

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
DESPACHO Nº 2899 /2013/FB/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU

PROCESSO/SIPAR Nº 25000.666489/2009-54

INTERESSADO: Adelson Jacinto dos Santos – Coordenador-Geral de Certificação (CGCER/DCEBAS/SAS/MS).

ASSUNTO: consulta sobre a possibilidade jurídica de concessão do CEBAS, na área da saúde, para as Organizações Sociais que não tenham produção ou prestem serviços diretamente ao SUS.

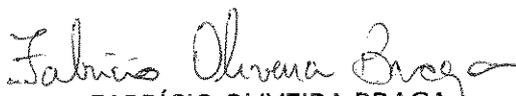
Referente ao SISCON nº 15.5, nº 3.7 e nº 3.3.

Senhor Consultor Jurídico do Ministério da Saúde,

Estou de acordo com a manifestação retro no sentido da impossibilidade de certificação de entidade qualificada como organização social que somente administre ou gerencie estabelecimentos de outra entidade, sendo necessário que a entidade a ser certificada tenha produção própria ou preste diretamente serviços ao Sistema Único de Saúde (SUS), além de cumprir os demais requisitos da Lei nº 12.101/2009, conforme orientação pacificada pela Advocacia-Geral da União por meio do grupo de trabalho instituído pela Portaria nº 488/AGU, de 24 de outubro de 2011.

À consideração superior, s. m. j.

Brasília-DF, 1º de fevereiro de 2013.


FABRÍCIO OLIVEIRA BRAGA

Coordenador-Geral de Acompanhamento Jurídico - COGEJUR/CONJUR/MS

De acordo. Encaminhem-se os autos ao GAB/SAS, com vistas ao DCEBAS/SAS/MS, para as providências subsequentes.

Brasília-DF, 1º de fevereiro de 2013.


JEAN KEIJI UEMA

Consultor Jurídico do Ministério da Saúde

CONFIDENTIAL



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

PARECER Nº 223 EHSN/CODELEGIS/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU

PROCESSO/SIPAR Nº 25000.666489/2009-54

INTERESSADO: Secretaria de Atenção à Saúde.

ASSUNTO: consulta sobre a possibilidade jurídica de concessão do CEBAS, na área da saúde, para as Organizações Sociais que não tenham produção ou prestem serviços diretamente ao SUS.

Referência ao SISCON n. 15.5

I – Consulta sobre a possibilidade jurídica de concessão do CEBAS, na área da saúde, para as Organizações Sociais que não tenham produção ou prestem serviços diretamente ao SUS.

II - Não há possibilidade de uma pessoa jurídica, Organização Social ou não, somente administrar ou gerenciar estabelecimentos de outra pessoa jurídica, devendo ela mesma também ter produção própria ou prestar diretamente serviços ao SUS para fazer jus à obtenção do certificado de entidade beneficente de assistência social.

Senhor Coordenador-Geral de Acompanhamento Jurídico,

1. Por intermédio do Despacho n. 483/2011-CGCER/DCEBAS/SAS/MS, fls. 937/938, subscrito pelo Coordenador-Geral de Certificação do Ministério da Saúde, e em conformidade com o estabelecido no artigo 11, incisos I e V da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o Departamento de Certificação de Entidades Beneficentes de Assistência Social em Saúde formula consulta acerca de legitimados a receberem referida certificação.

2. Nesse prisma, questiona se há possibilidade jurídica de concessão e/ou renovação de certificado de entidade beneficente de assistência social, nos termos da Lei n. 12.101/2009, às Organizações Sociais (OS), que somente realizam a gestão de unidades públicas de saúde, vale dizer, não executam diretamente a prestação de serviços ao SUS.

3. É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

4. O ponto suscitado pelo consulente já foi objeto de análise jurídica desta Consultoria Jurídica, tendo sido aprovado pelo Senhor Consultor Jurídico. Nos autos do SIPAR 25000.007446/2013-19, foi proferido o PARECER n. 133/2013/EHSN/CODELEGIS/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU e DESPACHO n. 1813/2013/FB/COGEJUR-MS/CGU/AGU.

5. Especificamente, no conteúdo de referidas manifestações, houve a conclusão de que não há possibilidade de uma pessoa jurídica, Organização Social ou não, somente administrar ou gerenciar estabelecimentos de outra pessoa jurídica, devendo ela mesma também ter produção própria ou prestar diretamente serviços ao SUS para fins de fazer jus à obtenção do certificado de entidade beneficente de assistência social.

6. Nada obstante, essa também foi a orientação pacificada pela Advocacia-Geral da União por meio do grupo de trabalho instituído pela Portaria n. 488/AGU, de 24 de outubro de 2011. Transcrevem-se trechos respectivos:

SIPAR 25000.007446/2013-19

PARECER n. 133/2013/EHSN/CODELEGIS/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU

(....)

h) Há possibilidade legal de pessoas jurídicas que só administram serviços públicos (não prestam serviços com estrutura própria) serem certificadas?

71. A Lei n. 12.101, de 27 de novembro de 2009, que dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social, reza, em seu art. 1º, que a certificação das entidades beneficentes de assistência social e a isenção de contribuições para a seguridade social serão concedidas às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, e que atendam ao disposto naquela Lei.

72. Nada obstante, o art. 4º do mencionado diploma legal dita que, para ser considerada beneficente e fazer jus à certificação, a entidade de saúde deverá, nos termos do regulamento, entre outros requisitos, "II - ofertar a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento); e III - comprovar, anualmente, a prestação dos serviços de que trata o inciso II, com base no somatório das internações realizadas e dos atendimentos ambulatoriais prestados.

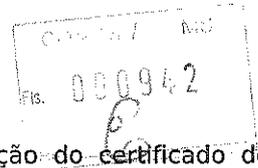
73. Do texto legal infere-se não haver possibilidade de uma pessoa jurídica, Organização Social ou não, somente administrar ou gerenciar estabelecimentos de outra pessoa jurídica, devendo ela mesma também ter produção própria ou prestar diretamente serviços ao SUS para fins de fazer jus à obtenção do certificado de entidade beneficente de assistência social.

74. Esse entendimento também fora submetido ao GT-CEBAS que consensuou em relação ao entendimento precedentemente mencionado, havendo deliberação nesse sentido.

