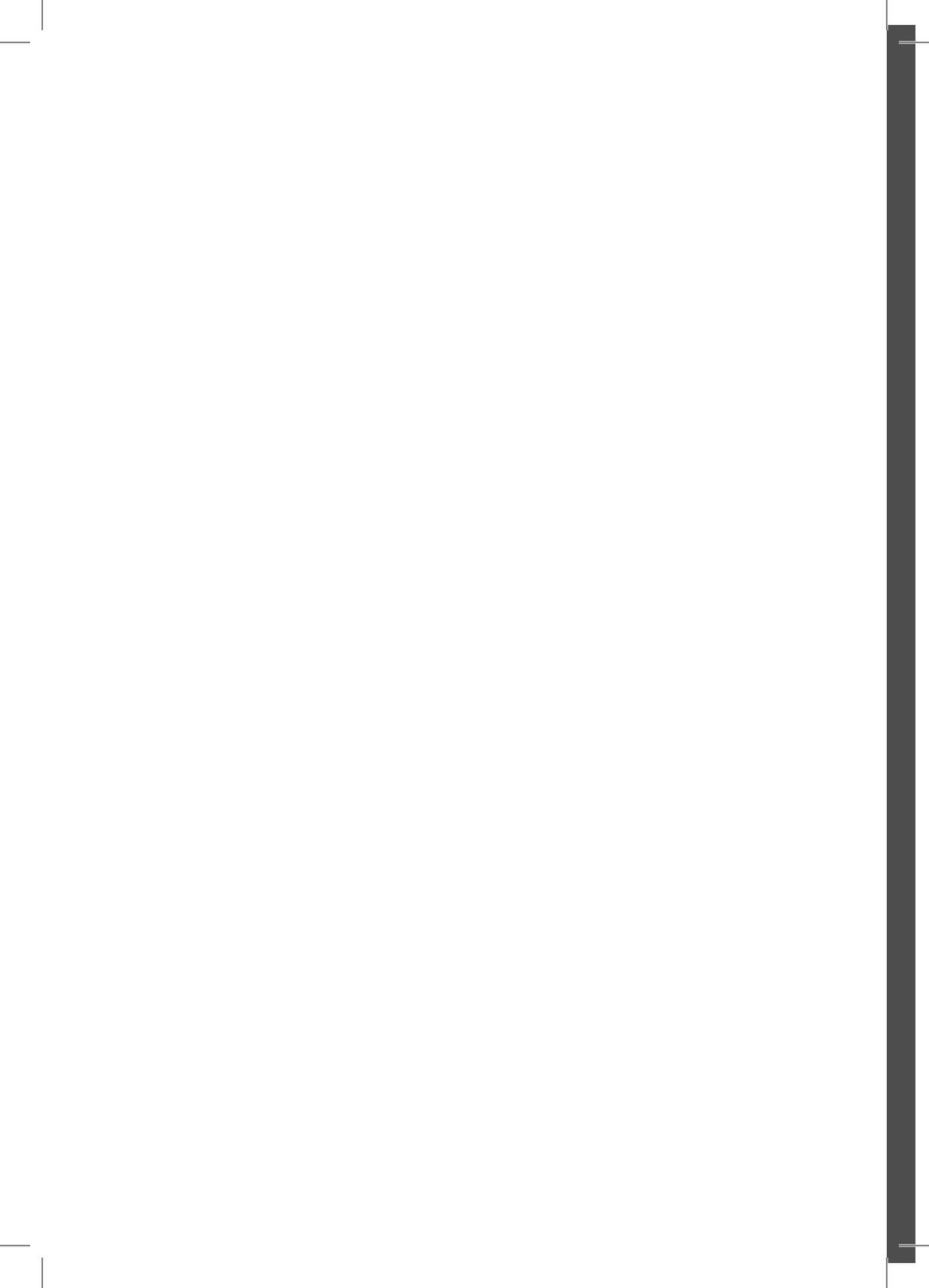
Marcos Amatucci, Diretor Nacional dos Cursos de Graduação em Administração de Empresas da ESPM diz<sup>4</sup>, com muita felicidade, que *‘a liderança será eficaz se o executivo conseguir separar sua moralidade pessoal da moralidade demandada pela organização e colocar-se totalmente a serviço desta última, recriando-a onde ela faltar (‘criar moral’), e dirigindo desta forma não só os subordinados para a cooperação, mas também exercendo influência em todos os âmbitos da organização.’*

Oxalá os administradores hospitalares tenham essa consciência, em prol da sociedade e do paciente, nela inserido.

---

<sup>4</sup> “O que faz do administrador um administrador?” Revista da ESPM, já citada.





5

# Advocacia

## Sobre

Publicado na revista Notícias Hospitalares, ano 1, n. 6, janeiro de 1999, p. 10 e 11

# 5.1 - Contratos: algumas dicas para analisá-los

## Introdução

Deve ficar claro que cabe à assessoria jurídica das instituições a análise de contratos. Isso porque, composta por advogados, a assessoria jurídica é o órgão técnico competente para emitir parecer sobre eles.

É interessante traçar algumas considerações gerais a respeito de contratos, pois os profissionais da saúde (principalmente o administrador hospitalar) poderão fazer análise prévia e superficial deles antes de enviá-los à sua respectiva assessoria jurídica. Fazendo isso, ganhar-se-á tempo, pois, caso o contrato visto superficialmente pelo administrador hospitalar não apresente alguns dos requisitos que abaixo mencionaremos, ele mesmo poderá devolvê-lo à parte que o elaborou solicitando sua adequação.

## Conceito de contrato

É o “acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito.”<sup>1</sup>

O contrato “expressa, assim, a ideia do ajuste, da convenção, do pacto ou da transação firmada ou acordada entre duas ou mais pessoas para um fim qualquer, ou seja, adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. O contrato, pois, ocorre quando as partes contratantes, reciprocamente, ou uma delas assume obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa.”<sup>2</sup>

## Contrato de adesão

“Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabeleci-

---

1 Washington Monteiro de Barros, “Curso de Direito Civil”, Editora Saraiva

2 De Plácido e Silva, “Vocabulário Jurídico”, Editora Forense.

das unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”<sup>3</sup>

O juiz aposentado do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, Sílvio de Salvo Venosa, assim se manifesta a respeito do contrato de adesão:

É o típico contrato que se apresenta com todas as cláusulas predispostas por uma das partes. A outra parte, o aderente, somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o contrato. ... O consentimento manifesta-se, então, por simples adesão às cláusulas que foram apresentadas pelo outro contratante.<sup>4</sup>

O advogado Eduardo Gabriel Saad ensina que

O contrato de adesão é fruto da sociedade de consumo, da massificação das relações de consumo. As grandes empresas, costumeiramente, preparam contratos-tipo para sua clientela. Esta, porém, não está impedida de escolher um outro fornecedor.”<sup>5</sup>

### **Princípios fundamentais dos contratos**

**a) Liberdade de contratar:** é o princípio segundo o qual as partes são inteiramente livres para estipular o contrato. Obviamente que esta liberdade para contratar é limitada, esbarrando em princípios de ordem pública e em algumas normas cogentes (obrigatórias), que não poderão ser tocadas pela vontade das partes.

**b) Consentimento:** é a vontade contratual nascida do acordo das partes, tornando-se suficiente à perfeição do contrato. “Quando a vontade é posta em um acordo com outra vontade para obter efeitos jurídicos, estaremos diante do consentimento, forma de manifestação de vontade contratual.”<sup>6</sup>

**c) Obrigatoriedade:** o contrato formalizado, sendo válido e eficaz, obriga as partes contratantes, tornando lei o acordado entre elas. O acordo de vontades faz lei entre as partes. Em Direito, dá-se o nome de “*pacta sunt servanda*”.

A boa-fé: “baseia-se no princípio de que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade.”<sup>7</sup> “Coloquialmente, podemos afirmar que esse princípio se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta antes, durante e depois do contrato, isto porque, mesmo após o

3 Código de Defesa do Consumidor, artigo 54.

4 “Teoria Geral dos Contratos”, Editora Atlas.

5 “Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, Editora LTr.

6 Sílvio de Salvo Venosa, ob. ac. cit.

7 Leslie Amendolara – in apostila distribuída por CEBEFI Comercialização de Cursos Treinamento e Eventos Ltda., São Paulo/SP.

cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais.”<sup>8</sup>

### **A proposta e sua validade jurídica**

Prevê o Código Civil:

Art. 1.080. – A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso.”

**Proposta** é a declaração, expressa ou tácita, da vontade de uma parte (proponente) dirigida à outra parte, tendo em vista a realização de um negócio.

Para que a proposta, nos termos em que foi feita, produza efeitos jurídicos, basta que a outra parte a aceite, com o que terá surgido um contrato.

Quem faz uma proposta deve tomar cuidado, pois ela vincula a vontade do proponente, que somente ficará liberada com a negativa do negócio pela outra parte ou o decurso do prazo estipulado na mesma.

### **Cláusulas essenciais que devem constar de um contrato**

#### **Agente capaz:**

Diz o Código Civil:

Art. 82. A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, n. I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145).

O art. 145 do Código Civil diz que “é nulo o ato jurídico quando praticado por pessoa absolutamente incapaz.”

Obviamente que aqui trataremos somente da capacidade jurídica, deixando de lado a capacidade natural, que não interessa a este trabalho. A capacidade jurídica diz respeito a questão da capacidade legal de agir, ou seja, a competência jurídica de determinada pessoa para praticar determinado ato, como assinar um contrato em nome de uma pessoa jurídica, por exemplo.

