

PARECER

**VEDAÇÃO DA CESSÃO DE DIREITOS RELATIVOS
AO SEGURO DPVAT, IMPOSTA PELA LEI N.
11.945/09 PARA REEMBOLSO DE DESPESAS
HOSPITALARES EM CASO DE ACIDENTES
– INCONSTITUCIONALIDADE – VIOLAÇÃO
AOS ARTIGOS 5º, INCISO I, 150, INCISOS II E VI,
LETRA “C”, 196 E 199, § 1º, DO TEXTO SUPREMO,
ALÉM DE DESOBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA
RAZOABILIDADE E DA AUTONOMIA DA VONTADE
– TRANSGRESSÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS
DISPONÍVEIS – PARECER**

Consulta

Formulam-me, as consulentes, a seguinte consulta:

“A vedação da cessão de direitos instituída pela Lei 11.945/09, que alterou o art. 3º da Lei n. 6.194/74, acaba por retirar dos hospitais de trauma, conveniados ao SUS, a possibilidade de terem uma fonte de custeio para tentar equilibrar suas contas.

O SUS não exige 100% dos serviços de seus conveniados, exatamente para que eles tenham outras fontes de custeio, ou seja, que exerçam suas atividades com remuneração mais próximas da realidade e não em tarifas deprimidas impostas pelo Sistema Único de Saúde.

Ocorre que a supressão de uma fonte de custeio, como a advinda do DPVAT, pretende conviver com o comando do artigo 196 da Constituição da República, que estabelece ser o

direito de todos à saúde 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.

Estas políticas, segundo a melhor doutrina, são verdadeiras políticas de Estado, às quais estão subordinados os governantes, independentemente de quaisquer convicções ideológicas ou filiações político-partidárias, haja vista que as ações e serviços de saúde são de relevância pública (art. 197, CF).

Reconhecendo a dimensão da importância da saúde como direito fundamental, a própria Carta Magna encarregou-se de permitir ao Estado que exercite seu dever de prover a saúde com o auxílio da iniciativa privada, estabelecendo, contudo, preferência em favor das entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (art. 199, § 1º CF).”

Em face do exposto, questionam:

“1. É lícito afirmar que as políticas econômicas a que se refere o artigo 196 da CF englobam a promoção e a facilitação da busca de meios de sustentabilidade dos hospitais parceiros do SUS?

2. Há inconstitucionalidade no artigo 31 da Lei n. 11.945/09, que alterou o art. 3º da Lei n. 6.194/74, que, ao vedar a cessão do direito de reembolso das despesas médico-hospitalares pelo DPVAT em favor dos hospitais vinculados contratualmente ao SUS, retira destes uma fonte de sustentabilidade econômica?

3. O interesse das empresas de seguro pode ser oposto à oneração do SUS e à preferência constitucional a que se refere o artigo 199, § 1º da CF/88?”

Resposta

Breves considerações iniciais fazem-se necessárias.

A primeira delas diz respeito ao artigo 196, que baliza a Seção II do Capítulo I da Ordem Social na Constituição (Título VIII).¹

O artigo 194 expõe a tríplice faceta da Seguridade Social, realçando a preponderância da saúde, que surge em primeiro lugar, para depois cuidar, o legislador supremo, da previdência e da assistência social.²

1. Wladimir Novaes Martinez escreve: “De todos os três instrumentos constitucionais da seguridade social, o da saúde surpreende pela extensão da disciplina. São cinco artigos (196/200), programáticos, bem-intencionados, uma verdadeira carta de propósitos, elevados, raramente dispositivos, nem todos auto-aplicáveis, aceitáveis, em suma, deixando livre o legislador ordinário para fixar ao Estado e à iniciativa privada as medidas conducentes a uma futura sistematização do sistema nacional de saúde.

Não é estatizante nem privatizante, embora unifique a direção e descentraliza as atividades, visando a um sistema único em relação à União, Estados e Municípios, com a participação da administração e do administrado” (*A seguridade social na Constituição Federal*, São Paulo: Ed. LTr, 2ª. ed. 1992, p. 91).

2. Oscar Dias Corrêa esclarece: “Os artigos 193 e seguintes constituem o último Título da Constituição, dedicado à Ordem Social, que ‘tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais’.

Este simples enunciado permite ver que se trata de título amplamente programático, incluindo os Capítulos da Seguridade Social (com as Seções de Saúde, Previdência Social e Assistência Social); da Educação, da Cultura e do Desporto (com as Seções respectivas), da Ciência e Tecnologia, do Meio Ambiente; da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, e, por último, dos índios.

Em síntese, afirma-se o dever do Estado de assegurar esses benefícios da ordem social, direito de todos e de cada um, implementando políticas que o garantam, desenvolvendo ações que o possibilitem, canalizando, ao lado da atuação do setor público, a colaboração da sociedade.

Reconhecendo seu dever primordial, o Estado orientará as ações, além de atuar no sentido de convocar a sociedade, como um todo, e os particulares – cada um na área de seus deveres

Está assim disposto o referido dispositivo:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.³

Toda a seguridade social é financiada por receitas ordinárias do Estado, mas, fundamentalmente, por aquelas derivadas de contribuições específicas previstas no artigo 195 “caput”, com explicitações, que se espalham por 13 parágrafos. Muitas destas são de titularidade da União e não partilháveis com as demais entidades federativas, que podem, todavia, por força do § 1º do artigo 149 da C.F ter, para seus servidores regime próprio de obtenção de recursos, nas contribuições sociais.⁴

sociais ou individuais – a colaborar na grande obra comum” (*A Constituição de 1988 – Contribuição Crítica*. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1991, p. 234).

3. Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece: “Seguridade. Este primeiro artigo da ordem social caracteriza o que seja seguridade social, expressão que não gozava até esta Constituição de um sentido consolidado. Toma ela, em face deste artigo, o caráter de designação das ações (e serviços que o texto não menciona), visando a satisfazer os direitos sociais à saúde, previdência e assistência social. Como direitos sociais (direitos da 2ª geração), isto é, direitos fundamentais a prestações positivas, cairiam eles no vazio se não se estruturasse o seu atendimento.

Os três direitos aqui acolhidos visam à segurança dos seres humanos quanto às áreas da vida: a doença, a invalidez etc. De segurança, ou melhor, de seguro, vem seguridade, termo aqui empregado.

Sujeito passivo. Note-se que a Constituição não torna os direitos sociais à saúde, à previdência e à assistência meros direitos contra o Estado. Por eles respondem, sem dúvida, os Poderes Públicos, isto é, o Estado, mas também a sociedade. Esta, assim, não deve omitir-se quanto às tarefas necessárias para o atendimento a esses direitos. Entretanto, a expansão do Estado no domínio social vem expulsando a sociedade do atendimento aos mesmos.

Não é isto que postula a Constituição, embora o desejem alguns espíritos totalitários” (grifos meus) (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, volume 4. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995, p. 49).

4. Escrevi: “O artigo 195 cuida especificamente do financiamento da seguridade social. De início, como já escrevi, nestes comentários, considero incorreta a expressão ‘financiamento’, que pressupõe a entrega de recursos para devolução futura com benefícios, sendo própria do ‘sistema financeiro’, que trabalha com moeda e crédito e recebe em retorno moeda e crédito.

As contribuições sociais são, hoje, a parcela maior da receita da União, quando comparada com a receita oriunda de cada um dos impostos elencados no artigo 153 da C.F., quatro deles de co-participação das demais entidades federativas (imposto sobre a renda, IPI, ITR, quando cobrado pelos Municípios e o IOF sobre ouro ativo financeiro).⁵

Na composição do orçamento têm, portanto, indiscutível relevância, sendo, tais contribuições, destinadas à seguridade social – interpreto a Lei Maior e não a legislação infraconstitucional – para atender à saúde, à previdência e à assistência social.

A Seção da Saúde principia com o artigo 196, assim redigido:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação,

A sociedade de rigor “manterá” a seguridade social, através de participação direta ou indireta, nelas incluídas as contribuições sociais.

Ainda aqui o discurso do constituinte não é o melhor. A lei poderá determinar o ‘financiamento’ da Seguridade Social, com respeito aos limites constitucionais, o que vale dizer, apenas as hipóteses constitucionais podem ser aquelas que justificam o ‘financiamento’ direto. E não há tal hipótese .

O que se entende, pois, por ‘financiamento’ indireto, nos termos da lei, é aquele que decorre dos recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o que vale dizer, de recursos retirados, conforme discriminação legal, da totalidade da receita da entidade federativa aprovada pelo Legislativo.

Pela dicção constitucional tais recursos orçamentários amplos não se confundem com as contribuições sociais, nem mesmo com os ‘impostos’ para “financiar” a Seguridade Social referidos no § 4º do artigo 195, que nitidamente têm tal perfil pois vinculados à competência residual da União.” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 8º vol. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, p. 51/2).

5. O “caput” do artigo 153 está assim redigido: “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

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

que baliza os objetivos da vontade do constituinte, sobre ofertar os princípios que norteiam a participação do Estado em assegurar-los aos que vivem no país.