CONCLUSÃO

75. Com a ressalva de que o tema é controverso e que carece de uniformização pela Advocacia-Geral da União, este Consultivo tem entendimento de que as entidades estatais constituídas sob regime jurídico de direito privado, incluindo-se as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e os consórcios públicos de direito privado, encontram-se legitimados a serem certificadas como entidades beneficentes de assistência social, à luz da Lei nº 12.101, de 2009, se atendidos os demais requisitos legais.

76. Ressalve-se, ainda, que não há possibilidade de uma pessoa jurídica, Organização Social ou não, somente administrar ou gerenciar estabelecimentos de outra pessoa jurídica, devendo ela mesma também ter produção própria ou prestar



diretamente serviços ao SUS para fins de fazer jus à obtenção do certificado de entidade beneficente de assistência social.

77. Propõe-se, portanto, o encaminhamento do presente processo à Secretaria de Atenção à Saúde.

À consideração superior.

Brasília, 18 de janeiro de 2013.

ELIAS HIGINO DOS SANTOS NETO
Advogado da União
Coordenador de Legislação e Normas Substituto

DESPACHO Nº 1813/2013/FB/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU

PROCESSO/SIPAR Nº 25000.007446/2013-19

INTERESSADO: Adelson Jacinto dos Santos – Coordenador-Geral de Certificação (CGCER/DCEBAS/SAS/MS).

ASSUNTO: consulta sobre a possibilidade jurídica de concessão do CEBAS, na área da saúde, para as fundações públicas de direito privado.

Referente ao SISCON nº 15.5, nº 3.7 e nº 3.3.

Senhor Consultor Jurídico do Ministério da Saúde,

Estou de acordo com a manifestação retro, no sentido da possibilidade de entidades públicas constituídas sob regime jurídico de direito privado, tais como empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas de direito privado, consórcios públicos de direito privado, entre outros, desde que prestadoras de serviços públicos de saúde e que atendam os requisitos previstos na Lei nº 12.101/2009, serem certificadas à luz da referida lei, ressalvando-se, no entanto, que esse entendimento encontra-se sob avaliação do Consultor-Geral da União da Advocacia-Geral da União (CGU/AGU) para uniformização em virtude de posicionamento divergente da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN/AGU) sobre o tema no sentido de que a certificação apenas poderia ser concedido a pessoas jurídicas de direito privado sem alcance das entidades estatais. Nesse caso, é viável a adoção do entendimento desta Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde até uniformização do tema pela CGU/AGU.

Além disso, acolho a manifestação retro exarada no sentido da impossibilidade de certificação de entidade que somente administre ou gerencie estabelecimentos de outra entidade, sendo necessário que a entidade a ser certificada tenha produção própria ou preste diretamente serviços ao Sistema Único de Saúde (SUS), além de cumprir os demais requisitos da Lei nº 12.101/2009, conforme orientação pacificada pela Advocacia-Geral da União por meio do grupo de trabalho instituído pela Portaria nº 488/AGU, de 24 de outubro de 2011.

À consideração superior, s. m. j.

FABRÍCIO OLIVEIRA BRAGA

Coordenador-Geral de Acompanhamento Jurídico – COGEJUR/CONJUR/MS

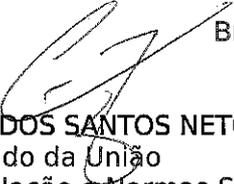
7. Com fulcro em tais fundamentos e manifestações aprovadas no âmbito desta Consultoria Jurídica, este Consultivo entende não haver possibilidade jurídica de uma pessoa jurídica, Organização Social ou não, somente administrar ou gerenciar estabelecimentos de outra pessoa jurídica, devendo ela mesma também ter produção própria ou prestar

diretamente serviços ao SUS para fins de fazer jus à obtenção do certificado de entidade beneficente de assistência social.

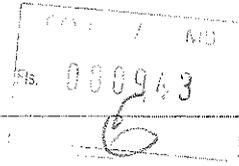
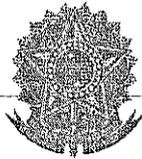
8. Propõe-se, portanto, o encaminhamento do presente processo à Secretaria de Atenção à Saúde.

À consideração superior.

Brasília, 1º de fevereiro de 2013.



ELIAS HIGINO DOS SANTOS NETO
Advogado da União
Coordenador de Legislação e Normas Substituto



CÓPIA

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

PARECER Nº 133 EHSN/CODELEGIS/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU

PROCESSO/SIPAR Nº 25000.007446/2013-19

INTERESSADO: Secretaria de Atenção à Saúde.

ASSUNTO: concessão de CEBAS a entidades estatais constituídas sob o regime jurídico de direito privado.

Referência ao SISCON n. 15.5

I - Certificação ou renovação de CEBAS a entidades estatais constituídas sob o regime jurídico de direito privado.

II - À luz de interpretação doutrinária e da jurisprudência brasileiras, entende-se possível a certificação de entidades estatais constituídas sob regime jurídico de direito privado, incluindo-se as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e os consórcios públicos de direito privado.

III - Não há possibilidade de uma pessoa jurídica, Organização Social ou não, somente administrar ou gerenciar estabelecimentos de outra pessoa jurídica, devendo ela mesma também ter produção própria ou prestar diretamente serviços ao SUS para fazer jus à obtenção do certificado de entidade beneficente de assistência social.

Senhor Coordenador-Geral de Acompanhamento Jurídico,

1. Por intermédio do Memorando n. 007/2013-CGCER/DCEBAS/SAS/MS, subscrito pelo Coordenador-Geral de Certificação do Ministério da Saúde, e em conformidade com o estabelecido no artigo 11, incisos I e V da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o Departamento de Certificação de Entidades Benéficas de Assistência Social em Saúde suscita dúvidas a este Consultivo acerca de legitimados a receberem referida certificação.

2. Nesse prisma, questiona se há possibilidade jurídica de concessão e/ou renovação de certificado de entidade beneficente de assistência social, nos termos da Lei n. 12.101/2009, às entidades públicas constituídas sob regime jurídico de direito privado criadas com a finalidade de prestar ações e serviços públicos de saúde.