Assim, a regra geral é no sentido da necessidade de haver documento hábil, seja ele procuração específica (pública ou particular), ou ata, ou contrato social, que autorize determinada pessoa física a representar qualquer outra pessoa (física ou jurídica). Desnecessário dizer que qualquer que seja o documento ele deverá estar revestido das formalidades legais peculiares a cada um. Inexistente qualquer

---

8 Sílvio de Salvo Venosa.

documento que autorize alguém a representar outra pessoa (física ou jurídica) em determinado ato aplicar-se-á a regra do art. 145 do CC, ou seja, o ato será nulo.

### **Objetivo**

Consiste na própria razão de existência do contrato. Deverá estar escrito com todas as letras e o mais claro e objetivo possível a que fim se destina o contrato que será assinado. É recomendável não se economizar palavras na cláusula do objeto. Quanto mais definida estiver a finalidade do contrato menos problemas de interpretação subjetiva haverá.

### **Obrigações das partes**

Também nesta cláusula não deve haver economia de palavras nem resumos do que se pretende. As obrigações das partes devem estar esteticamente bem posicionadas e destacadas no contrato. A redação deve ser a mais clara e completa possível. Não se deve cometer o erro de se entender que alguma coisa está (ou estaria) “implícita”. Para não haver nenhum problema de interpretação do contrato as obrigações que cada parte desejar que a outra cumpra deverão estar escritas nas respectivas cláusulas. A velha estória de uma parte (geralmente a Contratante) “achar” que algo estava ‘implícito’ no contrato e que se constituía em obrigação da Contratada já deu margem a um sem número de ações judiciais. Desnecessárias, a nosso ver, se simplesmente todas as obrigações das partes estiverem escritas no contrato.

### **Preço**

O preço que uma parte vai pagar à outra pela prestação de serviços (ou venda de algo) deverá ser fixado e determinado, além de ser escrito por extenso. Além disso, deve estar claro o dia do vencimento da obrigação de pagar e a estipulação da multa moratória pelo desrespeito àquele dia e a cominação de juros de mora mensais.

Quando o preço for estipulado em percentual, deve-se deixar bem claro sobre qual montante, ou receita, ou evento, será aplicado aquele percentual, visando evitar-se interpretações divergentes.

### **Prazo**

O prazo de vigência do contrato deverá estar previsto textualmente, mesmo que seja indeterminado. Deve-se tomar muito cuidado com prazos excessivamen-

te longos. Ou evitá-los. Quando se assina um contrato, obviamente que se espera que ele produza seus efeitos de maneira tranquila. Todavia, caso essa expectativa não se concretize, se um contrato tiver sido assinado com prazo de vigência muito amplo haverá dificuldades para se cancelar (resilir) aquele instrumento, o que poderá ocasionar prejuízos.

Além disso, deve-se tomar muito cuidado com cláusulas que prevêm renovação automática, pelo mesmo período. Pegando-se o exemplo acima, imagine se aquele contrato indesejado se renovar automaticamente por mais um período?

O que temos sugerido é que contratos sejam feitos com prazo de duração indeterminado, podendo ser denunciado por qualquer parte, bastando para isso comunicar sua intenção à outra (sempre por escrito e mediante protocolo) com prazo de antecedência de 30 (trinta) dias, decorridos os quais o instrumento estará rescindido de pleno direito, sem direito a indenização a nenhuma delas. É a chamada “cláusula de aviso”.

### **Cláusula de extinção**

Devem-se prever hipóteses para rescisão imediata do contrato pelo inadimplemento de uma parte, ou seja, quando ela não cumprir sua obrigação. Quando isso ocorrer, ocorrerá a extinção do contrato por “resolução”. Nessas condições, normalmente, a extinção gera a obrigação da parte que deu causa à rescisão indenizar à parte inocente.

### **Disposições gerais**

O ideal para a análise rápida de um contrato é que ele esteja esteticamente bem dividido. Isso quer dizer que os assuntos devem ser alocados em cláusulas identificadas, evitando-se misturar assuntos estranhos a seu respectivo item.

Assim, no item “disposições gerais” devem ser inseridas as cláusulas que não se enquadrarem nas outras já constantes. Por exemplo, neste item poderão ser inseridas cláusulas que tratem:

da responsabilidade pelo recolhimento dos impostos incidentes sobre a prestação de serviços (ou venda) objeto do contrato.

da proibição de transferência do contrato sem anuência por escrito da outra.

da identificação dos anexos que acompanham e formam o contrato.

da irrevogabilidade e irretratabilidade do contrato e da obrigação dos sucessores.

da multa compensatória para quem infringir qualquer cláusula do contrato e de eventual perdas e danos, etc.

### **Foro**

Para finalizar, as partes, em comum acordo, devem eleger o foro jurídico (a comarca) onde serão ajuizadas eventuais ações judiciais para discussão do contrato.

### **Cuidados na contratação**

Quando se escolhe uma empresa para se estabelecer um contrato deve-se observar a idoneidade daquela e verificar se possui protestos, ações judiciais, cheques devolvidos, se paga seus empregados em dia, se recolhe corretamente o FGTS dos empregados etc. Da mesma forma, dependendo da natureza do negócio a ser firmado, deve-se verificar se a empresa é devedora do INSS, ISSQN etc., enfim, se é cumpridora de seus deveres como contribuinte.

Isso porque, se a Contratante escolher mal uma empresa para com ela firmar contrato, dependendo da natureza do negócio, se a Contratada não cumprir corretamente suas obrigações com terceiros, a primeira poderá ser condenada judicialmente a suportar com os respectivos pagamentos. Aplica-se o que em Direito se chama de *subsidiariedade* ou *solidariedade*, dependendo do negócio. É a chamada culpa *in eligendo*, ou seja, a Contratante poderá ser punida pela escolha de parceiro inidôneo.

### **A diferenciação dos aspectos jurídicos e técnicos**

À assessoria jurídica das partes caberá a análise técnica do ponto de vista do Direito, ou seja, à luz do que dispõe a legislação a ser aplicada na interpretação do contrato.

Assim, dependendo da natureza do negócio, o contrato deverá ser submetido, também, à análise de pessoal técnico qualificado em outras áreas. Por exemplo: se se tratar da contratação de empresa para fazer manutenção de algum equipamento o contrato deverá ser submetido à apreciação da equipe de manutenção para que ela analise se na cláusula que trata das obrigações da Contratada estão inseridas todas as questões técnicas que devem ali figurar.

Portanto, os aspectos técnicos, quer sejam administrativos, financeiros, operacionais, médicos, contábeis, bem como os de viabilização do contrato deverão ser analisados pelo pessoal técnico competente de cada área envolvida na contratação.

Caso o advogado que for destacado para analisar o contrato tenha conhecimento técnico de outras áreas, melhor será, pois poderá opinar sobre elas. Todavia, sua responsabilidade profissional restringe-se apenas às questões jurídicas.

### **Conclusão**

Obviamente que a matéria “contratos” e seus subitens é muitíssimo mais complicada, sendo que tratados já foram escritos na tentativa de dissecar os complexos aspectos jurídicos que envolvem essa parte do Direito.

A intenção despreziosa deste artigo foi pura e simplesmente trazer orientação geral e básica no sentido de dar norte ao leigo que se dispuser a ler um contrato.

Ressaltamos, por relevante, que a análise criteriosa e aprofundada de contratos deve ser submetida ao assessor jurídico de que devem dispor as instituições, pois ele é o técnico competente a dizer se um contrato atende ou não a vontade de seu cliente, expondo eventuais riscos a que ele poderá estar sujeito.



## 5.2 - Quando um juiz empaca a nossa vida

### Sobre

Publicado no site [www.paracabar.com.br](http://www.paracabar.com.br), em 2011.

É incrível o desejo (e o prazer) que algumas “otoridades” nutrem em atrapalhar a vida das pessoas. Elas fazem questão de deixar claro que “mandam”, mesmo que o seu poder seja utilizado de maneira ridícula e babaca.

Num dia de julho de 2011, compareceram oito pessoas (partes, testemunhas e advogados) no Judiciário. A audiência estava marcada para as 11h00. O juiz ainda não tinha chegado às 10h50. E o horário da primeira audiência da pauta era 09h00. Havia umas quarenta pessoas à espera dele, que, finalmente, iniciou o seu trabalho.