De início, declara ser

“direito de todos”,

acrescentando ser

“dever do Estado”

a busca de

“redução do risco de
doença e outros agravos”.⁶

Declara, por outro lado, que

“políticas econômicas e sociais”

serão destinadas ao objetivo retrocitado, assegurando-se:

6. Escrevi: “Na continuação, o constituinte explicita a ação do Estado, que deve manter o acesso de todos ao bem-estar físico e à assistência médica e hospitalar ‘mediante políticas sociais e econômicas’, políticas estas cuja faceta a sociedade conhece apenas pelo aumento da carga tributária, como ocorreu com a instituição da COFINS cumulativa e da CPMF”, continuando: “À evidência, o povo tem suportado o aumento de carga tributária, mas os serviços continuam péssimos. Tais políticas, todavia, deveriam reduzir o ‘risco de doença e de outros agravos’, outro desiderato que há anos o Brasil espera alcançar, pois tem havido sensível aumento de doenças – inclusive com o retorno de algumas que já haviam sido erradicadas – e de outros agravos na população, sem política governamental alguma para reduzir tais desconfortos. (...)”

Por fim, tais ‘políticas’, deveriam objetivar o acesso universal e igualitário às ações e serviços do governo, para que a saúde da população seja promovida, protegida e recuperada. Tanto a promoção quanto a proteção nessa área dependem de que sejam recuperados os instrumentos de atuação do Estado, degradados nos últimos tempos, assim como da elaboração de estratégia para a recuperação de doentes. Quem lê o art. 196 tem a impressão de que o País está acima das demais nações no que diz respeito à saúde, tanto nas ações profiláticas quanto naquelas de recuperação dos doentes. Quem vive a realidade da grande maioria da população brasileira menos favorecida percebe que tão distante está o sonho do constituinte da prática dos detentores do poder.” (Idem p. 138/140).

“o acesso igualitário”

de todos os que aqui vivem

“às ações e recursos”

para

“sua promoção, proteção e recuperação”.

Da leitura do dispositivo ressalta-se, de plano, que o princípio da isonomia é assegurado a todos os que aqui residam, sendo dever do Estado e direito do cidadão exigir o cumprimento do dispositivo.⁷

Já, repetidas vezes, o Poder Judiciário tem, quando o Poder Público nega-se a cumprir sua função de servo da Constituição, exigido que pessoas sem recursos, que necessitem de tratamento ou medicações mais onerosas sejam atendidas pelo Estado, com o fornecimento desses meios, por ser seu “dever” fazê-lo.

Muitos autores têm entendido ser o referido princípio também “cláusula pétrea” da Lei Suprema, considerando que o § 4º, inciso IV do artigo 60, da Lei Suprema encampa os direitos

7. Antonio Castagno sobre o princípio da igualdade escreve: “En el mismo sentido, el doctor Linares Quintana sostiene que ‘la igualdad es la segunda columna — la libertad es la primera y el imperio de la ley la tercera — que sostiene el edificio de gobierno constitucional y, por otra parte, no es sino una consecuencia necesaria de la libertad. Es la noble igualdad de que habla nuestro himno. Es la médula espinal, pues, de un Estado de Derecho.

Y así como los hombres han de ser iguales ante la ley, la justicia, los impuestos y cargas públicas, también han de ser iguales los pueblos, formando un conjunto de entidades consideradas con iguales derechos e iguales posibilidades de progreso. Que no existan individuos sometidos a otros es de la esencia de la democracia; que no haya pueblos inferiores es la esencia de la paz y la convivencia” (*Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Ed. Ancalo, 1974, v. 14, p. 915-6).

sociais, visto que inserido no Capítulo II da Constituição Federal, que cuida todo ele de “Direitos Individuais e Coletivos”.⁸

O certo, todavia, é que cláusula pétrea ou não, o conteúdo amplo do artigo 196 da C.F. -que impõe políticas sociais e econômicas para a redução de riscos e agravos daquele que aqui vive – não pode ser diminuído por legislações ordinárias.

Se for cláusula pétrea, nem mesmo por emenda constitucional. Se não for, somente por emenda constitucional poderia haver redução das obrigações impostas ao Poder Público em relação ao cidadão e ao residente, relativamente aos direitos que possuía em 05 de outubro de 1988.

Jamais por lei ordinária.

Qualquer lei que venha a reduzir direitos dos cidadãos e residentes, nitidamente, afasta o princípio constitucional, porque torna a obrigação do Poder Público, em garantir serviços e ações do Estado, menor do que quando da promulgação da Carta Magna. Tal redução seria manifestamente inconstitucional, portanto, ofendendo a força normativa da Constituição. E é o que ocorreu, como mostrarei mais adiante, com a veiculação do artigo 31, § 2º da Lei n. 11.945/09.⁹

8. O § 4º, inciso IV, do artigo 60 da C.F tem a seguinte dicção: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: “Art. 60 - ... IV - os direitos e garantias individuais.”

9. Em seu depoimento na audiência pública de 17/09/2009 realizada na Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, o Dr. Eraldo Luiz Kuster mostra a enormidade de redução de direitos, ao dizer: “A população brasileira não tem condições de custear esse atendimento para depois buscar o reembolso. Vedada a cessão de direitos em qualquer hipótese, se não tiver condições de pagar, ele terá que ser atendido pelo SUS, perdendo, portanto, a oportunidade de ter um atendimento que suporte o SUS e os prestadores de serviço não têm a devida contraprestação desse atendimento prestado.

Essa alteração legislativa vedando a cessão de direitos trouxe dificuldades no processamento do pedido de reembolso porque para que a vítima tenha direito ao reembolso ela tem que primeiro desembolsar, tem que pagar, depois ela tem que percorrer uma verdadeira ‘via crucis’ para obtenção da documentação necessária; em primeiro lugar, o boletim de ocorrência registrado, liberado pela autoridade policial competente; em segundo lugar, o relatório médico com a descrição

Um segundo aspecto merece também breve comentário introdutório.

Reza o artigo 199, § 1º, da C.F o seguinte:

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.

O § 1º claramente oferta a possibilidade de as instituições privadas participarem do SUS, seguindo as diretrizes deste, sendo que, por convênio ou contrato de direito público, há preferência para as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.

O § 2º desse mesmo dispositivo permite a exploração da atividade de assistência à saúde por empresas com fins lucrativos, não podendo estas, todavia, receber recursos públicos.

Aqui é necessário um segundo comentário sobre tal participação.

Entendo que não pode tal participação ser condicionada ao gozo da imunidade.

Meu escritório patrocina a ADI 2.028-5-DF, na qual, por 10 votos a zero, a Egrégia Suprema Corte, ao analisar o pedido cautelar, decidiu que a Lei 9.732/98, que exigia determinados

do atendimento prestado, comprovação dos exames realizados, documentação pessoal e o pior, através também de uma MP em 2006, houve uma alteração na legislação onde foi inserido o § 6º, art. 5º, da Lei 6.194/74 possibilitando a que a indenização fosse paga através de depósito em conta corrente do beneficiário que sempre foi a vítima ou transferência eletrônica de dados (TED).

O DPVAT indeniza aproximadamente 250 mil pedidos/ano e não se pode querer que limite a 250 mil cheques (ordens de pagamento) aos beneficiários. Mesmo antes da alteração da MP 340 ela já era na prática utilizada só que isso agora com a vedação da cessão cria um impasse intransponível para o recebimento da indenização, quer pela vítima, quer para quem ela outorga a procuração, isso porque é uma exigência a abertura e indicação de uma conta corrente para recebimento do reembolso.” (grifos meus) .

requisitos para o gozo da desoneração objeto do artigo 195 § 7º da C.F., era inconstitucional. E só não decidiu, a Suprema Corte, também pela inconstitucionalidade do artigo 55 da Lei 8.212/91, porque, como relatou o Ministro Moreira Alves, não foi demandado no pedido.^{10 11}

Na referida ADI foi colocada, inclusive, a questão de se saber se uma lei ordinária poderia impor requisitos para gozo da imunidade ou se apenas a lei complementar que poderia fazê-lo, tendo o Ministro Moreira Alves, ao conceder a liminar, seguido por seus pares, entendido que seria possível concedê-la independente de exame da questão, mas afirmou que a

10. "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.028-5 DISTRITO FEDERAL (MEDIDA LIMINAR)

RELATOR : MIN. MOREIRA ALVES

REQUERENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE – HOSPITAIS, ESTABELECIMENTOS E SERVIÇOS - CNS

ADVOGADOS: IVES GANDRA DA SILVA MARTINS E OUTROS

REQUERIDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQUERIDO: CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: ...

- É relevante o fundamento da inconstitucionalidade material sustentada nos autos (o de que os dispositivos ora impugnados - o que não poderia ser feito sequer por lei complementar - estabeleceram requisitos que desvirtuam o próprio conceito constitucional de entidade beneficente de assistência social, bem como limitaram a própria extensão da imunidade). Existência, também, do "periculum in mora".

Referendou-se o despacho que concedeu a liminar para suspender a eficácia dos dispositivos impugnados nesta ação direta.

ACÓRDÃO:

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

Brasília, 11 de novembro de 1999.

CARLOS VELLOSO - PRESIDENTE

MOREIRA ALVES – RELATOR” (STF, Coord. de Análise de Jurisprudência, D.J. 16/06/2000, EMENTÁRIO nº 1995-1, 11/11/1999, TRIBUNAL PLENO).