3. É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

4. Cuida-se, como relatado, de dúvida acerca da possibilidade de se conceder CEBAS a entidades estatais, constituídas sob regime de direito privado à luz da Lei n. 12.101 de 2009.

5. Segundo o art. 1º da Lei nº 12.101, de 2009, “a certificação das entidades beneficentes de assistência social e a isenção de contribuições para a seguridade social serão concedidas às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, e que atendam ao disposto nesta Lei.”

6. Da clara redação precedentemente transcrita extrai-se que as entidades públicas constituídas sob o regime jurídico de direito público, como autarquias e fundações públicas de direito público (autarquias fundacionais), não podem ser consideradas entidades beneficentes de assistência social com fundamento na Lei nº 12.101, de 2009, interpretação jurídica de conteúdo inquestionável à luz do regramento normativo ali exposto.

7. No entanto, no específico caso das entidades estatais constituídas sob o regime jurídico de direito privado, à luz da melhor doutrina e de orientação dos tribunais brasileiros, deve-se entender que tais pessoas, ainda que auferam lucro, e prestadoras de serviços públicos como no caso de prestação de ações e serviços de saúde ao Sistema Único de Saúde (SUS), podem ser beneficiárias dessa certificação. Para tanto, apresentam-se os fundamentos deste Consultivo sobre referido posicionamento.

a) da caracterização como entidade de assistência social

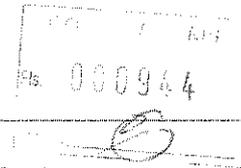
8. Inicialmente, a Constituição Federal, em seu art. 195, § 7º, definiu que “são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.”, porém, consoante leciona Andrei Pitten Velloso¹, se verifica em atos infraconstitucionais uma limitação do alcance da imunidade constitucional apenas em favor das entidades de assistência social filantrópicas, sujeitando-se as demais entidades de assistência social à tributação. E, para o autor, a própria Constituição confere significados distintos para as entidades de assistência social em relação às entidades filantrópicas, tratando as segundas como espécie das primeiras, gênero, ou seja, a outorga de imunidade pela Constituição Federal às entidades de assistência social (gênero) alcança as entidades filantrópicas (espécie), motivo porque a limitação efetuada pela legislação infraconstitucional mutila e, por via reflexa, vislumbra a existência de competência impositiva onde a Carta de 1988 consagra a incompetência tributária.

9. De acordo com Andrei Velloso²:

¹ VELLOSO Andrei Pitten. *Constituição Tributária Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 376.

² VELLOSO Andrei Pitten, *Constituição Tributária Interpretada*, p. 376.





CÓPIA

"(...). Entidade de assistência social é gênero, do qual entidade filantrópica é espécie. Para ser entidade de assistência social é preciso agir em áreas prioritárias para a sociedade (como a educação, a saúde o amparo à maternidade e à velhice etc); áreas essas em que o Estado normalmente atua com notória deficiência e sem condições de prestar serviços qualificados. Não basta, contudo, atuar nestas áreas: é preciso que a atuação não tenha fins lucrativos, ou seja, que se dê desinteressadamente, de modo que os sócios dessas entidades não recebam qualquer distribuição, direta ou indireta, dos lucros da mesma, sendo tais valores integralmente reinvestidos no seu aprimoramento. Assim, os sócios das entidades de assistência social empregam, frequentemente, patrimônios vultosos em prol da realização de atividades socialmente relevantes (que o Estado não teria condições de prestar de forma ótima), quando poderiam destiná-los à sua fruição pessoal e de suas famílias; mais ainda, empregam o seu trabalho e o seu esforço contínuos à prestação desses serviços sem receberem qualquer contraprestação. Por outro lado, o conceito entidade filantrópica é mais restrito e envolve entidades que realizam a filantropia, ou seja, a prestação de serviços gratuitos, mesmo que apenas em determinados percentuais."

10. Ao tratar da diferença entre inexistência de fins lucrativos e filantropia, Sacha Calmon³ afirma que:

"Por 'sem fins lucrativos' deve-se entender aquelas que não se apropriam dos resultados operacionais, ou seja, que não distribuem resultados entre sócios ou mantenedores ou associados reinvestindo tudo o que ganham e, cada vez mais, em atividades-meio capazes de sustentar os planos educacionais e assistenciais próprios dessas entidades. Caso contrário, a imunidade em tela ficaria reduzida a caridade e a filantropia, o que não esteve nos cálculos do constituinte que dá à sociedade a possibilidade de cooperar com o governo nas esferas de educação e da assistência e previdência sociais (paraestatalidade) com organismos fortes, auto-suficientes e progressistas, certo que sem atividade econômica própria não poderiam

³ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 286.

tais entes desenvolver as funções educacionais e assistenciais a que se propuseram.”

11. Esse mesmo entendimento foi consagrado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal em diversos julgamentos⁴, quando se posicionou no sentido da ilegitimidade da restrição das imunidades previstas nos arts. 150, VI, “c”, e 195, § 7º, da Constituição Federal apenas em favor das entidades filantrópicas, salientando que a titularidade da referida imunidade deveria ser gozada considerando-se o conceito mais amplo de assistência social.

12. Destaca-se a orientação de Sacha Calmon, ao dispor sobre o entendimento da Suprema Corte, no sentido de que:

“(...). Essa ‘gratuidade’ pela qual tantos lutam é maléfica e contraproducente. Se as instituições particulares atuassem gratuitamente, a fundo perdido, logo se estiolariam em quantidade e qualidade. A filantropia é cara, e a caridade é pouca. A ideia de permitir o lucro e de obrigar sua reinversão no ‘munus’ educacional ou assistencial enquanto condição para o privilégio da imunidade é o verdadeiro motor do ‘instituto’ tornando-o útil e eficaz. [...] Com o decidir assim, o STF tem propiciado o surgimento de centenas de instituições a servir microcomunidades, em verdadeiro somatório de esforço visando a fim público inquestionável: a melhoria incessante dos níveis de educação, cultura e proteção assistencial do sofrido povo brasileiro.”⁵

13. Pela lição doutrinária de Luciano Amaro⁶, a “inexistência de fim lucrativo” foi corretamente traduzida pelo art. 14 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), ao estabelecer a “não-distribuição de patrimônio ou renda”, ou seja, entidade sem fim lucrativo seria aquela cujo criador (ou instituidor ou mantenedor, ou associado, ou filiado) não tenha fim de lucro pra si, o que, obviamente, não impede que a entidade aufera resultados positivos (ingressos financeiros, eventualmente superiores às despesas) na sua atuação. Assim, de acordo com o referido doutrinador, quem cria a entidade é que não pode visar a lucro, ou seja, a entidade será, por decorrência, sem fim de

⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.028-MC, STF, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, DJ de 16/06/2000; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.545-MC, STF, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, DJ de 07/02/2003; Recurso Extraordinário nº 491.538-AgR, STF, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ de 07/06/2011, entre outros.

⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro, *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*, p. 283.

⁶ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 156.

lucro, o que não impede que ela aplique a disponibilidades de caixa e aufera renda, ou que, eventualmente, tenha, em certo período, um ingresso financeiro líquido positivo (superávit).

14. Acrescenta Luciano Amaro⁷ que o mencionado superávit não é lucro. Para ele, lucro é conceito afeto à noção de “empresa”, coisa que a entidade não é, nas referidas condições, justamente porque lhe falta o fim de lucro (vale dizer, a entidade foi criada não para dar lucro ao seu criador, mas sim para atingir uma finalidade altruísta).

15. Nesse mesmo sentido encontra-se a disciplina normativa contida no art. 12, § 3º, da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, que, ao conceituar entidade sem fins lucrativos, dispôs que seria aquela 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.

16. Dessa forma, para fins de gozo da imunidade tributária prevista no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, faz-se necessária que a titularidade seja exercida por entidade de assistência social assim considerada em sentido amplo, não se restringindo apenas às entidades filantrópicas, espécie daquela, além do que a entidade não deve ter fins lucrativos, ou seja, a entidade não deve se apropriar dos seus resultados operacionais, de modo que os sócios dessas entidades não recebam qualquer distribuição, direta ou indireta, dos lucros da mesma, sendo tais valores integralmente reinvestidos na sua manutenção, seu aprimoramento e no cumprimento de seus objetivos institucionais.

b) da descentralização administrativa para pessoa pública

17. Nas lições de Di Pietro⁸, o acréscimo de encargos assumidos pelo Estado prestador de serviços (Estado do Bem-Estar) aconselha a descentralização de atividades, que, pelo elevado número e complexidade, não poderiam ser executadas a contento se mantidas nas mãos de uma única pessoa jurídica. Desse modo, “a descentralização, além de aliviar o órgão central de certo número de atividades, ainda traz o benefício da especialização; com a criação da entidade, formar-se-á (ou deveria formar-se) um corpo técnico, especializado na execução do serviço que lhe foi confiado”.

18. Nesse passo, a descentralização por serviços, funcional ou técnica é a que se verifica quando o poder público cria uma pessoa jurídica de direito público ou de direito privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público.

19. São consideradas, nesse vértice, entidades da Administração Indireta as

⁷ AMARO, Luciano, *Direito Tributário Brasileiro*, p. 156.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 20 ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 384

autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, consoante redação conferida pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, com redação dada pela Lei nº 7.596, de 1987.

b.1) Consórcios públicos

20. Peculiar situação jurídica envolve os consórcios públicos que podem ser instituídos sob a forma de associação pública ou sob a forma de pessoa jurídica de direito privado (Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, art. 1º, §1º), ou seja, os consórcios públicos podem ter natureza pública ou privada.

21. Quando os consórcios públicos forem instituídos sob a forma de associação pública, isto é, contarem com personalidade jurídica de direito público, integrarão a Administração Pública indireta de cada um dos entes da Federação consorciados (art. 6º, §1º, da Lei 11.107, de 2005).

22. No que alude, contudo, à constituição do consórcio sob a forma privada, a Lei dos Consórcios Públicos é silente, não afirmando se integra ou não a Administração Indireta, para o que Gasparini⁹ afirma:

“Quanto aos consórcios instituídos sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, no que respeita a esse particular, essa lei não estatui. Essa omissão não significa que essa entidade não integre a Administração Pública indireta do consorciado. Induvidosamente, não é órgão da Administração Pública direta, pois dotado de personalidade jurídica de direito privado como diz a Lei dos Consórcios Públicos. Sendo assim, somente pode ser considerado como integrante da Administração Pública indireta e tal qual o consórcio público constituído mediante associação pública estará vinculado ao Ministério ou à Secretaria estadual, municipal ou distrital em que seu objetivo é para esse consorciado mais relevante, ou, conforme for estabelecido na lei que ratifica o protocolo de intenções, ao órgão indicado.”

23. Quanto à modalidade e natureza jurídica, Di Pietro¹⁰ é categórica ao afirmar que, no direito positivo brasileiro, compõem a Administração Indireta as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista, as empresas

⁹ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 349.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. Cit. p. 392





CÓPIA

públicas e os consórcios públicos.

24. A constituição do consórcio público (sob a forma de associação pública ou sob a forma de pessoa jurídica de direito privado), nesse prisma, é determinante para o enquadramento como possível beneficiária de CEBAS. Assim, somente os consórcios instituídos sob a forma de pessoa jurídica de direito privado poderão ser contempladas com a referida certificação, excluídos, portanto, os consórcios públicos em forma de associação pública, consoante linha argumentativa adiante delineada.

c) das entidades estatais constituídas sob regime jurídico de direito privado

25. O sistema tradicional de prestação de serviços públicos aos administrados sofreu alterações, não se limitando atualmente à realização pela Administração Pública desses serviços por intermédio de suas autarquias ou pessoas de direito privado estranhas ao corpo estatal e investidas na qualidade de permissionárias ou concessionárias.

26. Nesse prisma, o serviço público passou a ser prestado por pessoas, ainda que de direito privado, não totalmente estranhas à Administração Pública, dado que, além da respectiva criação, o Estado assegura-lhes recursos públicos. Consistem em pessoas privadas, criadas pelo Estado, com recursos essencialmente públicos, para a execução e exploração de serviços públicos ou para a intervenção na atividade econômica, representando verdadeiramente instrumentos do Estado e são representadas por empresas públicas, sociedades de economia mista e as fundações privadas, a que Gasparini¹¹ denomina de pessoas governamentais.¹²

d) das empresas públicas e sociedades de economia mista

27. As EP – Empresas Públicas - e SEM – Sociedades de Economia Mista - apresentam traços comuns consistentes, em síntese, na criação e extinção autorizadas por lei, personalidade jurídica de direito privado, sujeição ao controle estatal, derrogação parcial do regime de direito privado por normas de direito público, vinculação aos fins definidos na lei instituidora, desempenho de atividade de natureza econômica.