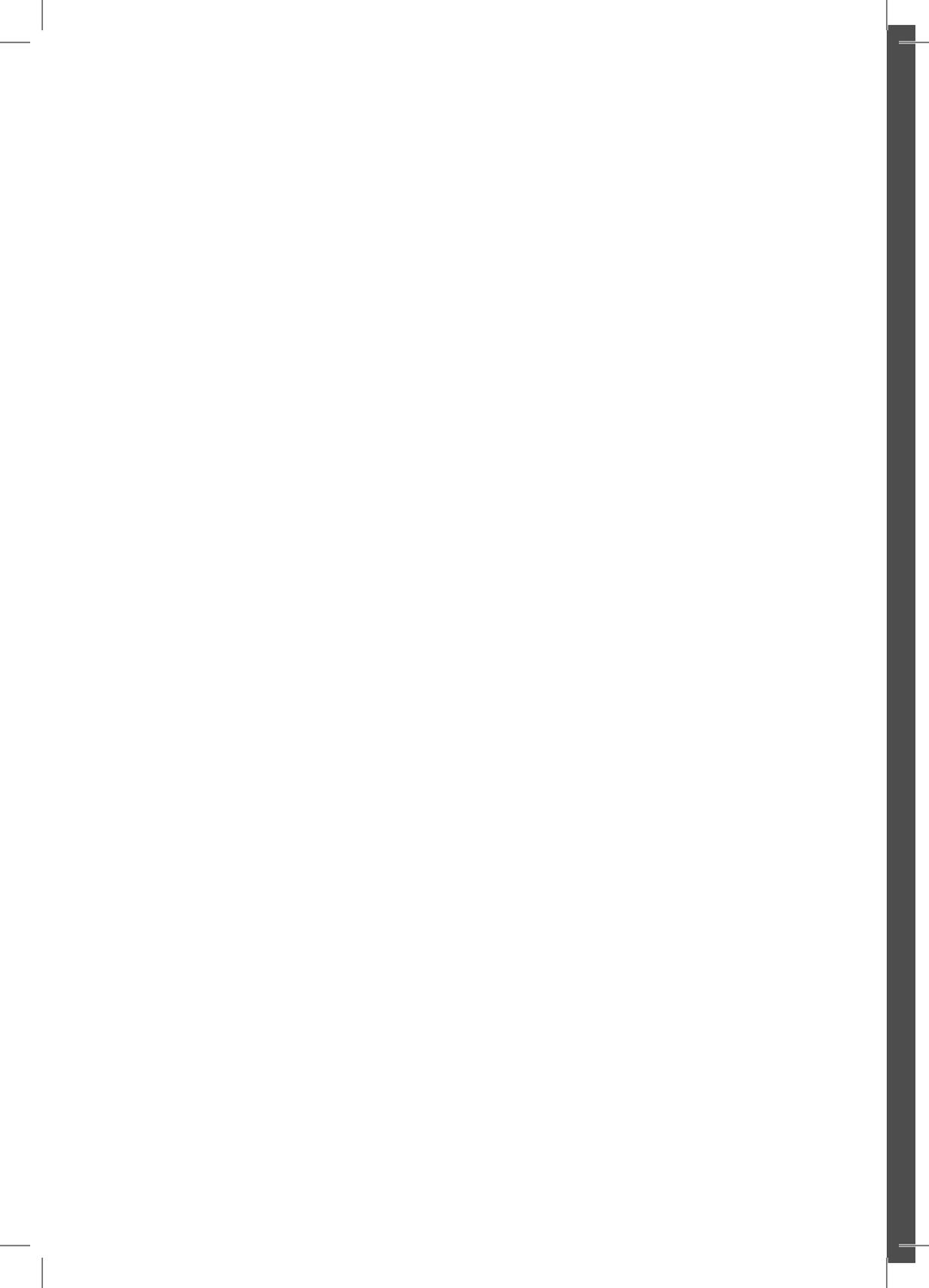
Perto das 13h00 (mais de duas horas de atraso), o magistrado resolveu suspender os trabalhos para o almoço (afinal, ninguém é de ferro) e remarcou a audiência das 11h00 para as 14h30 daquele mesmo dia, sem sequer perguntar se as oito pessoas tinham outros compromissos. Sequer cogitou em adiar, diante do atraso inicial. E se uma das oito pessoas tivesse que viajar ou outro compromisso também inadiável? Dane-se, deve ter pensado a “otoridade”. Eu sou juiz e estou mandando. O Estado me deu este poder e o estou exercendo, deve ter ele refletido, do alto de sua “inteligência” e “sensibilidade” social e profissional. E imbecilidade, também.

E lá se foram as oito pessoas almoçar, então, para retornar às 14h30, para o compromisso que era às 11h00. Sentados todos à mesa, às 14h30, em obediência à sua excelência, ele, finalmente, se pôs a ler o processo. Percebeu que faltava algo na petição inicial do autor e que a audiência não poderia ser realizada naquele momento sem que o documento fosse completado. Ele suspendeu a audiência para

que o autor adotasse aquela providência e designou outra audiência para o primeiro semestre de 2012.

Por volta das 14h55, as oito pessoas foram embora cuidar de seus outros afazeres.

É ou não é PARA ACABAR ... ?



6

Médicos

## 6.1 - Dor de ouvido confundida com vasectomia

### Sobre

Publicado em Indicador Jurídico n. 11, ago/set/2003, p. 1.

Desde que desculpável, o erro de diagnóstico (e não o de conduta) cometido pelo médico não é punido.

A lei não impõe ao médico a obrigação de infalibilidade ou de agir sempre com absoluta exatidão. O médico mais experiente, mais cuidadoso, mais correto, também pode se enganar.

Porém, o médico não passará incólume se o erro for grosseiro, resultado de ignorância ou negligência manifestas. Nesta hipótese, ele suportará condenação judicial, administrativa e até criminal para reparar o dano que produziu.

Em pediatria ocorrem eventos inexplicáveis, como a morte súbita de criança que nasce bem mas falece poucas horas depois, por parada cardiorrespiratória de causa indeterminada. Não pode haver responsabilização do médico nesta hipótese.

O que não se pode admitir no ano de 2003 é que, em cidades de razoável porte, nem se pergunte o nome de paciente que irá se submeter a determinado procedimento. Não se pode aceitar mas, infelizmente, acontece com mais assiduidade do que se pode imaginar.

A Folha de S. Paulo informou que em Montes Claros/MG um paciente humilde (lavrador, analfabeto) de 39 anos (Valdemar) foi a uma clínica em razão de dor em seu ouvido. A atendente chamou por outro paciente (Aldemar), mas ele entendeu seu nome. Valdemar disse que o médico mexeu em seus testículos mas ele, na sua ingenuidade, pensou que “fosse caxumba que tivesse descido”. O médico, então, o

vasectomizou, procedimento que seria aplicado ao Aldemar.

Como justificar a atitude da atendente e do médico que sequer perguntaram o nome do paciente, sequer confirmaram a razão daquela pessoa estar ali na clínica? Como aceitar isso nos dias de hoje? Como deixar se banalizar a relação médico-paciente a tal ponto?

Será que o médico que atendeu o Valdemar não tem acesso a informação e sabe que colegas seus já foram condenados em valores altíssimos por não terem se certificado que o paciente no qual iriam realizar determinado ato era ele mesmo?

Caro leitor, ao consultar um médico, apresente sua identidade (com foto) e vá logo dizendo o que sente e apontando onde dói.

É mais seguro e pode evitar, digamos, aborrecimentos.

## 6.2 - Triste realidade na saúde

### Sobre

Dra. Luciana Andrade da Silva, ortopedista, artigo publicado em 29.01.2007 na revista Notícias Hospitalares.

Desligo o telefone. Sorrio. Talvez para não chorar, diante da situação alarmante pela qual passa a saúde nacional. E eu não estou falando da saúde pública.

Do outro lado da linha uma atendente de convênio. Moça simpática que me solicitou o quarto relatório para liberação do procedimento cirúrgico para minha paciente, uma senhora com fratura de punho há “*apenas*” duas semanas.

Desta vez, a jovem atendente queria uma descrição detalhada do mecanismo de trauma que teria levado a digna senhora a apresentar fratura tão grave. Tentei argumentar que não estava presente no momento da queda, que sabia apenas o que a paciente tinha me relatado, que isso não era obrigação médica etc. Em vão! A doce moçoila insistia que só desta maneira poderia ser descartada uma doença de base.

Doença de base? É. Consta que a paciente fazia reposição de cálcio, tinha exame que mostrava osteoporose e fazia acompanhamento com ortopedista.

Indignação completa de minha parte. Quer dizer que uma mulher com mais de 60 anos, que faz uma densitometria óssea que mostra osteoporose, que faz reposição de cálcio, tem que tomar todo cuidado do mundo para não cair e ter uma fratura de punho grave, pois pode não ter cobertura do seu convênio particular devido a uma doença de base? Preexistente? Então, nós mulheres (todas teremos certo grau de osteoporose na terceira idade) estamos descobertas pelos nossos planos de saúde em caso de trauma com fratura?

Prefiro não discutir ao telefone, até porque não estou falando com um médico. Disponho-me a fazer o relatório. Relato cada movimento da senhora (e do seu cachorro) até o momento da queda e de sua grave consequência. Coloco-me à disposição para esclarecimentos, inclusive para

mostrar a foto do abominável animal que a paciente fez questão de me mostrar.

Para minha surpresa, em 24 horas o procedimento estava liberado. Teriam sido os meus outros três relatórios ou a descrição tragicômica da queda da paciente os responsáveis pela liberação? Prefiro apenas sorrir.

Lembro-me de um colega. Caminhava ele pelos corredores do hospital indignado com a suspensão do seu procedimento - retirada de prótese infectada - em paciente de mais de 80 anos internada há mais de 2 meses, acompanhada diariamente pela equipe multidisciplinar de saúde.

Ele encontra uma enfermeira que assim se identifica e se diz representante de um convênio. Comunica-lhe que o procedimento não será liberado e que o melhor agora é dar alta à paciente.