11. A inconstitucionalidade do artigo 55 da Lei 8.212/91 é objeto de outra ADI (2228), posteriormente ajuizada por meu escritório.

matéria era relevante e deveria ser decidida quando voltasse a ação ao plenário. Disse:

É certo, porém, que há forte corrente doutrinária que entende que, sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, embora o § 7º do art. 195 só se refira à “lei” sem qualificá-la como complementar – e o mesmo ocorre quanto ao art. 150, VI, “c”, da Carta Magna–, essa expressão, ao invés de ser entendida como exceção ao princípio geral que se encontra no art. 146, II (“Cabe à lei complementar: ... II. regular as limitações constitucionais ao poder de tributar”), deve ser interpretada em conjugação com esse princípio para se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa.

- A essa fundamentação jurídica, em si mesma, não se pode negar relevância.¹²

Em fins do ano passado, em voto monocrático, o Ministro Ricardo Lewandowsky indeferiu agravo da Fazenda Municipal de São Paulo, em processo de patrocínio de meu escritório, declarando ser apenas necessário o atendimento aos requisitos do art. 14 do CTN para gozo das imunidades constitucionais em relação a impostos –vale também para a imunidade de contribuições do § 7º do artigo 195 da C.F., como se lê a seguir:

AI 726774 / SP - SÃO PAULO
AGRAVO DE INSTRUMENTO
Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI
Julgamento: 21/10/2008
Publicação: DJe-208 DIVULG 03/11/2008 PUBLIC
04/11/2008

12. Coordenação de Análise de Jurisprudência, D.J. 16/06/2000, Ementário n. 1995-1, Tribunal Pleno, 11/11/1999.

Partes

AGTE.(S): UNIÃO

ADV.(A/S): PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

AGDO.(A/S): OBRAS SOCIAIS, UNIVERSITÁRIAS E CULTURAIS - OSUC

ADV.(A/S): MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES E OUTRO(A/S)

Despacho

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão assim ementado: “TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS. ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA C, DA CF. ART. 14 DO CTN. 1. **Para gozar da imunidade estipulada no art. 150, os contribuintes devem ser entidades de educação e assistência social sem fins lucrativos. Devem, ainda, preencher os requisitos estipulados no art. 14 do CTN.** 2. Enquadrando-se nos patamares estabelecidos, a instituição tem direito à imunidade, não podendo o ente público, exigir dela outros pressupostos além desses já previstos em lei. 3. A imunidade abrange o IOF. 4. As operações de seguro realizadas pelas entidades não estão excluídas da imunidade, já que o contrato de seguro é firmado para proteção dos seus bens e levando-se em conta que o recebimento do prêmio nada mais faz do que repor o patrimônio desfalcado. 5. São livres da tributação as operações de crédito, câmbio e seguro ou as relativas a títulos e valores mobiliários que dizem respeito, em essência, ao patrimônio e à renda das entidades imunes. 6. Apelação da União Federal e remessa oficial desprovidas” (fl. 204). No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se ofensa ao art. 150, VI, c, da mesma Carta. O agravo não merece acolhida. O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência da Corte no sentido de reconhecer às entidades sem fins lucrativos a imunidade do art. 150, VI, c, da Constituição, relativamente ao IR e ao IOF incidentes sobre aplicações financeiras, por considerar que

a aplicação de recursos não significa atuação fora do previsto no ato de sua constituição (RE 211.390-AgR/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 424.507-AgR/RO, Rel. Min. Carlos Velloso). Isso posto, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 21 de outubro de 2008. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI – Relator. (grifos meus).¹³

Em 1999, coordenei Simpósio sobre imunidades tributárias, tendo a maioria de magistrados, procuradores, representantes dos Erários, professores e advogados decidido ao final que:

O XXIII Simpósio Nacional de Direito Tributário aberto pelo Ministro José Carlos Moreira Alves e com autores de expressão como Alcides Jorge Costa, Ministro José Delgado, Marco Aurélio Greco e outros, decidiu na 2ª. questão que: “2) Como deve ser interpretada a cláusula ‘atendidos os requisitos da lei’, constante do art. 150, VI, c, da CF? (Como significativa necessidade de lei complementar, remetendo, pois, ao art. 14 do CTN ou, pelo contrário, de que mera lei ordinária pode fixar os requisitos, ultrapassando, inclusive, aqueles fixados pelo CTN?)

Proposta da Comissão de Redação aprovada em Plenário:

A favor		Contra
Comissão 1:	74	6
Comissão 2:	62	
Comissão 3:	26	
	162	6

A expressão constante do art. 150, VI, e, da CF - ‘atendidos os requisitos da lei’ refere-se àqueles que, necessariamente, devem constar de lei complementar, veículo competente para regular as limitações constitucionais do poder de tributar (CF art. 146, II, e CTN, art. 14).

Decisão por maioria:

—A favor: 74 votos.

— Contra: 6 votos.

13. *Pesquisas Tributárias – Nova Série n. 12, Disciplina legal tributária do 3º setor*, coordenação minha. São Paulo, 2009, p.32/33.

Comissão 1:

Sendo a imunidade tributária uma limitação ao poder de tributar, a cláusula ‘atendidos os requisitos da lei’ constante do art. 150, VI, c, da CF, deve ser interpretada sistematicamente, exigindo-se, por conseqüência, a estrutura exclusiva de lei complementar em atenção ao disposto no art. 146,11, da CF e art. 14 do CTN.

Comissão 2:

— Decisão unânime: 62 votos

Os requisitos subjetivos e objetivos para o gozo de imunidade têm que ser instituídos por lei complementar, por fora do art. 146, II, da CF.

Comissão 3:

— Decisão unânime: 26 votos.

A cláusula ‘atendidos os requisitos da lei’, constante do art. 150, inc. VI, alínea c, da CF/88 deve ser interpretada sistematicamente em consonância com o disposto no art. 146, inc. II, da CF/88, eis que impõe a necessidade de lei complementar para dispor sobre imunidade, que consubstancia limitação constitucional ao poder de tributar e exige uniformidade de critérios. Entende, ainda, a Comissão que a lei complementar vocacionada é o Código Tributário Nacional (art. 14), que foi recepcionado nos termos do § 5º do art. 34 do ADCT da CF/88”.¹⁴

Em 2009, o tema volta à baila no Simpósio XXXIV do Centro de Extensão Universitária (Disciplina Legal Tributária do 3º Setor), tendo a maioria dos autores, que escreveu para o livro editado pela Revista dos Tribunais, reiterado a posição de que apenas lei complementar poderia impor requisitos para a plena efetividade das imunidades¹⁵.

14. *Processo Administrativo Tributário, Pesquisas Tributárias – Nova Série 5*, 2ª. ed. São Paulo, co-ed. Ed. Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária, 2002, p. 752/3.

15. O livro intitula-se *Disciplina legal tributária do 3º Setor, Pesquisas Tributárias – Nova Série n. 15*, coordenado por mim, editado pela Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária (São Paulo, 2009), e com as colaborações dos seguintes autores André Costa-Corrêa, Ângela Maria da Motta Pacheco, Carlos Henrique Abrão, Carlos Valder do Nascimento, Cleide Previtalli Cais, Douglas Yamashita, Edison Carlos Fernandes, Fernando Lobo D’Eça, Gustavo

É que o artigo 146 da C.F declarou que as limitações constitucionais ao poder de tributar devem ser reguladas por lei complementar e as imunidades são limitações constitucionais ao poder de tributar, estando inseridas na Seção II do Capítulo I do Título VI da Constituição sobre o sistema tributário.

Os que propugnaram a tese que poderiam tais requisitos impostos pelo artigo 150, inciso VI, letra “c” 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,¹⁶ (grifos meus)

Miguez de Mello, Hugo de Brito Machado, Hugo de Brito Machado Segundo, Humberto Martins, Igor Mauler Santiago, Ives Gandra Martins, Jorge de Oliveira Vargas, José Eduardo Soares de Melo, Kiyoshi Harada, Marcos Nóbrega, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Octavio Campos Fischer, Ricardo Lobo Torres, Vinicius Campanile, Vittorio Cassone e Yoshiaki Ichihara.

16. Sustentei oralmente perante o extinto TFR a questão patrocinada pelos eminentes advogados Agnaldo Mendes Bezerra e Roberto Rosas, que resultou no acórdão do Tribunal Pleno abaixo transcrito, albergando a tese exposta neste livro:

“ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO CÍVEL N. 101.394-PARANÁ — REGISTRO P49 7174675.

Rel. Sr. Min. Ilmar Galvão — Remetente: Juízo Federal da 3ª. Vara — Apelante: União Federal — Apelada: Fundação COPEL de Previdência e Assistência Social — Suscitante do Incidente: Egrégia 4ª. Turma do TFR — Adv. Dr. Agnaldo Mendes Bezerra e Outro.

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ENTIDADES PRIVADAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL FECHADA. INSTITUIÇÕES COMPLEMENTARES DO SISTEMA OFICIAL DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL (ART. 35 DA LEI N. 6.435/77).

Inconstitucionalidade dos § § 1º e 2º, do art. 6º, do DL. 2065/83, que consideraram sujeitos ao imposto de renda os rendimentos de capital auferidos pelos entes da espécie. A assistência social, hodiernamente, não se resume à caridade pública, podendo também realizar-se por meio da previdência, que corresponde à assistência preventiva, destinada aos impossibilitados de continuarem trabalhando e à família dos que sucumbem.

ser veiculados por lei ordinária, entendem que, se pretendesse o legislador impor lei complementar teria feito menção ao adjetivo complementar no dispositivo, nada obstante o artigo 146, inciso II, da C.F:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar,

já ter declarado que tais limitações serão impostas por lei dessa estatura¹⁷.