28. No que respeita à exploração direta de atividade econômica, o art. 173 da

¹¹ GASPARINI, Diógenes. Op. Cit. p. 435

¹² Di Pietro afirma que “Com a expressão empresa estatal ou governamental designamos todas as entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte (arts. 37, XVII, 71, II, 165, §5, II)” Op. Cit. p. 412

S

CÓPIA

Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988, dita que, ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

29. Genericamente, portanto, encontra-se o Estado autorizado a atuar diretamente em atividade econômica quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, expressões essas que traduzem conceitos vagos, de contornos não bem definidos, cabendo à lei defini-los.

30. Mas, o que vem a ser atividade econômica? Eros Roberto Grau¹³ interpreta-a, efetuando análise exauriente, para verificar que existe o gênero *atividade econômica*, da qual são espécies o *serviço público* e a *atividade econômica em sentido estrito*.

“Esse exercício de interpretação é que cumpre, neste passo, desenvolver em torno da expressão ‘atividade econômica’.

[...]

Da questão, referindo-me ao preenchimento dos conceitos de serviço público e de atividade econômica, tratei anteriormente, de modo específico.

Mais de uma razão – além daquela atinente à necessidade de bem distinguirmos intervenção (atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito*) e atuação estatal (ação do Estado no campo da *atividade econômica em sentido amplo*) – recomendam seja a mesma questão retomada.

É que, por um lado, a Constituição de 1988 aparta a ambos conferindo tratamento peculiar, *atividade econômica* e *serviço público*. No art. 173 enuncia as hipóteses em que é permitida a exploração direta de ‘atividade econômica’ pelo Estado, além de, no § 1º deste mesmo art. 173, indicar regime jurídico a que se sujeitam empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem ‘atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços’. No art. 175 define incumbir ao Poder Público a prestação de ‘serviços públicos’. Além disso, o art. 174 dispõe sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador da ‘atividade econômica’. A necessidade de distinguirmos *atividade econômica* e

¹³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 10 ed rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 101-104





CÓPIA

serviço público é assim, no quadro da Constituição de 1988, inquestionável.

Por outro lado, como a expressão 'ordem econômica', no contexto do art. 170 do texto constitucional, é conversível nas expressões 'relações econômicas' ou 'atividade econômica', cumpre-nos precisar, também, que *atividade econômica* é esta, que deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, *atividade econômica*) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios...

Como tenho observado, inexistente, em um primeiro momento, oposição entre atividade econômica e serviço público; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira.

Em texto anterior, averbei:

'A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí poderemos afirmar que o *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*.

Serviço público – dir-se-á mais – é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão.

Desde aí poderemos também afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado.

Sallentel, no próprio texto, o fato de, no trecho aqui transcrito, utilizar-me da expressão *atividade econômica* em distintos sentidos:

Ao afirmar que *serviço público* é tipo de *atividade econômica*, a ela atribuí a significação de gênero no qual se inclui a espécie, *serviço público*.

Ao afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado, a ela atribuí a significação de espécie'.

Daí a verificação de que o gênero – *atividade econômica* – compreende duas espécies: o *serviço público* e a *atividade econômica*.

6

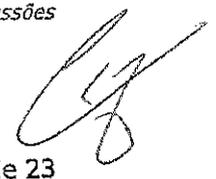
Estamos em condições, assim, de superar a ambiguidade que assume, no seio da linguagem jurídica e no bojo do texto constitucional, esta última expressão. Para que, no entanto, se a supere, impõe-se qualificarmos a expressão, de modo que desde logo possamos identificar de uma banda as hipóteses nas quais ela conota gênero, de outra as hipóteses nas quais ela conota espécie do gênero. A seguinte convenção, então, proponho: *atividade econômica em sentido amplo* conota gênero; *atividade econômica em sentido estrito*, a espécie."

31. Ao conceituar serviço público, Abreu Dallari¹⁴ entende que a "primeira nota do serviço público é o seu caráter de responder a uma necessidade essencial da população. O serviço público, em princípio, numa noção material de serviço, numa noção comum de serviço público, eu diria que é uma atividade desenvolvida pelo Poder Público porque corresponde a uma necessidade essencial da sociedade." Acreditando ser essa noção muito pequena e insuficiente, afirma que o traço característico do serviço público, além de sua essencialidade, é o seu regime jurídico administrativo, conforme a seguir exposto:

"O traço característico do serviço público, o que caracteriza realmente um serviço como público, além de sua essencialidade é o seu regime jurídico. É o fato de ser exercido diante, ou debaixo, de um regime jurídico especial. Um regime jurídico que, ao mesmo tempo, outorga prerrogativa à administração e também a submete a determinadas sujeições, isto é o que se chama regime jurídico administrativo. Um serviço público é aquela atividade essencial prestada sob um regime jurídico administrativo."

32. A dicção do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, estampa que tanto a empresa pública quanto a sociedade de economia mista serão criadas por lei para a exploração de atividade econômica. Nesse ponto, entende Eros Grau que o Decreto-Lei não poderia ter ignorado a realidade indiscutível da existência de um grande número de empresas estatais prestadoras de serviço público, motivo pelo que concluiu que a expressão atividade econômica contida no Decreto-Lei é utilizada em sentido amplo, concebendo-se, a partir daí, a existência de duas espécies de empresas públicas e sociedades de economia mista: as que exploram serviço público e as que exploram atividade econômica em sentido estrito.

¹⁴ DALLARI, Adilson Abreu. *Empresa Estatal Prestadora de Serviços Públicos – Natureza Jurídica – Repercussões Tributárias*, in RDP 94, 1990, p. 95.