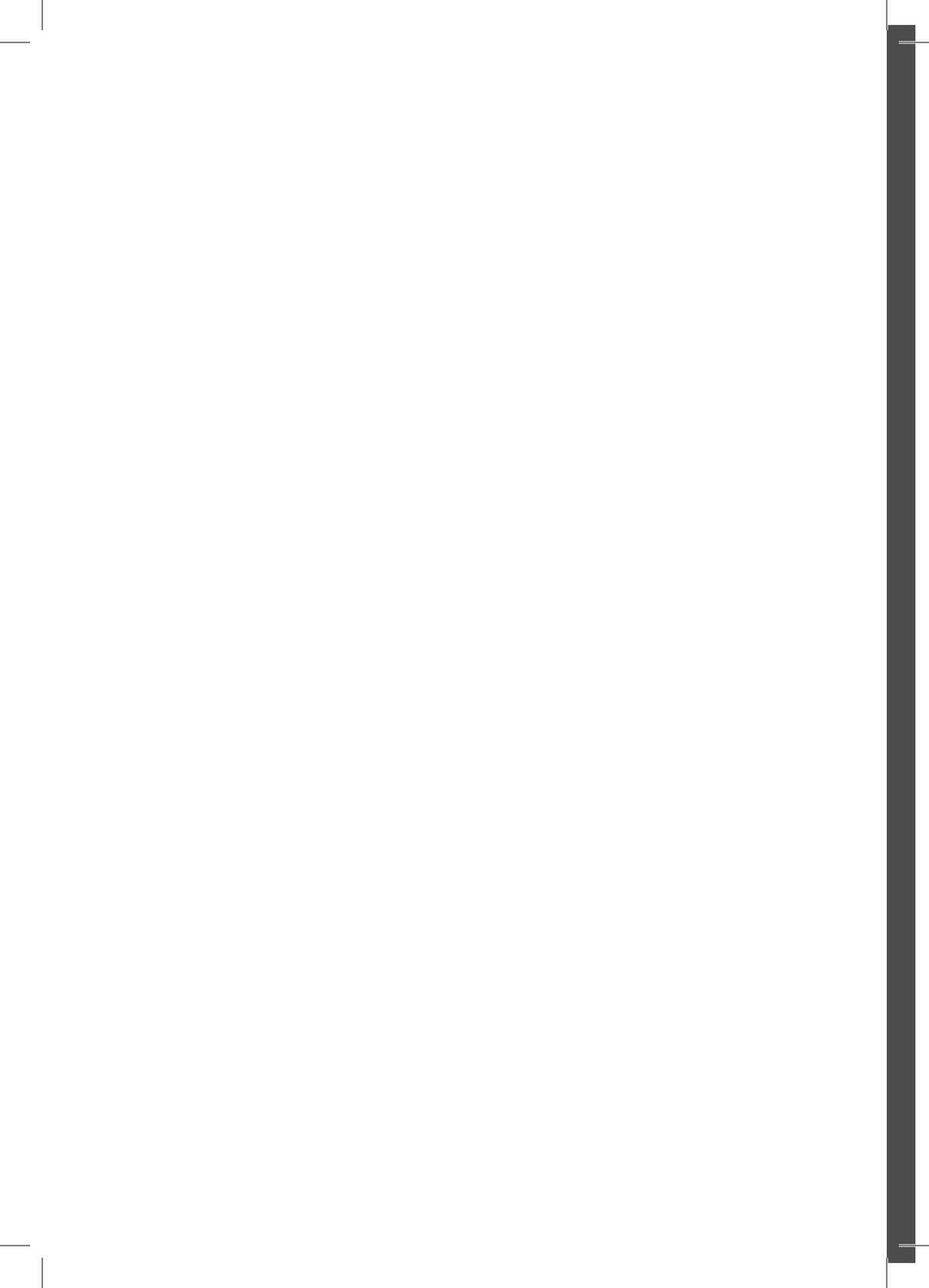
Vocês podem achar que estou exagerando, mas é esta a realidade com a qual estamos convivendo diariamente: profissionais com pouca ou nenhuma qualificação na área médica especializada ordenando conduta aos médicos dos pacientes! Incluem-se neste grupo médicos de seguradoras que aprovam, recusam e discutem condutas e procedimentos que muitas vezes sequer conhecem, esquecendo-se de algumas regras do Código de Ética Médica.

À beira de um leito, outro ortopedista diante de um caso grave que acompanhava havia 3 meses e cujo auditor do convênio vinha interferindo e solicitando alta do paciente diariamente. O colega apresentou o auditor ao paciente como sendo quem continuaria o seu tratamento, pois, afinal, o cidadão parecia conduzir o caso melhor que ele. O médico saiu do quarto deixando a família em polvorosa e o auditor atordoado. O caso estava passado. Agora, o auditor podia dar a alta no momento em que quisesse, assinando o prontuário.

Que medicina é essa? O que estamos fazendo? E aquela tão estudada, explicada e discutida relação médico-paciente? Chega o momento do grande público, aquele mais interessado, o paciente, ter conhecimento das situações a que estamos sendo submetidos.

Quem sabe a união do médico com o paciente possa alterar essa verdadeira batalha que se trava por trás das cortinas deste grande palco que é o hospital.

Em cartaz, a sua saúde!



7

Diversos

## Sobre

Publicado no Indicador Jurídico n. 15.

# 7.1 - A retenção de 11% do INSS

Ninguém gosta de pagar imposto.

O governo federal, ao longo dos últimos anos, vem aprimorando seu sistema de fiscalização, visando evitar a sonegação. Fruto disso é a criação da Super Receita, por exemplo.

Uma das maneiras mais eficientes de se evitar a sonegação é o desconto ou retenção do imposto diretamente na (pela) fonte pagadora, ao que todas as prestadoras de serviços estão sujeitas.

A obrigação de reter o equivalente a 11% do valor bruto das notas fiscais (ou recibos) emitidas pelos prestadores de serviços, pelos seus tomadores, existe desde 1998. O prestador do serviço deve escrever (indicar, destacar) no corpo da nota fiscal o valor da retenção e mencionar a que se refere. Feita a retenção, o tomador do serviço deverá recolher o valor à Previdência Social, em nome da prestadora de serviços, até o dia 2 do mês subsequente ao da emissão da nota fiscal.

A falta de recolhimento das importâncias retidas no prazo legal pelo tomador de serviços ao órgão público configura crime contra a Seguridade Social (apropriação indébita). Responderão pelo delito os representantes legais das empresas ou entidades contratantes.

Várias normas legais trataram da matéria, sendo a atual a Instrução Normativa (IN) nº 3, do Ministério da Previdência Social e da Secretaria da Receita Previdenciária (MPS/SRP), editada em julho/2005, que, apesar de tão recente, já foi alterada pelas Instruções Normativas nos 4, 5 e 6.

## Abrangência

O próprio texto da IN traz o rol dos serviços que são passíveis de retenção. O art. 146 prevê a retenção de valores decorrentes do seguinte serviço, se contratado mediante

cessão de mão de obra:

XXIII - saúde, quando prestados por empresas da área da saúde e direcionados ao atendimento de pacientes, tendo em vista avaliar, recuperar, manter ou melhorar o estado físico, mental ou emocional desses pacientes;

### **Conceitos**

A retenção se dá em razão da *cessão de mão de obra*, que é definida pela legislação como a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário.

“Serviços contínuos” são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante (a tomadora dos serviços), que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores.

Considera-se *discriminação* no contrato os valores nele consignados, relativos ao material ou equipamentos ou os previstos em planilha à parte, desde que esta seja parte integrante do contrato mediante cláusula nele expressa.

### **Compensação ou devolução**

Os valores pagos a título de adiantamento deverão integrar a base de cálculo da retenção. O valor retido da contratada e recolhido à Previdência Social poderá ser compensado por ela (contratada) naquele próprio órgão, quando do recolhimento de sua própria contribuição à Seguridade Social. Caso o valor retido supere a quantia devida pela contratada à previdência, ela deverá requerer a restituição (devolução) da diferença diretamente no órgão público.

Quando a contratada requerer a devolução ou compensação no órgão público ela será fiscalizada por ele, pois esta é uma das intenções da legislação.

A empresa que estiver regular nada sofrerá. Porém, a irregular terá dificuldades e deverá acertar suas contas com o fisco, o que é outra intenção da legislação.

### **Dispensa de retenção**

Desde 1998, várias empresas obtiveram liminares judiciais que desobrigaram seus contratantes de efetuar a retenção das notas fiscais por elas emitidas. Acontece que a maioria dessas liminares foi cassada pelos tribunais, o que fez voltar a obrigatoriedade do tomador do serviço em reter os valores, em cumprimento à legislação.

A IN prevê a possibilidade de dispensa de retenção quando, cumulativamente:

- a) a contratação versar somente sobre serviços relativos ao exercício de profissão regulamentada por legislação federal;

- b) os serviços forem prestados pessoalmente pelos sócios, sem a participação de empregados ou outros contribuintes individuais;

- c) o faturamento do mês anterior da contratada for igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição (R\$5.336,30).

Dentre as profissões regulamentadas incluem-se: assistentes sociais, biólogos, biomédicos, cirurgiões dentistas, enfermeiros, farmacêuticos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, fonoaudiólogos, médicos, nutricionistas, psicólogos etc.

Para que o tomador se desobrigue de reter os valores dos prestadores de serviço estes deverão elaborar declaração, que deverá ser assinada por seu representante legal (definido no contrato social), sob as penas da lei, afirmando que:

- a) o serviço foi prestado diretamente por sócios da empresa, no exercício de profissão regulamentada;

- b) o serviço foi prestado sem a participação de empregados ou contribuintes individuais;

- c) não possui empregados;

- d) o seu faturamento no mês anterior foi igual ou inferior a R\$5.336,30.

O tomador do serviço deverá guardar a declaração e apresentá-la ao fiscal, quando for questionada sobre o motivo de não ter realizado a retenção.