As entidades em tela, por isso, são beneficiárias da imunidade prevista no art. 19, III, 'c', da CF, regulamentado pelo art. 92, IV, 'c', c/c o art. 14, do CTN, que não condiciona o benefício à gratuidade dos serviços prestados, nem exige que sejam acessíveis a todas as pessoas indistintamente (RE 70.834-RS, RE 89.012-SP, RE 108.796-SP e RE 115.970-RS).

Arguição procedente.

ACÓRDÃO: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas. Decide o TFR, em Seção Plena, por maioria, declarar a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, do art. 6º, do DL 2065/83, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, DF, 30/6/88 (data julgamento)" (DJ, 31 out. 1988) (grifos meus).

17. Gustavo Miguez de Mello ensina: "Qual será a função de uma lei que disciplina especificamente matéria regida por norma constitucional em exame? A função é de complementar a Constituição.

Ao elaborar o anteprojeto do Código Tributário Nacional, a Comissão composta, entre outros, pelos eminentes juristas Rubens Gomes de Souza e Gilberto de Ulhôa Canto, chegou à mesma conclusão acima, à luz de uma disciplina constitucional semelhante à que hoje se encontra em vigor referente às imunidades tributárias (Ver art. 9º e 14 do Código Tributário Nacional).

Se esta é a função da lei, tem ela função de lei complementar. Poder-se-ia, entretanto, pensar que o Legislador Constitucional ao deixar de aditar lei complementar a palavra lei, teria, como resulta de uma interpretação meramente gramatical da norma constitucional, estabelecido que as normas que disciplinam as imunidades em exame teriam natureza de lei ordinária.

O entendimento mencionado no parágrafo imediatamente anterior merece críticas.

Com efeito, não seria racional atribuir função de lei complementar à lei ordinária.

No caso em exame, a eficácia no atingimento dos objetivos políticos, educacionais e assistenciais da imunidade não seriam alcançados, pois os próprios legisladores estaduais e municipais interessados na arrecadação de tributos é que estabeleceriam requisitos para a fruição dos mesmos, podendo estabelecer requisitos inviabilizadores da imunidade.

É verdade que seria inconstitucional a lei que transformasse dispositivos constitucionais em letra morta. Na prática, porém, dar-se-ia ao legislador interessado na arrecadação a possibilidade de criar situações cinzentas e problemas de difícil solução.

Tal superficial e pobre inteligência do dispositivo não resiste à análise do artigo 24 § 3º da C.F, que faz menção a lei ordinária, mas acrescenta o adjetivo federal, estando assim redigido:

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (grifos meus).

É que se a lei ordinária – a não ser nas competências privativas da União (art. 22 da C.F) – obrigar as três esferas da Federação, à evidência, o adjetivo federal deveria constar. Ainda que a regulação das imunidades tributárias valham para todas as esferas da Federação, a ausência do adjetivo “federal” no artigo 195 § 7º da C.F deixa claro que o constituinte não quis excepcionar a regra do 146 da C.F, que exige lei complementar.

Se o quisesse, teria que colocar no texto “lei federal”. O adjetivo seria imprescindível.¹⁸

Não o fazendo, representa que tal lei só poderia ser a lei complementar a que se refere o inciso II do artigo 146 da C.F.

A Doutrina preponderante entende que a matéria em exame deve ser disciplinada por lei complementar” (*Pesquisas Tributárias – Nova Série n. 15*, op. cit. p. 83/84).

18. O Ministro Humberto Martins do STJ, em trabalho doutrinário preleciona: “Em direito tributário, a aplicação do art. 24 da CF sofre algumas adaptações. A lei complementar, por sua vez, estabelece as normas gerais (além de tratar das matérias do art. 146, I e II). Nesse contexto, as leis federais, estaduais, distritais e municipais que instituem tributos devem obedecer às normas gerais, contidas em lei complementar da União, o que demonstra a existência clara de hierarquia entre elas.

O que diferencia a norma geral genericamente prevista no art. 24 da CF e a norma geral tributária é o fato de que, no âmbito do direito tributário, as normas gerais devem ser regulamentadas por lei complementar e a norma do art. 24 pode ser por lei ordinária (ex. lei geral de licitações e contratos, Lei n. 8.666, de 1993). Assim, no âmbito da competência concorrente, os conflitos aparentes de normas resolvem-se pelo critério da hierarquia.

Portanto, as normas gerais sobre as referidas imunidades devem ser instituídas por lei complementar, nos termos do art. 146 da CF, E NÃO por lei ordinária” (grifos meus) (*Pesquisas Tributárias – Nova Série n. 15*, op. cit. p. 59).

A outra hipótese para justificar a lei ordinária seria ainda pior, como exegese conveniente e conivente aos interesses apenas da arrecadação e não dos superiores interesses da nação. É que poderiam, por lei ordinária, regular as imunidades, todas aquelas entidades federativas com poder de tributar, o que vale dizer, que União, Estados e Municípios poderiam impor requisitos, com o que poderia se ter 5.500 requisitos diferentes para as imunidades do inciso VI, letra “c” no sistema tributário brasileiro!!!¹⁹

Esta é a razão pela qual entendo que apenas lei complementar pode regular as imunidades tributárias, que, à evidência, não se confundem com isenções.

Por esta perspectiva, considero que uma entidade filantrópica ou sem fins lucrativos, dedicada à saúde, que preencha os requisitos do artigo 14 do CTN, não precisa, para gozo das imunidades, estar condicionada aos 60% de prestação de seus serviços pelo SUS, sendo tal exigência neste sentido, a meu ver, de manifesta inconstitucionalidade. É o que, na ADI 2.028-5-DF/99 –e na ADI 2228-, com liminar concedida por

19. Hugo de Brito Machado ensina: “Sobre o assunto, além das notas feitas ao art. 195, § 7º, da Constituição Federal, com apoio na jurisprudência, registra Hugo de Brito Machado Segundo: “Os requisitos do art. 14 do CTN aplicam-se, também, como condição ao gozo da imunidade tributária de que trata o art. 195, § 7º, da CF/88. Neste sentido: STJ, 1ª T., REsp 495.975/RS, Rel. Min. José Delgado, j. em 4/9/2003, DJ de 20/10/2003, pág. 198; STJ, 2ª T. REsp 413.728/RS, Rel. Min. Paulo Medina, j. em 8/10/2002, DJ de 2/12/2002, p., 283.”

Feitas estas considerações, oferecemos nossa resposta para a segunda das questões colocadas, afirmando que as normas gerais sobre quaisquer imunidades tributárias devem ser instituídas por lei complementar, nos termos do art. 146 da CF. A matéria evidentemente não pode ser objeto de enquadramento no art. 24 da CF, sendo tal impossibilidade mais uma demonstração de que se trata de matéria reservada à lei complementar. Pela mesma razão, os requisitos não podem ser veiculados por lei ordinária, prevalecendo o art. 14 do CTN” (grifos meus) (*Pesquisas Tributárias – Nova Série n. 15*, op. cit. p. 75/76).

10 X 0, o Supremo Tribunal Federal voltará a examinar quando o mérito for julgado pelo Plenário.²⁰

Poderão participar por outros motivos do SUS, NÃO JAMAIS PARA GOZO DE ALGO QUE é assegurado pela Constituição Federal e pelo CTN e jamais por lei ordinária.

Tal breve consideração, faço para mostrar que muitas entidades hospitalares só se vinculam ao SUS mesmo sendo a remuneração deficitária, para poderem gozar de imunidade tributária, que, no entanto, não caberia à lei ordinária impor tal vinculação.²¹

Volto à interpretação do § 1º do artigo 199 da C.F.

20. O artigo 14 do CTN tem a seguinte dicção: “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; (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

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

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

21. O artigo 55 da Lei 8.212/91 tem o seguinte teor: “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; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001).

III - promova, gratuitamente e em caráter exclusivo, a assistência social beneficente a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência; (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 1998). (Vide ADIN nº 2.028-5);

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

V - aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais apresentando, anualmente ao órgão do INSS competente, relatório circunstanciado de suas atividades. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

A expressão “diretrizes”, a que faz menção o constituinte, neste dispositivo, NÃO SIGNIFICA CONDICIONAR A GOZO DE IMUNIDADES AO ATENDIMENTO DE REQUISITOS VEICULADOS POR LEI ORDINÁRIA.²²

Tais diretrizes, por outro lado, são direcionadas apenas ao sistema de saúde. Não ao sistema de seguros.

E aqui passo a uma terceira breve consideração.

O sistema de saúde e o sistema de seguros são regulados por dois regimes jurídicos distintos.

§ 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.

§ 3º Para os fins deste artigo, entende-se por assistência social beneficente a prestação gratuita de benefícios e serviços a quem dela necessitar. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998). (Vide ADIN nº 2.028-5)

§ 4º O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS cancelará a isenção se verificado o descumprimento do disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998). (Vide ADIN nº 2.028-5)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998). (Vide ADIN nº 2.028-5)

§ 6º A inexistência de débitos em relação às contribuições sociais é condição necessária ao deferimento e à manutenção da isenção de que trata este artigo, em observância ao disposto no § 3º do art. 195 da Constituição. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001).”