500948
B

CÓPIA

33. Verifica-se, assim, que pessoas jurídicas são criadas pelo Estado com roupagem de direito privado, porém destinando-se à prestação de serviços públicos. Nesse mote, as entidades privadas criadas pelo Estado para o desempenho de serviços públicos, as pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo próprio Poder Público para desenvolver atividade tipicamente pública, podem e devem ter um regime muito mais assemelhado aos das entidades públicas; podem ter, sim, indubitavelmente, um tratamento privilegiado, inclusive quanto aos aspectos tributários, porque não concorrem com as empresas privadas, não concorrem com os particulares em sentido estrito.¹⁵

34. O art. 173 da CRFB, de 1988, deixa claro que suas disposições referem-se às atribuições próprias e típicas dos particulares, podendo apenas excepcionalmente o Poder Público atuar nessa área. Quando atuar nessa área, contudo, sob regime de direito privado, as entidades governamentais não poderão gozar de vantagens ou privilégios não extensivos aos particulares.

35. Entrementes, nenhuma referência é feita no art. 173 da Constituição do Brasil no que toca às empresas ou entidades estatais que prestam serviços públicos, eis que esses são atividades iminentes ao Estado, um campo próprio, típico e específico do Poder Público. Consoante afirma Eros Grau¹⁶

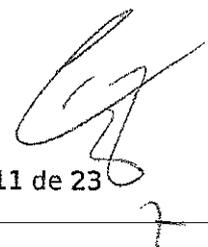
“(…) o art. 173 evidentemente respeita a exploração da atividade econômica em sentido estrito, pois permite ao Estado empreender uma determinada atividade. O Estado não necessita de permissão, autorização, para prestar serviço público. A prestação de serviços públicos é dever do Estado. De mais a mais, segurança nacional e relevante interesse coletivo não justificariam a prestação de serviço público, mas sim de atividade econômica em sentido estrito.” (os grifos não constam no original)

36. A distinção aqui delineada, inclusive no que alude às obrigações tributárias, já foi objeto de análise no Supremo Tribunal Federal que, no RE n. 354.897/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 03/09/2004, assim se posicionou:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E

¹⁵ Ibidem, p. 102.

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. *Op Cit.* p. 128.



EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO.

I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a."

37. Outra não foi o entendimento do Egrégio STF ao julgar o RE nº 363.412-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ de 19/09/2008, cujo trecho da ementa apresenta-se a seguir:

"(...).

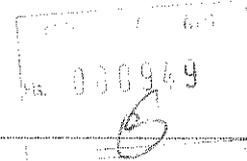
- A submissão ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência CF, art. 170 IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, § 1º, da Constituição às empresas públicas (caso da INFRAERO), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos."

38. Quer-se afirmar na esteira das abalizadas doutrinas e do STF, precedentemente transcritas, que as entidades estatais, empresas governamentais ou empresas públicas, quando prestam serviço público, atuam em nome do Poder Público, como prolongamento personalizado, desenvolvendo uma atividade que é típica, própria, específica do Poder Público. Nesses casos, a prestação de serviços é regida primordialmente por normas de direito público, inclusive, nos aspectos tributários.

39. Por outro prisma, ao prestar serviço público, como discorrido, as entidades estatais não estão impedidas de auferir lucro, o que, a toda evidência, não configura ter fins lucrativos. Assim, pois, é a realidade das EP e SEM no direito brasileiro.

e) EP e SEM prestadoras de serviços públicos: direito ao Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS





CÓPIA

40. As premissas e conclusões delineadas na presente manifestação quanto ao regime jurídico administrativo diferenciado e privilégios tributários conferidos às empresas ou entidades estatais prestadoras de serviço público, porque lastreadas na interpretação/aplicação de normas constitucionais, devem espargir seus efeitos e orientações ao legislador ordinário e, conseqüentemente, aos atos infraconstitucionais produzidos.

41. Assim, o será também com a certificação das entidades beneficentes de assistência social. Nesse rumo, o art. 1º da Lei nº 12.101, de 2009, ao estabelecer que a certificação das entidades beneficentes de assistência social e a isenção de contribuições para a seguridade social serão concedidas às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, está, por óbvio, a abarcar as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, porquanto voltadas à satisfação de uma necessidade/interesse público com regime jurídico administrativo diferenciado. O objetivo social dessas entidades consistente na prestação de serviço público não é, pois, incompatível, com a obtenção de lucro, o que, em absoluto, significa ter fins lucrativos, conforme anteriormente demonstrado.

f) Casuísticas relacionadas à área de saúde:

f.1) Hospital Cristo Redentor S/A, Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A e Hospital Fêmina S/A – integrantes do Grupo Hospitalar Conceição (GHC)

42. Controvérsia existiu sobre a configuração do Hospital Cristo Redentor S/A integrante do Grupo Hospitalar Conceição (GHC), como sociedade de economia mista e, portanto, integrante da Administração Indireta Federal, ao fundamento de que, pelo Decreto nº 75.403, de 1975, a União declarou de utilidade pública para fins de desapropriação, em regime de urgência, a totalidade do seu capital social, assumindo o controle societário de tal entidade de saúde, porém, por meio do Decreto nº 75.457, de 1975, reduziu sua participação no capital social para 51% (cinquenta e um por cento) do seu total. Atualmente a União possui 99,99% do seu capital social. A título de elucidação, vale destacar que os 0,01% restantes (seis ações apenas) são cedidos para cada um dos seis conselheiros integrantes do Conselho de Administração, em caráter precário e gratuito, com a finalidade específica de garantia de gestão e pelo tempo restrito ao respectivo mandato, tendo em vista a exigência constante do art. 206, inciso I, 'd', e art. 146 da Lei nº 6.404/76.

43. Nada obstante, argumentava-se que o mencionado hospital não era

A large, stylized handwritten signature in black ink.

CÓPIA

controlado sob qualquer aspecto pela União, tendo em vista que cabe à sua diretoria contratar, demitir, gerir recursos, fazer investimentos, recolher impostos e realizar contabilidade, representando atividade privada dedicada ao lucro.

44. No entanto, a questão da natureza jurídica do Hospital Cristo Redentor S/A foi abordada pelo STF, no julgamento do RMS 24.249, 1ª Turma, DJ de 03/06/2005, cuja ementa dispõe:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONCEITO. CONCEITOS JURÍDICOS. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. NÃO-EXERCÍCIO DO DIREITO DE OPÇÃO NO PRAZO LEGAL. MÁ-FÉ CONFIGURADA.