### **Base de cálculo**

A legislação estabelece que os valores de materiais ou de equipamentos fornecidos pela contratada, próprios ou de terceiros, exceto os manuais, discriminados no contrato e na nota fiscal, não integram a base de cálculo da retenção, desde que comprovados, devendo o valor da retenção corresponder no mínimo a:

- a) 50% do valor bruto da nota fiscal;

- b) 30% do valor bruto da nota fiscal para os serviços de transporte de passageiros, cujas despesas de combustível e de manutenção dos veículos corram por conta da contratada;

- c) 65% quando se referir à limpeza hospitalar;

- d) 80% quando se referir aos demais tipos de limpezas.

Se a utilização de equipamento for inerente à execução dos serviços contratados, mas não estiver prevista em contrato, a base de cálculo da retenção corresponderá, no mínimo, a 50% do valor bruto da nota fiscal, desde que haja a

discriminação de valores nela.

Não existindo previsão contratual de fornecimento de material ou utilização de equipamento e o uso deste equipamento não for inerente ao serviço, mesmo havendo discriminação de valores na nota fiscal, a base de cálculo da retenção será o valor bruto da nota fiscal (100%).

Na falta de discriminação de valores na nota fiscal, a base de cálculo da retenção será o seu valor bruto (100%), ainda que exista previsão contratual para o fornecimento de material ou utilização de equipamento, com ou sem discriminação de valores em contrato.

O valor do material fornecido ao contratante ou o de locação de equipamento de terceiros, utilizado na execução do serviço, não poderá ser superior ao valor de aquisição ou de locação para fins de apuração da base de cálculo da retenção.

A contratada deverá manter em seu poder, para apresentar à fiscalização, os documentos fiscais de aquisição do material ou o contrato de locação de equipamentos, conforme o caso, relativos ao material ou equipamentos cujos valores foram discriminados na nota fiscal.

Caso a contratada emita duas notas fiscais relativas ao mesmo serviço, uma contendo o valor correspondente à taxa de administração ou de agenciamento e a outra o valor da remuneração dos trabalhadores utilizados na prestação do serviço, a retenção incidirá sobre o valor de cada uma delas.

Traduzindo:

Tabela de descontos da base de cálculo					
Descrição	Inerente à execução dos serviços?	Equipamentos descritos, previstos ou discriminados no contrato?	Destacado ou discriminado na Nota Fiscal, com indicação de valores?	Há documento de aquisição do material ou locação dos equipamentos?	Percentual do valor bruto da NF a ser considerado como base de cálculo
Materiais e equipamentos fornecidos pela contratada, próprios ou de terceiros, exceto manuais	Sim	Sim	Sim	Sim	50%
	Sim	Não	Sim	Sim	50%
	Não	Não	Sim	Sim	100%
	Sim	Tanto faz	Não	Sim	100%
Transporte de passageiros com combustível e manutenção dos veículos pela contratada	Sim	Sim	Sim	Sim	30%

Limpeza hospitalar	Sim	Sim	Sim	Sim	65%
Demais tipos de limpeza	Sim	Sim	Sim	Sim	80%
Custo da alimentação fornecida "in natura"	Sim	Indiferente	Sim	Sim	deduzir o respectivo custo
Custo com vale-transporte	Sim	Indiferente	Sim	Sim	deduzir o respectivo custo
Valor da taxa de administração ou de agenciamento	Sim	Indiferente	Sim	Sim	100%

A empresa ou entidade tomadora de serviços não poderá descumprir a legislação e deixar de reter - e recolher - valores das notas fiscais dos seus prestadores de serviços. Ela só procederá assim se a contratada lhe apresentar decisão judicial desobrigando-a daquela responsabilidade.

Essa é a regra do jogo, definida pelo governo federal.



## 7.2 - Comentário sobre o livro **Direito Digital, de Patrícia Peck Pinheiro**

### Sobre

Comentário sobre o livro *Direito Digital*, de Patrícia Peck Pinheiro.

A advogada Patrícia Peck Pinheiro (PPP) lançou a 5ª edição do livro *Direito Digital*, pela editora Saraiva, em 16 de maio de 2013, no Terraço Itália, em São Paulo/SP.

Josenir Teixeira aceitou seu gentil convite para escrever mensagem a respeito da obra, que saiu publicada na página 9, assim redigida:

A presença do Direito Digital em nossas vidas é inexorável, o que atrai a sua imprescindível doutrinação para delinear os limites, apontar os riscos e sugerir o ambiente de segurança que as pessoas necessitam para proteger as suas informações privadas e sensíveis. Esta obra cumpre este propósito, pois propicia o conhecimento dos direitos, o que facilita o seu exercício.

Parabéns à Patrícia e muito mais sucesso!



## 7.3 - O mascaramento da ajuda de custo

### Sobre

Publicado na revista Notícias Hospitalares, ano 1, n. 1, agosto de 1998, p. 3.

Sempre há dúvidas a respeito da interpretação correta do que seja “ajuda de custo”, o que leva, às vezes, à prática de atos que não são revestidos de legalidade.

De Plácido e Silva (Vocabulário Jurídico, 15. ed., Editora Forense, atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves, 1998, p. 51) conceitua “ajuda de custas” da seguinte forma, que deve ser aqui entendida por analogia em relação ao objetivo deste trabalho:

Auxílio pecuniário concedido a funcionário público para atender a despesas de viagem e assumir as funções de seu cargo, por transferência ou nomeação. É assim o dinheiro que se dá por fora do ordenado ou vencimento comum, em razão de despesa extraordinária, que se tem a fazer. ... Ajuda de custas não se computa como integrante do ordenado ou gratificação do funcionário. É auxílio eventual, determinado em virtude da situação que se apresenta no momento.

Eduardo Gabriel Saad (CLT Comentada, 3. ed., LTr, p. 313, assim conceitua “ajuda de custo”: “é importância que o empregador dá ao empregado para que lhe seja dado executar o serviço. Cobre despesas que o empregado tem de fazer para cumprir sua tarefa (despesas com transporte, por exemplo, quando tiver que trabalhar fora da empresa).”

Continua o doutrinador dizendo:

Diárias para viagem são importâncias que o empregador dá ao empregado para cobrir as despesas que faz durante o deslocamento para local distante da empresa a fim de realizar determinado serviço. As diárias que excederem a 50% do salário do empregado, passam a integrá-lo. É louvável a preocupação do legislador em proteger o empregado contra fraudes, sob a capa de diárias de viagem. ...

A Instrução Normativa nº 1, de 1.11.91 (DOU 4.11.91) da Secretaria Nacional do Trabalho considera como salário,

para fins de fiscalização, diária que exceda a 50% do salário desde que não sujeita à prestação de contas; se houver essa exigência, o excedente não é salário. (EGS)

Sérgio Pinto Martins, Doutor em Direito do Trabalho, entre outros diversos títulos e Juiz Presidente da 33ª Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo, assim se posiciona (*Direito do Trabalho*, 4. ed., Editora Malheiros, 1997, p. 185):

Verifica-se do conceito que a natureza do pagamento dessa verba (ajuda de custo) é indenizatória, de compensar as despesas havidas pelo funcionário em função de sua mudança de um local para outro e as despesas de viagem.

...

Muitas vezes a ajuda de custo pode ser eventual ou decorrente de um único pagamento; seriam despesas imprevistas e ocasionais, enquanto que a diária, normalmente, é repetitiva. A diferença que se pode estabelecer entre as diárias e as ajudas de custo é que as primeiras são para as viagens, e as segundas, não. Nas diárias existem, muitas vezes, sobras do numerário recebido, o que geralmente não ocorre na ajuda de custo, que também não tem por objetivo compensar o incômodo da viagem.

...

Assim, poder-se-ia dizer que se trata de uma importância paga pelo empregador ao empregado com o objetivo de proporcionar condições para a execução do serviço, não se tratando, porém, de valores pagos pela contraprestação dos serviços. ...

Entendemos, que não há como se distinguir entre ajudas de custo próprias e impróprias, pois as ajudas de custo não integram o salário, correspondendo sempre a reembolso para cobrir as despesas do empregado com viagens, transporte ou alimentação.

O § 2º do artigo 457 da CLT prevê:

Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de cinquenta por cento do salário percebido pelo empregado.

Diz o Enunciado n. 101, do Tribunal Superior do Trabalho:

Integram o salário, pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias de viagem que excedam de 50% do salário do empregado.

A ajuda de custo é valor pago ao empregado em razão de despesa havida em decorrência do acontecimento de algo extraordinário, que não é comum, ou seja, eventual.

Todavia, o enfoque que queremos dar a este artigo e que poderá trazer grandes problemas (inclusive judiciais) é o pagamento habitual de valores ao empregado sob a imprópria rubrica de “ajuda de custo”.

Não se sabe porque, mas de certa forma difundiu-se que toda parcela que se quer pagar ao empregado, e que numa análise leiga e precipitada, não se integraria ao salário, deve ser denominada por “ajuda de custo”.

Assim, quando o empregador deseja ajudar determinado empregado com o pagamento de seu aluguel, por exemplo, ele registra tal pagamento no recibo de pagamento como “ajuda de custo”, e assim por diante.

O pagamento reiterado e habitual de determinado valor ao empregado, mesmo que lançado indevidamente no seu recibo de pagamento como “ajuda de custo”, na verdade não o é, e aquela quantia efetivamente integra a remuneração do empregado para todos os fins de direito, em virtude do que dispõe o artigo 457 da CLT e de acordo com vários acórdãos julgados nessa mesma linha.