22. O Ministro Marco Aurélio de Mello, o primeiro a conceder liminar monocrática, na ADI 2.028/99, que impugnava as alterações do artigo 55 da Lei 8.212/91 promovidas pela Lei n. 9.732/98, por estar em plantão quando do ingresso da ação, declarou: “A toda evidência, adentrou-se o campo da limitação ao poder de tributar e procedeu-se - ao menos a conclusão neste primeiro exame - sem observância da norma cogente do inciso II do art. 146 da C.F. Cabe à lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar. Ainda que se diga da aplicabilidade do Código Tributário Nacional apenas aos impostos, tem-se que veio à balha, mediante veículo impróprio, a regência das condições suficientes a ter-se o benefício, considerado o instituto da imunidade e não o da isenção, tal como previsto no § 7º do artigo 195 da Constituição Federal.

Assim, tenho como configurada a relevância suficiente a caminhar-se para a concessão da liminar, no que a inicial desta ação direta de inconstitucionalidade versa sobre o vício de procedimento, o defeito de forma” (grifos meus) (ADINS 2028-5 e 2036-6 DF Medida Liminar).

A legislação de seguros e a legislação sobre a saúde – mesmo no que diz respeito ao seguro-saúde – têm características próprias e diferenciadas.

Da mesma forma, o regime jurídico dos seguros – para questões trabalhistas, para fidelidade funcional, para casos tributários, ou riscos de qualquer espécie – é diverso do regime jurídico daquelas atividades de saúde procuradas por aqueles que buscam conforto contra as surpresas e os imprevistos da vida.

O regime obrigatório de seguro para acidentes de trânsito guarda o regime próprio de um negócio, que as empresas seguradoras fazem, tendo como objetivo obter lucro decorrente de garantir, a pequeno número de acidentados, tratamento médico por força de sinistro. Beneficiam-se, por outro lado, do pagamento do seguro por todos que possuem veículos, lembrando-se que a esmagadora maioria dos segurados não sofre acidentes a serem cobertos nos limites da legislação pelo seguro obrigatório.²³

23. Em seu depoimento no Senado, em 17/09/2009, mostrou, o Sr. Eraldo Kuster, como a Lei n. 11.945, de 14/06/2005, objetivou beneficiar, fundamentalmente, as companhias de seguros: “Os pedidos de reembolso variam de R\$1.000,00 a R\$1.100,00 por vítima no Brasil; de um teto de R\$2.700,00, a média de reembolso é de R\$1.000,00. Os atendimentos custam em média R\$300,00 a R\$400,00 por vítima; ela não tem condições de manter uma conta corrente já que não tem condições de pagar para adiantar esse pagamento.

Essa vítima terá que outorgar a alguém, uma procuração, um terceiro que deverá fazer o processamento que, antigamente, com a cessão de direitos, ficava a cargo daquele que prestou o serviço. Ela terá que fazer o processamento do boletim de ocorrência, do encaminhamento do pedido da coleta da documentação, terá que ter uma procuração. Isso inibe, dificulta o pagamento das coberturas. O terceiro tem que abrir, movimentar e encerrar uma conta corrente para poder ter o reembolso creditado.

Entre 10, 9 desconhecem o direito ao reembolso. A procuração (representação) não substitui a pessoa, o uso indevido do mandato não transfere o direito que antigamente era transferido através do instrumento de cessão de direitos Não é fácil o pagamento do sinistro, as seguradoras têm um sistema para evitar fraude.

Com a discussão de todo o sistema DPVAT (legislação) houve a paralisação da cobrança e não do atendimento. Os sinistros indenizados são inferiores aos ocorridos anualmente, há queda da receita dos médicos prestadores de serviço” (grifos meus).

As instituições dedicadas ao campo da saúde raramente objetivam o lucro, como aquelas dedicadas à exploração da atividade de seguro. Um tratamento médico deve ser feito independente de a remuneração vir do seguro, do SUS, do particular ou de quem quer que seja. O tratamento médico-hospitalar terá que ser feito sempre, não sendo o lucro – a não ser nas poucas instituições com fins lucrativos – o objetivo primordial das entidades que cuidam da saúde.²⁴ É de se lembrar que as entidades privadas, sem fins lucrativos ou filantrópicas, cuidam muito melhor de todos os que aqui vivem, do que os hospitais públicos, em clara demonstração de que os 37% da carga tributária brasileira ainda continuam sendo voltados mais ao benefício dos detentores do poder do que da sociedade, como descrevi em dois de meus livros (*Uma teoria do tributo* e *Uma breve teoria do poder*).²⁵

Ora, para efeitos de beneficiar fundamentalmente os bons negócios das seguradoras, o legislador pretendeu confundir dois regimes jurídicos distintos, no que diz respeito ao DPVAT, em evidente prejuízo da grande maioria das entidades de saúde QUE NÃO OBJETIVAM O LUCRO. Na melhor das hipóteses, o legislador decidiu que o interesse negocial é superior aos ideais filantrópicos, prejudicando os que prestam o atendimento hospitalar em benefício dos que obtêm lucros

24. O Ministro Moreira Alves na ADI 2.028 lembra o conceito mais abrangente de instituições beneficentes dizendo: “É evidente que tais entidades, para serem beneficentes, teriam de ser filantrópicas (por isso, o inciso II do artigo 55 da Lei 8.212/91, que continua em vigor, exige que a entidade “seja portadora do Certificado ou do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecida pelo Conselho Nacional de Serviço Social, renovado a cada três anos”), mas não exclusivamente filantrópica” (grifos meus) (ADINS 2028-5 e 2036-6 Medida Liminar).

25. *Uma teoria do tributo*, Ed. Quartier Latin, 2005; *Uma breve teoria do poder*, Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

– e todas as seguradoras têm, nos seus balanços, ostentado lucros expressivos – ao transformar dois regimes jurídicos distintos em único regime para os efeitos que se propôs. Prefiro não tecer considerações sobre o que seria a pior das hipóteses por não ser objetivo do parecer.

Neste particular, o § 2º do artigo 31 da Lei nº 11.945/2009 ao dispor:

§ 2º Assegura-se à vítima o reembolso, no valor de até R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), previsto no inciso III do **caput** deste artigo, de despesas médico-hospitalares, desde que devidamente comprovadas, efetuadas pela rede credenciada junto ao Sistema Único de Saúde, quando em caráter privado, vedada a cessão de direitos,

fere o princípio da razoabilidade e o artigo 196 da C.F, ao reduzir direitos dos aqui residentes e das instituições filantrópicas, em benefício de empresas que objetivam exclusivamente o lucro decorrente das receitas obrigatórias de seguro do DPVAT. Vale dizer, os direitos assegurados em 05/10/1988 pela Lei nº 6.194/74 – artigo 12 –, passaram a ser menores para acidentados e instituições sem fins lucrativos, em clara violação ao artigo 196 da C.F.²⁶

Um último ponto antes de responder às questões formuladas faz-se necessário lembrar.

26. Rafael Tárrega Martins lembra que: “Mas de todas as oportunidades que tivemos para debruçarmos sobre o tema, esta sem dúvida foi a mais difícil. E é que o seguro obrigatório já não é o mesmo. Os últimos anos foram complicados para esse importante seguro social, dado que duas medidas provisórias alteraram de forma sensível um ponto capital do instituto, como é o caso das indenizações- e não necessariamente para melhor. Como é natural, a cada nova norma se abre uma brecha entre dois momentos distintos, um anterior e outro posterior à vigência da regulamentação criada. Isto invoca noções de direito intertemporal que devem estar presentes na análise global do instituto.” (*Seguro DPVAT Seguro obrigatório de veículos automotores de vias terrestres*, 4ª. ed., Servanda Editora, Campinas-SP, 2009, p. 9/10).

Trata-se do princípio da igualdade.

A Constituição Brasileira tem seu fundamento maior no princípio da igualdade. Ele é repetido, constantemente, na Lei Maior.

O “caput” do art. 5º refere-se a ele duas vezes, estando assim redigido:

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: ... (grifos meus)

Em seguida, o inciso I reitera-o, está assim redigido:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (grifos meus).

O inciso II do artigo 150 da Carta Magna, em matéria tributária, refere-se ao mesmo princípio, lembrando-se que toda a doutrina vincula o princípio da igualdade à vedação do “efeito confisco” (art. 150, inciso IV da C.F) e à “capacidade contributiva” (art. 145, § 1º da C.F).²⁷

27. Estão os três dispositivos assim redigidos: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;...”;

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

E o artigo 196 da C.F, diretamente ligado ao presente parecer, faz menção ao referido princípio, ao dizer:

“acesso universal igualitário”.

A igualdade a que se refere o constituinte, no artigo 196 da C.F, ganha especial relevo na medida em que o acesso universal igualitário seja assegurado a todos os que aqui vivem.

Ora, no caso específico do § 2º e também do § 3º do artigo 31 da Lei nº 11.945 de 04/06/2009²⁸, tal princípio é manifestamente dilacerado, pois cria tarifas diferentes para os acidentados que vão aos hospitais não conveniados com o SUS, que não só terão um tratamento personalizado, reconhecidamente melhor do que o ofertado aos pacientes do SUS, como os hospitais não conveniados poderão receber diretamente os valores efetivamente disponibilizados, com direito pleno ao reembolso do paciente. Tal tratamento discriminatório -benéfico para as seguradoras em detrimento de hospitais e pacientes – não havia no regime anterior.²⁹

28. O § 3º do artigo 31 da Lei em questão tem a seguinte redação: “§ 3º As despesas de que trata o § 2º deste artigo em nenhuma hipótese poderão ser reembolsadas quando o atendimento for realizado pelo SUS, sob pena de descredenciamento do estabelecimento de saúde do SUS, sem prejuízo das demais penalidades previstas em lei.” (NR).