1. Para efeitos do disposto no art. 37, XVI, da Constituição são sociedades de economia mista aquelas --- anônimas ou não --- sob o controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, independentemente da circunstância de terem sido 'criadas por lei'.

(...).”

45. Desse julgado colhe-se trecho do voto do Min. Eros Grau, *in verbis*:

“O Hospital Cristo Redentor S/A, sem dúvida alguma – ainda que não o seja para os efeitos do Dec.-Lei n. 200/67 – deve ser entendido como sociedade de economia mista para os efeitos do disposto no art. 37, XVII, da Constituição do Brasil.”

46. A esse respeito, inclusive, Eros Grau¹⁷ afirma que é inteiramente equivocada a tentativa de conceituar-se serviço público como atividade sujeita a regime de serviço público. Ao afirmar-se tal – que serviço público é atividade desempenhada sob esse regime – além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia. Determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *Op Cit.* p. 119.



000550
6

CÓPIA

47. De outro giro, continua o autor, é certo inexistir uma totalidade normativa que se possa referir como regime de serviço público, além do que, sobretudo quando cuidamos das empresas estatais – empresas públicas e sociedades de economia mista – que exploram atividade econômica em sentido estrito ou que prestem serviço público, impõe-se distinguirmos entre diversos níveis ou modelos de regimes jurídicos. A distintos regimes jurídicos, assim, sujeitam-se umas e outras, segundo se esteja a cogitar de traços estruturais ou funcionais, internos ou externos, delas.

48. Não é outra a conclusão aqui, pois, senão a possibilidade de tal entidade de saúde também poder ser certificada como entidade beneficente de assistência social.

49. Cabe destacar que o fundamento anteriormente transcrito aplica-se ao Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A e ao Hospital Fêmeina S/A, também integrantes do Grupo Hospital Conceição (GHC), formado, portanto, por um conglomerado complexo de hospitais públicos. A União detém o controle acionário da integralidade das ações e não há qualquer destinação econômica, senão exclusividade de prestação de ações e serviços aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS).

50. Não foi outra a conclusão proferida no Acórdão n. 0082000-77.2007.5.04.0001 AP, do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

“EMENTA: EXECUÇÃO. GRUPO HOSPITALAR CONCEIÇÃO S.A.

O Grupo Hospitalar Conceição (GHC), do qual faz parte integrante um conglomerado complexo de hospitais públicos, presta serviço público relevante na área da saúde pública, sem qualquer destinação econômica, porque com exclusividade aos usuários do Sistema Único de Saúde, além de deter a União o controle acionário da integralidade das ações, o que o torna parte formal da estrutura da administração pública federal indireta, com as prerrogativas de ente público.”

f.2) Do novel Decreto nº 7.718, de 4 de abril de 2012, e a incorporação do Hospital Cristo Redentor S/A e do Hospital Fêmeina S/A. pelo Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A.

51. O Decreto-Lei n. 200, de 1967, em seu art. 178, dita que as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da Administração Federal Indireta, bem assim as fundações criadas pela União ou mantidas com recursos federais, sob supervisão ministerial, e as demais sociedades sob o controle direto ou indireto da União, que acusem a ocorrência de prejuízos, estejam inativas, desenvolvam

CÓPIA

atividades já atendidas satisfatoriamente pela iniciativa privada ou não previstas no objeto social, poderão ser dissolvidas ou incorporadas a outras entidades, a critério e por ato do Poder Executivo, resguardados os direitos assegurados, aos eventuais acionistas minoritários, nas leis e atos constitutivos de cada entidade.

52. Nesse passo, o recente Decreto nº 7.718, de 4 de abril de 2012, autorizou a incorporação do Hospital Cristo Redentor S/A e do Hospital Fêmeina S/A. pelo Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A, devendo a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e os administradores dos Hospitais envolvidos adotarem as providências necessárias para a incorporação em tela.

f.3) O Decreto nº 7.530, de 21 de julho de 2011

53. Ao aprovar a estrutura regimental do Ministério da Saúde, a Presidência da República, o Ministério da Saúde e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, reconheceram o Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A, o Hospital Fêmeina S/A e o Hospital Cristo Redentor S/A. como sociedades de economia mista, consoante art. 2º, inciso IV, alínea "c", do Anexo I do Decreto em referência.

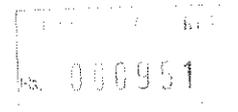
54. Essa vinculação dos referidos hospitais ao Ministério da Saúde apenas ratifica estrutura organizacional já delineada por outras estruturas regimentais anteriormente fixadas para o Ministério da Saúde por meio dos respectivos Decretos como, por exemplo, o Decreto nº 99.244, de 10 de maio de 1990, em seu art. 146.

f.4) Do entendimento jurisprudencial favorável à possibilidade de concessão de CEBAS às entidades integrantes do GHC

55. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao se deparar com a matéria, entendeu que as entidades integrantes do GHC fazem jus ao gozo da imunidade de contribuições sociais prevista no art. 195 § 7º, da Constituição Federal, conforme apontamos anteriormente nesta manifestação. Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, INCISO VI, 'A', CF. IMUNIDADE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS ADMINISTRADAS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. ART. 195, §7º, CF. GRUPO HOSPITALAR CONCEIÇÃO. SITUAÇÃO SUI GENERIS.





CÓPIA

1. O Grupo Hospitalar Conceição, composto pelo Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A., Hospital Cristo Redentor S.A. e Hospital Fêmina S.A., embora esteja constituído sob a forma jurídica de uma sociedade de economia mista, traveste, em verdade, uma *situação sui generis*, porquanto se trata de entidade controlada pelo Poder Público, mantida exclusivamente por recursos públicos, além de ser prestadora de serviços de saúde, exclusivamente pelo SUS, estando, outrossim, vinculada ao Ministério da Saúde.

2. Os Hospitais integrantes do referido grupo econômico foram desapropriados em razão da utilidade pública dos serviços prestados, que são inteiramente gratuitos e vinculados ao Sistema Único de Saúde. A União detém 99,99% do capital social das impetrantes, sendo que os 0,01% restantes são divididos em 6 ações, as quais são cedidas para cada um dos seis conselheiros integrantes do Conselho de Administração em caráter precário e gratuito, com a finalidade específica de garantia de gestão e pelo tempo restrito do respectivo mandato. O grupo não auferে propriamente uma renda das atividades desempenhadas, no sentido contábil ou fiscal, uma vez que presta gratuitamente a assistência à saúde pelo SUS.