No nosso entendimento, quando o empregador efetua pagamentos mês a mês ao empregado, utilizando impropriamente a rubrica “ajuda de custo”, tal importância incorpora-se ao salário para todos os fins de direito, não podendo mais ser suprimido, sob pena de nulidade do ato (CLT, art. 468) ou até mesmo fraude, em última análise, em relação aos direitos do empregado (CLT, art. 9º).

Comungamos do posicionamento de Sérgio Pinto Martins (ob. ac. cit., p. 186), quando afirma:

É claro que, se o empregador rotular falsamente o salário como ajuda de custo, considerar-se-á de natureza salarial a verba paga, principalmente se sua natureza não for indenizatória, mas retributiva, ou se o pagamento for feito a título de reembolso de despesas que o empregado não tem, ou por trabalhar internamente, como rotular impropriamente de ajuda de custo de despesas de transporte do obreiro de sua residência para o trabalho ou vice-versa, ou de suposta ajuda de custo de aluguel, sendo tais pagamentos, na verdade, salário utilidade, se houver habitualidade no referido pagamento, por corresponderem a um “plus” salarial, e não reembolso de despesas ou indenização. É comum o empregador pagar ao empregado verbas de natureza indenizatória que realmente têm natureza de ajuda de custo, de indenizar as despesas feitas pelo empregado, como ajuda para transporte, ajuda-quilometragem, ajuda-alimentação, como ocorre, quanto a esta última, principalmente em relação aos bancários. Se o empregador pagar cumuladamente diárias e ajuda de custo, é preciso verificar a natureza indenizatória de cada parcela, para diferenciar a parte que é salário.

Portanto, é crucial e necessário que se faça a adequação e lançamento das parcelas pagas ao empregado da maneira correta no recibo de pagamento.

Caso sejam valores a que o empregado realmente faz jus a título de “ajuda de custo”, sob essa rubrica devem ser pagos, sendo que eles, neste caso, não integram o salário do prestador de serviços.

Não sendo observadas estas breves explicações estará o empregador sujeito a ser compelido a fazê-lo, vale dizer, integrar os valores pagos a título de “ajuda de custo” ao salário do empregado, com as incidências dos reflexos daí decorrentes.

Exemplifico com um caso concreto: numa audiência de separação as partes

decidiram que o marido pagaria pensão alimentícia aos filhos em determinado percentual a ser aplicado sobre seus rendimentos brutos, deduzida a rubrica de ajuda de custo. Todavia, o empregado recebia do empregador valor destinado a pagamento de seu aluguel, sendo que tal quantia era registrada em seu recibo de pagamento como “ajuda de custo”. Surgiu o seguinte problema: a tal “ajuda de custo”, na verdade, integrava-se ao salário, pois era destinada a pagar sua moradia. Portanto, a nosso ver, o desconto determinado pelo juiz deveria incidir também sobre o valor pago a título de “ajuda de custo”, vez que não o era, pois todo mês aquele valor era pago ao empregado, já integrado a seu salário. Em última análise e em tese, os filhos estavam recebendo valores menores do que o correto.

Para ilustrar, citamos a seguinte jurisprudência:

AJUDA DE CUSTO – Simulação – Salário integrado. A verba paga a título de ajuda de custo, sem qualquer vinculação à cobertura de despesas efetuadas pelo empregado para desempenhar as suas atividades, compõe a sua remuneração para todos os efeitos. TRT 12ª R, 1ª T, un, 28.10.92., RO 583/90 – Juiz Pedro de Almeida, in CD-Rom ADVi/RJ.

Para finalizar, transcrevemos a jurisprudência abaixo, que sintetiza este artigo:

Diárias. Ultrapassando o percentual de 50% perquerido frente ao salário contratado, dá-se a presunção iure et de iure de mascaramento da parcela, revelando ajuste em torno de verdadeira contraprestação. O disposto no art. 457, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, harmoniza-se com o salutar preceito do art. 9º do referido diploma legal. Sobre o formal prevalece a realidade. Uma vez alcançados os 50%, a transmutação é automática e definitiva, independentemente de pronunciamento judicial, razão pela qual a redução ou supressão alcança não mais diárias, mas sim o próprio salário do empregado, esbarrando no artigo 468, também consolidado. Precedente: RR-947/83, 1ª T., julg. Em 19.6.84. TST, Pleno, E-RR-7.460/83, in DJ de 25.5.90, p. 4637. (EGS, ob. ac. cit.)

## 7.4 - Publicação de comentários: Folha de S. Paulo e revista Veja

### Folha de S. Paulo - Painel do Leitor

#### Sobre

Folha de S. Paulo  
Painel do Leitor

Revista Veja  
Leitor

#### Terceirização

O deputado Vicentinho faz leitura preconceituosa, parcial e distorcida do projeto de lei de terceirização. As consequências pretensamente funestas previstas por ele são para enganar os desavisados e assustar os trabalhadores (“Terceirização, retrocesso trabalhista”, *Tendências / Debates*, 3/4). A prevalecer seu pensamento sectário e míope o Brasil nunca sairá da mesmice trabalhista e retrógrada. O “diálogo” pregado pelo governo só existe se for para fazer vingar a tese defendida por ele. É lamentável ler posição tão arcaica.

Josenir Teixeira, advogado (São Paulo, SP)

04.04.2015, edição impressa

#### Aborto

A sociedade precisa discutir e decidir os limites e o alcance do sigilo médico (“Médico chama polícia após atender jovem que fez aborto”, *Cotidiano*, 21/2) de uma vez por todas. É evidente o conflito existente entre leis, o Código de Ética Médica e a Constituição. Tal conflito insere os médicos, os advogados, as autoridades e as pessoas num ambiente de insegurança jurídica que não beneficia ninguém. Magistrados mandam divulgar informações de pacientes sem nenhum pudor, fruto da falta de consenso quanto ao entendimento do que seja o segredo nos prontuários. Temos que dar um basta nisso.

Josenir Teixeira, advogado (São Paulo, SP)

23.02.2015, edição impressa

#### Mais médicos

O artigo resume com precisão o programa tresloucado que ilude o cidadão e não resolve o problema. Se fosse tão

simples e fácil era só o governo importar os profissionais que nos faltam e seríamos o melhor país do mundo.

Josenir Teixeira (São Paulo, SP)

28.04.2014, edição impressa

### **Copa do Mundo**

É claro que vai ter Copa. A um custo altíssimo, bancado pelo dinheiro público. Ronaldo (#100diaspraCopa, Tendências/Debates, ontem), o Brasil não precisa de “mídia espontânea” para o futebol. Somos pentacampeões e você é o artilheiro de todas as Copas. O mundo já sabe disso. O custo que vamos pagar pelo estádio de Cuiabá, por exemplo, é alto demais para uma arena que não será usada por ninguém a ponto de recuperar o investimento. É triste, mas previsível.

Josenir Teixeira, advogado (São Paulo, SP)

05.03.2014, edição impressa.

### **Maranhão**

A governadora Roseana Sarney afirma que irá solucionar o problema carcerário do Maranhão com a execução de 11 itens de um “plano de ação”. Tais itens não encerram novidades jamais pensadas ou colocadas em prática em outros Estados. Por que somente agora as “soluções” vêm à tona de forma tão rápida e certa: A “verdade” do Maranhão é muito mais profunda do que isso, infelizmente, E a Sarney da vez se esquivava dela.

Josenir Teixeira, advogado (São Paulo, SP)

13.01.2014, edição impressa

### **Organizações sociais**

Ninguém nunca afirmou que as parcerias firmadas pelas organizações sociais com entes políticos são imunes a vulnerabilidades. Ignóbeis existem em todas as áreas e não seriam as OSs o sacrossanto sistema em que tais pessoas não atuassem. Elas são eficientes, sim, como insiste em negar o leitor Tarso Cabral Violin (“Painel do Leitor”, 14/8).

A afirmação decorre do desconhecimento da realidade e dos indicadores utilizados pelo governo para fiscalizar o cumprimento de metas. Qual sistema é melhor que as OSs? A administração direta?

Josenir Teixeira (São Paulo, SP)

16.08.2010, edição *on line*

### **Maltratados**

Prezado Arthur Kaufman, o senhor pagou pouco pelo passeio. O Credicard Hall me cobrou inacreditáveis R\$ 40 pelo estacionamento no show do Patati Patatá. Esse preço, somado ao absurdo valor do ingresso (R\$ 140), da taxa de conveniência“ do site que o vende (R\$ 48), da pipoca (R\$ 10), da lata de refrigerante (R\$ 5) e das bugigangas coloridas que excitam nossos pequenos (R\$ 15), fez com que o programa saísse por quase R\$ 500.

Josenir Teixeira (São Paulo, SP)

17.07.2012, edição impressa

### **Terceiro Setor**

Em rápidas e objetivas palavras, Dimenstein (Cotidiano, 18/11) resume o cenário do terceiro setor e mostra o antagonismo entre as pessoas abnegadas e as de baixa qualidade, que, ‘espertamente’, se aproveitam da boa-fé do cidadão para engordar seus próprios bolsos, inculcando na sociedade a impiedosa desconfiança sobre as intenções das primeiras. O terceiro setor é imprescindível ao Brasil, pois o Estado está cada vez mais mínimo e desqualificado, o que faz emergir na coletividade o sentimento e a necessidade de substituí-lo de forma eficaz, visando minimizar o desequilíbrio da sociedade em prol de todos. Tomara, realmente, que a CPI das ONGs sirva para algo concreto, o que, infelizmente, não se viu nas duas anteriormente realizadas, quando a vontade pelos holofotes midiáticos fez sucumbir a produção normativa para o Terceiro Setor.“

Josenir Teixeira, presidente do Instituto Brasileiro de Advogados do Terceiro Setor (São Paulo, SP)

19.11.2007, edição *on line*

### **Revista VEJA - Leitor**

#### **ONGs**

Fazia muito tempo que eu não via um veículo de comunicação do porte de VEJA sair da zona de conforto de ataque indiscriminado às organizações não governamentais (ONGs) e resgatar a importância delas para o cidadão brasileiro (“ONGs. Quem paga o pato são as boas ...”, 9 de novembro). Infelizmente, o mais frequente é que as poucas maças podres que existem nesse meio acabem ganhando espaço na imprensa, em detrimento da esmagadora maioria das entidades que praticam o bem – e de forma honesta. Parabéns a VEJA pela coragem

em defender o terceiro setor.