29. O Sr. Tércio Égon Paulo Kasten, na referida audiência pública no Senado Federal lembra: “No período anterior à nova regra adotou-se o mecanismo jurídico bastante eficaz para tornar acessível o direito ao atendimento médico DPVAT pelas vítimas de assistência de acidente de trânsito, pois as vítimas recebiam socorro e assistência na unidade hospitalar em caráter particular com estrutura e acomodações diferenciadas de forma rápida e sem qualquer encargo financeiro. Na alta hospitalar, o paciente ou responsável assinava um termo de cessão transferindo ao estabelecimento de saúde o direito de receber diretamente das seguradoras DPVAT pelo serviço médico hospitalar prestado. Munido dessa cessão de crédito, o estabelecimento de saúde reunia os documentos exigidos pela legislação e também pelas seguradoras DPVAT encaminhando-os a uma empresa reguladora que era autorizada, contratada e indicada pelas próprias seguradoras. Aberto o processo de ressarcimento do DAMSP, ocorria uma rigorosa auditoria dos documentos, informações e contas médicas realizada pelo cadastro nacional (outra empresa) também autorizada, contratada e indicada pelas próprias seguradoras.

Há, pois, nitidamente, um tratamento diferenciado, que se torna mais agudo se o paciente for pobre e, apesar de acidentado, não poder antecipar o pagamento para receber depois, em face da cláusula de não-cessão de direitos, que, nitidamente, prejudica o paciente mais pobre, que fica sem escolha, do que o rico, APESAR DE O SEGURO DPVAT NÃO DISTINGUIR ENTRE RICOS E POBRES.³⁰

O princípio do acesso universal igualitário fica maculado, com evidente prejuízo para o paciente pobre, que não terá como antecipar o pagamento para ser reembolsado e não terá escolha de ir para o hospital que desejar, APESAR DE O SE-

Aprovado o processo de ressarcimento do DAMSP e decorrido cerca de 45 dias, o hospital recebia pelos serviços prestados remunerados conforme tabela aprovada pelas próprias seguradoras. Em resumo, o paciente recebia o atendimento DPVAT sem qualquer ônus sendo que os procedimentos burocráticos e os riscos eram assumidos exclusivamente pelo estabelecimento que prestava o serviço de saúde em caráter particular e que munido do termo de cessão de direitos encaminhava os documentos. Era a forma indicada pelas seguradoras DPVAT para após receber o pagamento.” (Audiência Pública da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, 17/09/2009).

30. É ainda o Sr. Kasten que lembra: “É oportuno destacar que a cessão de direitos é um instituto jurídico já consagrado e previsto no art. 286 do Código Civil Brasileiro. Com o advento da MP 451, de 16/12/2008, vimos a criação de um obstáculo à utilização do seguro DPVAT para atendimento médico-hospitalar, pois a referida MP proibiu a utilização do referido seguro pelas vítimas de acidente de trânsito socorridas em hospitais privados conveniados ao SUS, 90% das vítimas desconhecem a utilização do DPVAT.

A MP 451, cuja vigência perdurou até 05/06/2009, simplesmente inviabilizou o uso do DPVAT, pois se verificou que a imensa maioria, senão todos, os hospitais brasileiros que oferecem atendimento DPVAT são filantrópicos, santas casas etc., que são conveniados ao SUS. Portanto, praticamente, não houve a utilização do DPVAT para ressarcimento do DAMSP no período de 16/01/2008 até 05/06/2009. A MP 451 foi convertida pela Lei 11.945, de 04/06/2009 e alterou sua redação igualmente para invocar, inovar as regras e criar dificuldades para o uso do DPVAT pelas vítimas de acidente de trânsito. Dessa forma, muito embora tenha permitido a utilização do DPVAT nas assistências médicas hospitalares prestadas em hospitais conveniados proibiu que os ressarcimentos fossem feitos por meio da já mencionada cessão de direitos, conforme se vê com a inclusão do § 2º do art. 3º da Lei do DPVAT, ou seja, como consequência, a nova regra obriga o paciente a pagar no momento da alta pelo atendimento médico-hospitalar, providenciar e encaminhar os documentos legais exigidos pelas seguradoras, se submeter a rigorosa auditoria para após decorridos os 45 dias, receber pelo ressarcimento conforme tabela própria de procedimentos definidos unilateralmente pelas seguradoras, nem sempre compatíveis com as reais despesas da vítima”.

GURO SER O MESMO PARA RICOS E POBRES e HOSPITAIS CONVENIADOS OU NÃO. O princípio do acesso universal igualitário não vige, segundo a Lei nº 11.945/09, para hospitais de melhor qualidade não conveniados, restringidos, assim, a quem tem recursos.³¹

E o último aspecto a ser considerado diz respeito aos princípios do artigo 174 “caput” da C.F, assim redigido:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Nitidamente, o § 2º do artigo 31 da Lei nº 11.945/09 é um artigo de planejamento econômico, objetivando, em detrimento dos pacientes assegurados pelo DPVAT, beneficiar

31. É ainda o Sr. Kasten, vice-presidente da Confederação Nacional da Saúde – CNS, que informa ao Senado Federal: “Evidentemente que, via de regra, não dispondo de recursos financeiros ou de condições de assumir as exigências burocráticas, pois, um simples acidentado não tem condições de prover essas necessidades e aguardar sucesso no ressarcimento, o paciente opta em ser atendido pelo SUS, tornando ineficaz e inepto o seguro DPVAT. Conseqüentemente, essa migração de pacientes DPVAT assoberba ainda mais o sistema público de saúde, gera despesas ao Erário, responsável pelo financiamento da saúde, beneficiando, exclusivamente, as seguradoras”, continuando: “Com a nova regra foram realizados no 1º semestre de 2009 apenas 9.625 atendimentos DPVAT do total de 64.167 processos, pois 85% destes são remanescentes do ano de 2008, portanto, anteriores à nova regra. Como conseqüência lógica, a economia gerada em favor das seguradoras DPVAT alcança um montante próximo a 50 milhões de reais e os pacientes que teriam direito ao uso do DPVAT acabam recebendo atendimento pelo SUS com financiamento público. Por isso, não há como sustentar a manutenção de uma regra que cria dificuldades à utilização do DPVAT e gera prejuízos ao Erário. Aliás, essa nova regra colide, frontalmente, com qualquer discussão acerca da necessidade de se criar um novo imposto para o financiamento da saúde, como é o caso da CSS (contribuição social para a saúde). Para regulamentar a EC 29, o Governo quer colocar a CSS junta. Existem verbas que poderiam ser agregadas ao sistema de saúde. Questionamos, pela lógica, os números apresentados pelo grupo de seguradoras DPVAT no que respeita às supostas despesas de 64.167 atendimentos com ressarcimento de DAMSP no 1º semestre/2009, pois como já dito, houve uma brusca diminuição desses volumes, sendo insignificante a quantidade de atendimento de ambos prestados nesse período em razão da nova regra e também da vigência da MP 451, de 2008” (Audiência Pública no Senado Federal, 17/09/2009).

as companhias seguradoras com pagamento de despesas menores, em face do sistema SUS. Esse intento foi declarado na própria discussão que se deu no Senado, quando da votação da lei em questão, em que ficou clara a intenção de remunerar, em média, 30% abaixo dos efetivos custos hospitalares quaisquer intervenções a serem custeadas pelo seguro DPVAT.

Por esta razão, é que os hospitais compensam dos outros 40% com a livre exploração, os 60% de “déficit” operacional provocado pelo SUS, à luz, a meu ver de uma inconstitucional inteligência de que se os hospitais conveniados não destinarem 60% do atendimento ao SUS perderão a imunidade, por força de imposição colocada por lei ordinária e não por lei complementar.

Ora, para o segmento privado, o planejamento econômico é meramente indicativo. Não é obrigatório.³² A lei ordinária não pode, em face do artigo 174 da C.F, vedar a cessão de direitos, que é justa, por eliminar, do acidentado, a necessidade de desembolso de valores para depois ser reembolsado, como se tal dispositivo da lei ordinária pudesse ser lido como planejamento estatal de intervenção no setor privado. Não pode também, à luz do princípio da liberdade de contratação, assegurado pelo “caput” do artigo 5º, ser afastado o direito de

32. Miguel Reale ensina: “Vem, a seguir, o art. 174 que tem sido o cavalo de batalha dos que persistem em proclamar a natureza intervencionista do Estatuto Político de 1988. Em face de um texto tão claro, custa-me crer que se possa pensar em dirigismo econômico, cuja característica principal é a natureza imperativa e não meramente indicativa do planejamento para os particulares, considerados individualmente ou consorciados em empresas.

... Praticam, pois, um grande erro aqueles que não contribuem com uma interpretação objetiva e serena do texto constitucional, assumindo atitude hostil ou depreciativa perante o Estatuto de 1988, o qual, apesar das múltiplas contradições que o comprometem, abre clareiras à defesa tão necessária da livre iniciativa, o que quer dizer, da economia de mercado” (*Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1990, p.14/15).

cessão, COM NÍTIDO PREJUÍZO DO ACIDENTADO, objetivando beneficiar as companhias seguradoras. Essa decorrência da Lei n. 11.945/09 fere o princípio da moralidade (artigo 37 “caput” da C.F) e contraria o interesse público. Não posso aceitar como sendo de interesse do Estado privilegiar algumas seguradoras em detrimento de toda a sociedade assistida pelo sistema DPVAT.

O frágil argumento de que há fraudes é matéria típica de fiscalização, que, se for verdade, só pode ser atribuído à culpa, exclusiva, do Poder Público. A incompetência do setor público não legitima que todos os acidentados sejam prejudicados e os mais pobres, principalmente, que, não podendo ceder seus legítimos direitos ao reembolso, não têm como desembolsar o tratamento que sofrem, perdendo o direito de opção do hospital a serem atendidos.³³ É de se notar que, muitas vezes, não

33. No referido depoimento no Senado o Sr. Matheos Chomatas, diretor do Sistema Urgente e Emergencial de Curitiba – SUEC, declara, criticando o artigo 31 § 2º: “Com a crise, as pequenas Prefeituras não têm como subsidiar esses plantões mais porque antes o médico ainda conseguia ganhar algum dinheiro faturando através do DPVAT. Como não podem mais faturar, esse dinheiro não chega até ele, aliás, não chega pra ninguém, esse dinheiro ficou nas seguradoras, ninguém mais recebe esse recurso.

Efeito cruzado: migração do médico para outros municípios. E aqueles que caem na rede privada sem querer, esses também correm esse risco porque há um DPVAT, mas DPVAT dá trabalho, então vamos liberar o camarada onde vai pagar particular e aí grande parte da população não tem R\$1.000,00 disponíveis.

Segundo efeito: ano que vem, se não houver novo financiamento ou pelo Ministério da Saúde ou a possibilidade de arrecadação através do DPVAT fatalmente os hospitais, principalmente os filantrópicos, vão acabar diminuindo a oferta das suas unidades de urgência.

Aquilo que é filantrópico ou privado, ele depende da arrecadação que ele tem, ele depende do trabalho, o paciente entra, aí ele consegue produzir. Se o paciente não traz recurso (DPVAT) ou, então o valor da tabela não ajuda - como isso acontece - fatalmente vai haver diminuição da oferta de serviço ou alguém vai ter que subsidiar e todos nós sabemos que hoje, principalmente os Municípios, não têm mais essa condição financeira até porque todos eles já gastam mais do que a Emenda 29. A previsão é que só 10 Estados das 27 unidades da Federação estão cobrindo a sua cota de 12% e a União também sabemos que apesar de tudo, também não está conseguindo cumprir a sua parte da Emenda 29”, continuando: “A seguradora hoje não tem dificuldade em arrecadação, não tem risco econômico de arrecadação, a polícia atualiza o licen-

há hospital público nas cercanias do acidente, o que pode, até comprometer a vida e a saúde do paciente a ser transferido até um hospital do SUS.

A cessão de direito é um ato de liberdade de contratação que não pode, nem deve, ser eliminado por lei manifestamente inconstitucional. Prejudica todos os que necessitam de atendimento médico com manifesto intuito de beneficiar as companhias seguradoras. Prejudica a rede hospitalar. Atesta, de forma veemente, a incapacidade do poder público de fiscalizar eventuais fraudes, argumento que, apresentado na exposição de motivos, tornou melancólica, a inequívoca demonstração de incompetência governamental.

Como não conseguem fiscalizar – a ser verdade o argumento que não está comprovado – eliminam o direito do acidentado, principalmente, se forem pobres, anulando o direito de livre contratação, dilacerando o princípio da “autonomia da vontade”, manifestamente fulminado pela inconstitucional lei e, ainda, violentando muitas das vezes, o direito à saúde e à integridade física e moral, conseqüências do princípio da dignidade humana.³⁴

No bojo do princípio do planejamento econômico, não obrigatório para o setor privado, está o alicerce do princípio da autonomia de vontade, um dos mais permanentes e duradouros princípios de direito civil, que remonta ao direito romano e que no dispositivo mencionado fica completamente estraça-

ciamento junto ao DPVAT, o IML (órgão estadual) gradua a lesão do cidadão e não precisa pagar para ninguém o DAMSP.” (Audiência Pública no Senado Federal, 17/09/2009).

34. O princípio da autonomia da vontade, que está na essência do direito privado de livre contratação (“pacta sunt servanda”) só deve ser afastado pela teoria da imprevisão (cláusula “rebus sic stantibus”), à evidência, inaplicável na espécie.

lhado, objetivando – repito – prejudicar hospitais e pacientes em benefício de companhias seguradoras, em ação social às avessas, em que os mais ricos beneficiam-se, por serem os mais poderosos, e os mais prejudicados são os menos afortunados e as instituições hospitalares sem fins lucrativos.

A meu ver, esta é outra evidente inconstitucionalidade do dispositivo mencionado, por ferir princípio de liberdade de contratação e ferir a disponibilidade de direitos individuais, que não se encontram entre aqueles que a Constituição define como indisponíveis (direito à vida por exemplo).

Passo agora a responder às questões formuladas:

1) À nitidez, as políticas econômicas a que se refere o artigo 196 da C.F. englobam a promoção e a facilitação de busca dos meios de sustentabilidade dos hospitais parceiros do SUS.

Mais do que isto, tendo em vista, como mostrei no curso deste parecer, que os direitos assegurados pelo artigo 196 da C.F. não podem ser reduzidos mesmo em relação à rede prestadora de serviços hospitalares de trauma ou quaisquer outros, assim como o direito dos pacientes a terem acesso universal e igualitário à rede hospitalar, o artigo 31 da Lei 11.945/09 nitidamente reduziu tais direitos sendo, pois, manifestamente inconstitucional.³⁵ A meu ver, nem mesmo emenda constitucional po-

35. Na 1ª edição da Constituição de 1988 veiculada pelo Senado Federal constava introdução de Ulisses Guimarães, presidente da Constituinte, onde se lê: “**A CONSTITUIÇÃO CORAGEM** - O HOMEM É O PROBLEMA DA SOCIEDADE BRASILEIRA: SEM SALÁRIO, ANALFABETO, SEM SAÚDE, SEM CASA, PORTANTO, SEM CIDADANIA.

A CONSTITUIÇÃO LUTA CONTRA OS BOLSÕES DE MISÉRIA QUE ENVERGONHAM O PAÍS.

DIFERENTEMENTE DAS SETE CONSTITUIÇÕES ANTERIORES, COMEÇA COM O HOMEM.

GRAFICAMENTE TESTEMUNHA A PRIMAZIA DO HOMEM, QUE FOI ESCRITA PARA O HOMEM, QUE O HOMEM É SEU FIM E SUA ESPERANÇA. É A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ.

deria fazê-lo, pois os direitos sociais incluem-se entre os direitos que “lato sensu” podem ser considerados como individuais, na titulação que engloba todo o Título II da Lei Suprema.

O dispositivo fere, por outro lado, não só o princípio da igualdade ao acesso universal, como impõe planejamento econômico à rede hospitalar não permitido pela Constituição. Por fim, obriga os hospitais a trabalharem com retribuição por seus serviços em valores nitidamente inferiores ao de suas necessidades, não podendo recuperar-se, em nível de viabilização, com os 30% de redução, em sua atuação, por tarifas comprimidas impostas pelo SUS. Tais políticas econômicas, por outro lado, beneficiam as seguradoras em detrimento da rede hospitalar e de seus pacientes de trauma, retirando dos pobres a liberdade de escolha do hospital que melhor lhes atenda, sobre obrigá-los ao desembolso de valores, que não teriam necessidade de fazê-lo se cedessem seus direitos relativos ao seguro DPVAT.³⁶

CIDADÃO É O QUE GANHA, COME, SABE, MORA, PODE SE CURAR.

A CONSTITUIÇÃO NASCE DO PARTO DE PROFUNDA CRISE QUE ABALA AS INSTITUIÇÕES E CONVULSIONA A SOCIEDADE.

POR ISSO MOBILIZA, ENTRE OUTRAS, NOVAS FORÇAS PARA O EXERCÍCIO DO GOVERNO E A ADMINISTRAÇÃO DOS IMPASSES. O GOVERNO SERÁ PRATICADO PELO EXECUTIVO E O LEGISLATIVO.

EIS A INOVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: DIVIDIR COMPETÊNCIAS PARA VENCER DIFICULDADES, CONTRA A INGOVERNABILIDADE CONCENTRADA EM UM, POSSIBILITA A GOVERNABILIDADE DE MUITOS.

É A CONSTITUIÇÃO CORAGEM.

ANDOU, IMAGINOU, INOVOU, OUSOU, OUVIU, VIU, DESTROÇOU TABUS, TOMOU PARTIDO DOS QUE SÓ SE SALVAM PELA LEI.

A CONSTITUIÇÃO DURARÁ COM A DEMOCRACIA E SÓ COM A DEMOCRACIA SOBREVIVEM PARA O POVO A DIGNIDADE, A LIBERDADE E A JUSTIÇA.

BRASÍLIA, 5 DE OUTUBRO DE 1988 - CONSTITUINTE. ULISSES GUIMARÃES (PRESIDENTE)”, percebendo-se como o § 2º do artigo 31 está na contramão dos ideais da Constituição de 1987/88.

36. Alexandre de Moraes ensina: “No Preâmbulo da Constituição Federal destaca-se a necessidade de o Estado democrático assegurar o bem-estar da Sociedade.