Josenir Teixeira - Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Advogados do Terceiro Setor (Ibats)

São Paulo, SP

Edição n. 2243, 16.11.2011

## 7.5 - Tim Maia e o perecimento

### Sobre

José Carlos Rizoli  
escrito em 19.01.2012

Naquele dia, José chegou mais tarde do que de costume ao seu escritório! Tivera uma noite atribulada, pois uma senhora, sua vizinha, durante a madrugada, havia resolvido tocar as campainhas e bater na porta dos apartamentos, o que fez com que José e sua esposa acordassem e prestassem cuidados à idosa, conduzindo-a até seu domicílio e acordando seus filhos para que pudessem prestar assistência à mãe, acometida de doença degenerativa.

Ao retornar ao leito, José demorou bastante a pegar no sono, pois havia ficado pensando sobre o triste fim que leva pessoas que foram jovens, amaram, viveram emoções, geraram e criaram filhos e, ao final de sua existência, se transformam num ser quase vegetal, sem vontades, sem objetivos e sem perspectivas, ficando apenas aguardando o dia de seu desenlace.

José efetivamente perdera o sono, pois pensava na hipótese de, no futuro, vir a fazer parte desta legião de idosos doentes, causando transtornos e permanente vigilância de parte de seus filhos e esposa.

Acordou assustando. Perdera a hora. Levantou-se de um salto, correu ao banheiro para tomar uma ligeira ducha, vestiu-se e engoliu rapidamente um café. Após, dirigiu-se ao escritório refletindo nas pendências que necessitavam soluções para aquele dia.

Quando adentrou no seu recinto de trabalho notou um volume sobre sua mesa: um sedex. Após proceder as rotinas normais de quando chegava ao escritório, tratou de abrir aquele envelope e, com surpresa, viu tratar-se de um livro que conta a biografia de TIM MAIA, um extraordinário cantor e ser humano especial, recentemente falecido. Não se contendo, procurou imediatamente o remetente de tal obra, e constatou ser um amigo muito querido que, com extrema

gentileza, resolvera lhe presentear. José parou por alguns minutos e pensou: “que bom existirem pessoas que, com pequenos gestos, amenizam, e muito, as incertezas de nosso futuro”.

Em seguida, sentou-se no computador para enviar uma mensagem de agradecimento àquele amigo.

## 7.6 - Vossa Excelência é um vagabundo

### Sobre

Publicado na revista  
Notícias Hospitalares  
n. 56,  
fev/mar/abr/2008,  
p. 32.

A frase que dá título a este artigo foi dita por um senador a outro no plenário do Senado Federal e amplamente divulgada pela mídia. Apesar da gravidade, da falta de polidez e do desrespeito ao colega e à instituição, a frase é corriqueira e retrata apenas mais uma das sandices vindas daquelas bandas. Pus-me a pensar sobre ela.

Tenho percebido que cada vez mais autoridades estão se utilizando de “bodes expiatórios” ou de ASPONEs (o significado da sigla fica por conta do leitor) para se desculpar por pedidos não atendidos ou para se livrar de situações desconfortáveis e colocar a culpa no “sistema” ou na “estrutura”. Já foi o tempo (há muito) em que a palavra empenhada valia alguma coisa. Hoje em dia, nem contratos escritos são respeitados. O que se dirá, então, de palavras sôfregas, sujeitas às intempéries do vento e que são levadas de um lado para outro sem sequer muita força daquele evento?

Eu tenho a oportunidade de manter contato com diversas autoridades, por vários motivos, em razão da atuação profissional e representação de clientes, o que faço no desempenho do lobby ético, transparente e legal, aquele mesmo relatado no livro de Saïd Farhat (editora Peirópolis) e em outros trabalhos.

Já ouvi de autoridades promessas de análises detalhadas sobre determinados assuntos que lhe foram submetidos. Inclusive, de alguns mais afoitos em se livrar do seu interlocutor, já ouvi promessas de solução de assuntos sem mesmo saber do que se tratava. E o que aconteceu? Nada. Ou melhor, em alguns casos, aconteceu justamente o contrário. Quando perguntada, a autoridade se “justifica” dizendo que ele “está” ocupando aquele posto e que essa condição não lhe permite ir de encontro à orientação técnica dos seus subalternos. Tem lógica. Casos há em que não há solução.

Mas porque o teatro? Por que a utilização de palavras escolhidas quando, na verdade, a intenção é outra? Por que o antagonismo de chamar um “vagabundo” de “vossa excelência”? Por que a sociedade cria determinadas regras de convivência e reluta tanto em não mudá-las? Sei, caro leitor, que a resposta a essas inquietantes perguntas, originariamente, não são da alçada de um advogado, mas de psicólogos, sociólogos ou outro profissional que a elas se dedique. Portanto, encerro aqui esse desvario utópico.

### **O branco sadio**

Mudo radicalmente de assunto para não perder o *timing* de recente publicação.

Temos assistido nos últimos anos a criação de diversas normas jurídicas protetivas de minorias, por diversas razões. É claro que não se pode ser contra tais proteções e o leitor inteligente saberá entender a posição aqui externada. Porém, há que se ter o bom senso em tudo na vida e sopesar atitudes. Não podemos nos distanciar da noção do princípio constitucional da igualdade que encontra na máxima de Aristóteles, disseminada por Rui Barbosa, a sua razão de ser: “a igualdade consiste em aquinhoar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade.”

Utilizo-me de ensinamentos do professor de Direito Constitucional, mestre e doutor em Direito do Estado pela PUC/SP Uadi Lammêgo Bulos (2005) para contextualizar o assunto. Lembra ele que “*a diretriz da igualdade limita a atividade legislativa, aqui tomada no seu sentido amplo. O legislador não poderá criar normas veiculadoras de desigualdades abusivas, ilícitas, arbitrárias, contrárias à manifestação constituinte de primeiro grau.*”

E continua ele a falar sobre a igualdade e a desigualdade:

As discussões acerca do real conteúdo e essência do princípio da igualdade sempre foram objeto de insídias e teorizações diversas. Há afirmações que negam a igualdade, defendendo a tese de que a desigualdade é inerente ao universo (teoria nominalista). Em outro pólo, existem os adeptos da isonomia absoluta entre as pessoas. Para estes, por existir a liberdade natural no estado da natureza, os seres humanos são totalmente iguais (teoria igualitarista). Entre os dois extremos encontramos a posição intermediária, que até admite a possibilidade de haver inúmeras desigualdades humanas, mormente nos aspectos naturais, físicos, morais, políticos, econômicos, sociais etc. Todavia, acredita que os homens possuem caracteres inteligíveis, biológicos e psicossociais comuns, logrando a mesma aptidão para existir. Se não fossem assim, não seriam seres integrantes de uma mesma espécie (teoria realista).

Há anos dissemino a criação de uma ONG (já que está tão na “moda”) que tenha por objetivo proteger o cidadão comum branco sadio, aquele que não se

insere em nenhuma classificação de minoria, nem em sistema de cotas, nem é destinatário de qualquer benefício em razão da cor de sua pele ou outra situação que mereça o apadrinhamento normativo. Eu nunca escrevi sobre isso, apesar de o desejo ser grande, pois não havia encontrado, ainda, apoio que considerasse importante, diante da aridez do assunto.

Para minha surpresa e contentamento, leio no jornal “Carta Forense” de março/2008, artigo escrito por Ives Gandra da Silva Martins intitulado “Discriminações Inconstitucionais”. No texto, o jurista se refere a situações que envolvem os quilombolas, os invasores de terra, desertores e assassinos, discriminados, “*que resolveram pegar em armas contra o governo militar ou se disseram perseguidos*” e que garantiram indenizações pagas pelos contribuintes brasileiros, valor que hoje se aproxima de R\$ 4 bilhões.

Afirma ele, ao se referir sobre o não raro confronto de duas pessoas por uma vaga na universidade que, “*em igualdade de condições, o branco é um cidadão inferior e deve ser discriminado*”, em prol do afro-descendente, por exemplo.

Conclui ele: “*Hoje, tenho eu a impressão de que “o cidadão comum e branco” é agressivamente discriminado pelas autoridades e pela legislação infraconstitucional, a favor de outros cidadãos, desde que sejam índios, afro-descendentes, homossexuais ou se auto-declarem pertencentes a minorias submetidas a possíveis preconceitos. (...) Como modesto advogado, cidadão comum e branco, sinto-me discriminado e cada vez com menos espaço, nesta terra de castas e privilégios*”.