O artigo 196 da C.F , que objetiva como disse no início, beneficiar os que vivem no país com uma política que impõe ao Poder Público a prevalência da saúde, é amesquinhado com o dispositivo de lei ordinária aqui analisado (artigo 31 § 2º da Lei nº 11.945/09), tendo seu espectro de atuação nitidamente amputado, em detrimento da rede hospitalar e dos pacientes e em benefício das companhias seguradoras. É uma política nitidamente anti-social e que não pode ser vista como benéfica a qualquer interesse a receber o adjetivo “público”.³⁷

A resposta, portanto, ao primeiro quesito, é afirmativa.

2) A cessão de direitos está na essência do mais relevante princípio do direito privado que é o da autonomia da vontade.

Logicamente, dentro do bem-estar, destacado como uma das finalidades do Estado, encontra-se a Saúde Pública.

Além disso, o direito à vida e à saúde, entre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.” (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, ed. Atlas Jurídico. São Paulo: 2007, p. 2084/2085).

37. É ainda Alexandre de Moraes que cita José Afonso da Silva e Sebastião Tojal: “Como destaca José Afonso da Silva: ‘A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam. As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a quem cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização.’

Nesse mesmo sentido, proclama Sebastião Tojal a finalidade pública das normas que devem reger a saúde pública, afirmando que “qualquer iniciativa que contrarie tais formulações há de ser repelida veementemente, até porque fere ela, no limite, um direito fundamental da pessoa humana”.

Não foi outra a conclusão da Organização Pan-americana da Saúde e do Escritório Regional da Organização Mundial da Saúde, ao afirmar que “o conceito de ações e serviços de relevância pública, adotado pelo artigo 197 do atual texto constitucional, norma preceptiva, deve ser entendido desde a verificação de que a Constituição de 1988 adotou como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana”. (Idem p. 2085).

Pelo princípio da liberdade de livre contratação pode todo o cidadão detentor de direitos individuais disponíveis deles dispor como desejar, não podendo, a lei, retirar-lhes essa disposição, principalmente quando com nítido intuito de beneficiar companhias seguradoras. De lembrar-se, por outro lado, que o direito de livre disposição de seus créditos relativos ao reembolso do seguro DPVAT está atrelado àquele da livre escolha do tratamento que o acidentado, assegurado pelo seguro obrigatório da rede hospitalar desejar e da qualidade do tratamento que pretender. Nesta hipótese pode pagar primeiro, se tiver recursos, e ser reembolsado depois. É de se lembrar que o seguro obrigatório não está vinculado ao SUS. Só os pobres estão privados da livre escolha pela nova lei, sendo obrigados a receber o tratamento do SUS, por não poderem pagar, por antecipação, e receber depois o custo do tratamento. Elimina-se, por outro lado, a possibilidade da rede hospitalar conveniada com o SUS compensar as comprimidas tarifas impostas a seus serviços que deveriam ser pagos, de rigor, pelas seguradoras e não pelo SUS.³⁸

A disponibilidade de ceder legítimos direitos que possuem, por regime jurídico do sistema de seguros e não de saúde do SUS, permitiria aos acidentados o não desembolso de quaisquer somas, ao ceder tais direitos aos hospitais. Pelo sistema

38. André Ramos Tavares ensina: “Da mesma forma, e pelos mesmos motivos, o mesmo que se disse a respeito do tempo pode ser dito da própria condição de ser pessoa humana. Também aqui se aplica o que é dito quanto ao tempo, pois não há nada, no Direito, que não diga respeito ao ser humano. Assim, a lei sempre, e absolutamente sempre, tem em vista o ser humano. Muito bem apreendeu essa peculiar posição SAMPAIO DÓRIA, ao anotar que “A Constituição veda à lei estabelecer desigualdades entre os homens, por serem homens” (*Curso de Direito Constitucional*, 7ª. ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2009, p. 574). Não pode haver desigualdade entre os homens, parafraseando, por serem pobres.”

anterior, recepcionado pela C.F de 88, as pessoas menos favorecidas poderiam ter um tratamento adequado e de sua livre escolha SEM NECESSIDADE DE DESEMBOLSO PRÉVIO PARA REEMBOLSO POSTERIOR. Na redução de seus direitos, provocada pela lei atual, estão obrigados, ricos e pobres, a submeter-se ao regime SUS, em matéria em que a pobres e ricos é assegurada igualdade de condições pela disciplina legal dos seguros, mas, aos pobres, tira-se o direito de livre escolha em hospitais não conveniados ao SUS, por não terem como antecipar recursos a serem reembolsados posteriormente.³⁹

Resta tisdado o princípio da autonomia da vontade, a liberdade de livre contratação, a disposição de direitos individuais não indisponíveis, em nítida política “anti-social” com intuito de beneficiar seguradoras, à luz do argumento, que, se, efetivamente, ocorrer – que comprovado não está – de que eventuais fraudes, em face da incompetência e a ineficácia do Poder Público como agente fiscalizador do segmento, existiam no sistema anterior.

Para além da manifesta inconstitucionalidade, o dispositivo que tornar indisponíveis direitos disponíveis é “antissocial”, pois afeta a qualidade da rede hospitalar e prejudica, nitidamente, o mais pobre no exercício do direito de livre escolha do tratamento que desejar, se tiver a infelicidade de ser acidentado.

Por fim, amalgama duas disciplinas legais próprias e não regimes que se confundem, embora nem sejam regimes assemelhados, em detrimento da qualidade dos serviços hospitalares e de direito de livre escolha dos serviços. Realço que os

39. Anatole France dizia que “o princípio da igualdade sem temperos permitia a ricos e pobres viverem, se desejassem, embaixo das pontes”.

mais pobres, que não têm como adiantar o pagamento para serem reembolsados 'a posteriori' e que estão proibidos de ceder os seus direitos relativos ao reembolso, é-lhes negada a escolha do tratamento que desejarem, impondo-lhes o sistema SUS em franco ferimento ao princípio da igualdade com outros, que por circunstâncias externas à pessoa, podem exercer a escolha. E a rede hospitalar é prejudicada, sendo remunerada abaixo do custo de seus serviços, em benefício das empresas seguradoras em prejuízo de toda a sociedade, condenada a se contentar com o nível dos serviços disponibilizados pelo SUS.⁴⁰

3) A resposta aqui também é não. Os interesses negociais das companhias de seguro não podem se opor ao § 1º do artigo 199 da C.F que, para atendimento dos que residem no país, acresce a participação do segmento privado. No caso das Santas Casas de Misericórdia, a maioria delas vinda do tempo do Brasil Colônia, a parte compensatória de sua receita deprimida pelo SUS é obtida, nos departamentos de trauma, com o recebimento de tarifas reais pelos serviços prestados. Lembre-se que meu escritório patrocina a ADI 2.028-5-DF/99 contra a sanha arrecadatória do governo federal, tendo obtido a declaração cautelar de inconsti-

40. José Cretella Jr. ensina: "Embora, por um lado, todos os indivíduos se encontrem des-nivelados, quando comparados com a Administração, cercada de uma série de privilégios e prerrogativas, que a favorecem de maneira especial nas relações jurídico-administrativas, por outro lado o cidadão se acha em absoluto pé de igualdade diante de outros cidadãos, quando exige alguma prestação do Estado.

Preenchendo a série de requisitos prescritos, o cidadão investe-se no direito subjetivo público de exigir, tanto quanto qualquer outro cidadão, o que as leis e os regulamentos oferecem ao público administrado, segundo o que preceitua o princípio ou a regra da igualdade, de geral aplicação no âmbito dos serviços públicos.

Trata-se da aplicação, no setor do serviço público, dos princípios gerais estabelecidos, na França, pela Declaração dos direitos do homem e do cidadão, promulgada pela Assembléia Nacional, em 3 de setembro de 1791". (*Comentários à Constituição 1988*, vol. I, Forense Universitária. Rio de Janeiro: 1ª. ed., 1989, p. 184).

tucionalidade do dispositivo que pretendia exigir de entidades imunes as contribuições sociais vedadas pelo § 7º do artigo 195 (Lei nº 9.732/98 alteração do artigo 55 da Lei n. 8.212/91), desde que não atendidos requisitos inaugurados por lei ordinária. Reitero que, a meu ver, é absolutamente inadmissível que uma política social às avessas seja praticada para beneficiar as poderosas empresas de seguro em detrimento de instituições que servem à sociedade, grande parte delas do tempo do Brasil Colônia e de todos os pacientes, prejudicando uns e outros, com farta gama de inconstitucionalidades.

Espero que, levada a questão ao Poder Judiciário, sejam “deletados” os parágrafos 2º e 3º do artigo 31 da Lei n. 11.945/09 do ordenamento jurídico nacional. Tão deletérios dispositivos não honram um governo que se diz – e tem demonstrado sua preocupação nesse campo – o mais social de todos os governos brasileiros. Se não revogar o dispositivo por medida provisória, o discurso do governo não se compatibilizará com a realidade que os inconstitucionais dispositivos apresentaram.⁴¹

A resposta é, à evidência, NÃO. Não pode se opor.

S.M.J.

São Paulo, 22 de outubro de 2009.

41. Por esta razão é que, como realçado pelo Sr. Dyogo Henrique de Oliveira, na Audiência Pública referida: “Esse número de atendimentos é amplamente inferior ao número de acidentes. Há um índice de cobertura baixo, as pessoas sofrem o acidente e não recorrem ao seguro” (Audiência Pública no Senado Federal, 17/09/2009).