Por representar o texto do Dr. Ives exatamente o meu pensamento e diante do “risco” de se tratar de assunto tão polêmico, sujeito a críticas ácidas, o que é saudável, como aconteceu nos artigos que escrevi intitulados “Nascem pobres demais” e “Dê sangue às Testemunhas de Jeová”, por exemplo, deixo ao leitor a oportunidade de reflexão sobre o assunto e me disponho a discuti-lo.

Oxalá nossa sociedade tenha condições de enfrentar assuntos como esse sem bairrismos, paixões, tendências, parcialidade, em prol da justiça social.

Infelizmente, não há muita esperança nisso, pois nosso povo carece de algo fundamental e que viabilizaria tal possibilidade: educação. E isso não se consegue de uma hora para outra, sem investimento e, principalmente, vontade política, o que acaba por gerar legião de legisladores descerebrados.

Que Deus nos ajude!





# 8

## Anexos

## Vídeos, palestras e entrevistas

### Sobre

Alguns vídeos de palestras e entrevistas com Josenir Teixeira podem ser assistidos em [www.youtube.com.br](http://www.youtube.com.br) e também no site [www.jteixeira.com.br](http://www.jteixeira.com.br)

### Palestras

Segurança Constitucional do Acesso à Saúde Pública: judicialização em saúde

1º Congresso Brasileiro – Todos Juntos contra o Câncer, São Paulo/SP Promovido pela ABRALE – Associação Brasileira de Linfoma e Leucemia

24.09.2014

<https://www.youtube.com/watch?v=Ly8dvK0DYN4>

Fórum de Gestão Pública no Mato Grosso – Cuiabá/MT  
04.04.2013

<http://www.jteixeira.com.br/video-josenir-teixeira-fala-forum-gestao-publica-mt/>

Seminário Terceiro Setor e Parcerias na Área da Saúde – Rio de Janeiro/RJ

Tema: A utilização de recursos de fomento pelas entidades do Terceiro Setor na área da Saúde: regime jurídico e controle

12.09.2013

<https://www.youtube.com/watch?v=loUT1pzb4GQ>

Assista a aulas e faça cursos sobre o Terceiro Setor gravadas para a Fundação Escola Aberta do Terceiro Setor

<http://www.escolaaberta3setor.org.br/>

Lei n. 12.527/11 – Acesso à informação (JTeixeira e Tiago Farina Matos) São Paulo/SP

Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo e Estado de São Paulo

14.08.2012

<http://www.educasus.org.br/>

Encontro CIEE do Terceiro Setor – Tema: As entidades do Terceiro Setor possuem função social? Lançamento do livro O Terceiro Setor em Perspectiva: da estrutura à função social

16.02.2012 - CIEE São Paulo/SP

29.08.2012 - CIEE Brasília/DF

<http://www.jteixeira.com.br/video-palestra-durante-o-encontro-do-ciee-do-terceiro-setor/>

As perspectivas para o setor da saúde mediante as demandas trabalhistas – São Paulo/SP

22.09.2011

<http://www.educasus.org.br/>

A terceirização de médicos é legal?

Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo e Estado de São Paulo

28.06.2011

<http://www.educasus.org.br/>

[https://www.youtube.com/watch?v=IA\\_tdZgJcY8](https://www.youtube.com/watch?v=IA_tdZgJcY8)

A validade jurídica do Prontuário do Paciente - Bento Gonçalves/RS

II Jornada Médico-Jurídica do RS

01.10.2009

<http://www.jteixeira.com.br/video-a-validade-juridica-do-prontuario-medico-do-paciente/>

<https://www.youtube.com/watch?v=gCGnJsM62Uk>

1º Fórum Nacional do Terceiro Setor (OAB/SP e FGV/SP) – São Paulo/SP

Tema de Josenir Teixeira: Insegurança Jurídica no Terceiro Setor

30.10.2007

<https://www.youtube.com/watch?v=fElhcU5dNzE> (1ª parte)

<https://www.youtube.com/watch?v=BTxKAWvOZWE> (2ª parte)

Terceiro Setor: Debate e Desenvolvimento Social do Estado: O Fim da Filantropia (OAB/SP) – São Paulo/SP

<https://www.youtube.com/watch?v=ZFmJYPd7fxg>

16.05.2006

Temas Jurídicos do Terceiro Setor - Títulos e Qualificações do Terceiro Setor  
(OAB/SP) – São Paulo/SP

18.03.2005

<http://www.jteixeira.com.br/video-josenir-teixeira-palestra-oabsp/>

### **Entrevistas**

Rádio Justiça, administrada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), programa  
Justiça na Tarde

Tema: a ausência de médico no plantão e responsabilidade pela manutenção  
da equipe necessária para o atendimento da população.

06.02.2013

<https://www.facebook.com/JosenirTeixeira/posts/398629870225603>

Programa Fala Brasil (TV Record)

09.11.2012

<https://www.youtube.com/watch?v=keMVEbuiEAI>

<http://videos.r7.com/medico-que-receitou-cadeado-para-paciente-diz-que-fez-por-amor/idmedia/509d0fa5b61c9ad381876ff6.html>

<http://www.jteixeira.com.br/video-fala-brasil-com-josenir-teixeira/>

Direito e Globalização – Discussão sobre o Terceiro Setor

06.11.2007

<https://www.youtube.com/watch?v=Oudk1AWAV1Y>

[https://www.youtube.com/watch?v=2°\\_IKLuEDn8](https://www.youtube.com/watch?v=2°_IKLuEDn8)

Direito e gestão do Terceiro Setor: Certificados das Organizações do Terceiro  
Setor

Programa Sociedade Solidária – LBV

22.09.2006

[https://www.youtube.com/watch?v=Yqgc\\_EU7W-s](https://www.youtube.com/watch?v=Yqgc_EU7W-s)

Programa Cartório Parceiro Amigo

17.03.2006

<http://www.jteixeira.com.br/video-programa-cartorio-parceiro-amigo/>

Programa Direito em Debate (Canal Comunitário da cidade de São Paulo)

11.09.2003

<http://www.jteixeira.com.br/video-josenir-teixeira-programa-direito-debate/>

### **Participação em programa**

Programa Academia – TV Justiça, mantida pelo Supremo Tribunal Federal (STF)

Debate sobre o tema “O controle das parcerias entre Estado e Terceiro Setor pelos Tribunais de Contas”, dissertação de Janaina Schoenmaker, mestre em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo (USP), que foi publicada em livro pela editora Fórum.

11.05.2012

[http://tv-justica.blogspot.com.br/2012/05/programa-academia\\_13.html](http://tv-justica.blogspot.com.br/2012/05/programa-academia_13.html)

## Sobre

Publicações nas quais você encontrará grande parte dos artigos aqui publicados.

## Periódicos

**Conexão Saúde** é boletim bimestral publicado pelo INDSH - Instituto Nacional de Desenvolvimento Social e Humano - que traz notícias relativas a suas filiais, de gestão e de saúde em geral. O n. 1 foi editado em novembro/dezembro de 2013 e o n. 7 em janeiro/fevereiro de 2015. Ele pode ser lido em [www.indsh.org.br](http://www.indsh.org.br).

**Empreender Saúde** é site fundado em 2010 por médicos com passagem profissional em fundos de investimentos, aceleradoras e área de negócios de grandes empresas do setor que são apaixonados e sempre antenados com o que é mais revolucionário no mundo da saúde digital e inovação. Visite [www.empreendersaude.com.br](http://www.empreendersaude.com.br)

**Enfoque Jurídico** (INPI n. 828.632.804) é boletim jurídico editado por JOSENIR TEIXEIRA ADVOCACIA (CNPJ 02.430.6260001-63) 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).

**Notícias Hospitalares** é publicação 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 no site [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, atualmente, também pela FEMIPA – Federação das Santas Casas de Mi-

sericórdia e Hospitais Beneficente do Estado do Paraná. Foi lançada em fevereiro de 2011. Seu coordenador científico é o Prof. Dr. Fernando Borges Mânica. 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), [www.cmb.org.br](http://www.cmb.org.br) e [www.femipa.org.br](http://www.femipa.org.br). O n. 5 da RBDS se refere a julho/dezembro de 2013.

**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 e pelo Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira, professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Ela é comercializada pela Editora Fórum por meio de assinatura. Informações pelo site [www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br) ou telefones 0800.704.3737 ou (31) 2121.4949.

### Livros Publicados

Livros já publicados pelo autor Josenir Teixeira.

## Livros Publicados



TEIXEIRA, Josenir.  
**Prontuário do Paciente: aspectos jurídicos**  
Goiânia  
AB editora, 2008  
200 páginas



TEIXEIRA, Josenir. **Assuntos hospitalares na visão jurídica.** Goiânia  
AB editora, 2009  
184 páginas



TEIXEIRA, Josenir. **Opiniões.**  
São Paulo  
Edição Própria, 2010. 324 páginas



TEIXEIRA, Josenir.  
**O Terceiro Setor em perspectiva: da estrutura à função social.**  
Belo Horizonte  
Editora Fórum, 2011  
195 páginas



TEIXEIRA, Josenir.  
**Opiniões 2.**  
São Paulo  
Edição Própria, 2013  
320 páginas

  
**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  
São Paulo/SP – (11) 9 9185.6691  
jt@jteixeira.com.br

Acesse:

[www.jteixeira.com.br](http://www.jteixeira.com.br)  
[www.facebook.com/JosenirTeixeira](https://www.facebook.com/JosenirTeixeira)  
[www.prontuariodopaciente.com.br](http://www.prontuariodopaciente.com.br)  
[www.ibats.org.br](http://www.ibats.org.br)  
[www.lucianasilva.com.br](http://www.lucianasilva.com.br)