3. Os impetrantes estão amparados pelas regras de imunidade previstas no art. 150, VI, 'a', bem como no art. 195, §7º, da Constituição da República.

4. Os requisitos formais contidos no art. 55 da Lei nº 8.212/91 devem ser afastados pelo postulado da razoabilidade, uma vez que se trata de pessoa jurídica eminentemente beneficente e de utilidade pública, como reconhecido incidentalmente pelo próprio decreto de desapropriação. Os requisitos do art. 14 do CTN restam comprovados nos autos.

(...)."18

56. Essa orientação, inclusive, foi VALIDADA EM SEDE CONSTITUCIONAL pelo STF ao julgar o RE nº 580.264, Plenário, DJ de 06/10/2011, cuja ementa encontra-se a seguir transcrita:

¹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação/Reexame Necessário nº 2006.71.00.030740-9/RS, Ref. Des. Federal Joel Ilan Paciornik, 1ª Turma, DJ de 19/05/2011.

10

CÓPIA

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇOS DE SAÚDE.

1. A saúde é direito fundamental de todos e dever do Estado (arts. 6º e 196 da Constituição Federal). Dever que é cumprido por meio de ações e serviços que, em face de sua prestação pelo Estado mesmo, se definem como de natureza pública (art. 197 da Lei das leis).

2. A prestação de ações e serviços de saúde por sociedades de economia mista corresponde à própria atuação do Estado, desde que a empresa estatal não tenha por finalidade a obtenção de lucro.

3. As sociedades de economia mista prestadoras de ações e serviços de saúde, cujo capital social seja majoritariamente estatal, gozam da imunidade tributária prevista na alínea “a” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal.

4. Recurso extraordinário a que se dá provimento, com repercussão geral.”

57. Nesse julgado, assim se manifestou a Exma. Sra. Ministra Ellen Gracie:

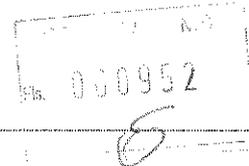
“(…).

6. Por fim, não devemos olvidar que mesmo as entidades hospitalares privadas sem fins lucrativos que mantêm atividade beneficente têm sido consideradas imunes, ainda que com fundamento no art. 150 VI, c. E mais: são imunes inclusive às contribuições de seguridade social, nos termos do art. 195 § 7º, da CF.

A propósito, a Lei 12.101/09, em seu art. 4º, considera beneficente e com direito à respectiva certificação, a entidade de saúde que comprove o cumprimento das metas estabelecidas em convênio celebrado com o gestor local do SUS e que ofertar a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60%, comprovando, anualmente, a prestação dos serviços com base no somatório das internações realizadas e dos atendimentos ambulatoriais prestados.

Então, também numa interpretação sistemática das imunidades, se até as entidades privadas beneficentes são imunes, que se dirá de uma entidade cujo capital pertence 99,9% à União e que se dedica





integralmente à prestação de serviços de saúde pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

(...).”

g) EBSEERH – Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares

58. Frente a todo o arcabouço normativo e interpretativo percorrido, não se duvida também que a EBSEERH – Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – também pode ser certificada como entidades beneficentes de assistência social, porquanto se observa no art. 3º da Lei n. 12.550, de 15 de dezembro de 2011, a sua finalidade como prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, assim como a prestação às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, observada, nos termos do art. 207 da Constituição Federal, a autonomia universitária.

h) HEMOBRÁS – Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia

59. A Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia (HEMOBRÁS) é uma estatal vinculada ao Ministério da Saúde que trabalha para tornar o Brasil auto-suficiente no setor de derivados do sangue, com a produção de medicamentos essenciais à vida de pessoas com hemofilia, além de portadores de imunodeficiência genética, cirrose, câncer, AIDS e queimados.

60. Com sede em Brasília e filial no Recife, a HEMOBRÁS tem papel estratégico para o Sistema Único de Saúde (SUS) e para o fortalecimento do complexo industrial da Saúde no país, contando com capital da União e do estado de Pernambuco (sócio minoritário).

61. Tem clara função social consubstanciada em garantir aos pacientes do SUS o fornecimento de medicamentos hemoderivados ou produzidos por biotecnologia (art. 1º, §1º, da Lei n. 10.972, de 2 de dezembro de 2004), áreas reconhecidamente sensíveis e estratégicas.

62. Para a realização de sua finalidade, compete à HEMOBRÁS (art. 3º), em conformidade com as diretrizes do Ministério da Saúde: I - captar, armazenar e transportar plasma para fins de fracionamento; II - avaliar a qualidade do serviço e do plasma a ser fracionado por ela; III - fracionar o plasma ou produtos intermediários (pastas) para produzir

hemoderivados; IV - distribuir hemoderivados; V - desenvolver programas de intercâmbio com órgãos ou entidades nacionais e estrangeiras; VI - desenvolver programas de pesquisa e desenvolvimento na área de hemoderivados e de produtos obtidos por biotecnologia, incluindo reagentes, na área de hemoterapia; VII - criar e manter estrutura de garantia da qualidade das matérias-primas, processos, serviços e produtos; VIII - fabricar produtos biológicos e reagentes obtidos por engenharia genética ou por processos biotecnológicos na área de hemoterapia; IX - celebrar contratos e convênios com órgãos nacionais da administração direta ou indireta, empresas privadas e com órgãos internacionais para prestação de serviços técnicos especializados; X - formar, treinar e aperfeiçoar pessoal necessário às suas atividades; e XI - exercer outras atividades inerentes às suas finalidades.

63. Há franca preocupação com as finalidades e desvirtuamento de seus propósitos institucionais que configuram relevantes serviços públicos ao país, que o art 6º, parágrafo único, da Lei em comento dita ser vedada a participação da HEMOBRÁS em empresas que prestem quaisquer dos serviços relacionados no art. 3º ou que tenham interesse, direto ou indireto, nos serviços destas.

64. Nada obstante, a HEMOBRÁS sujeita-se à fiscalização do Ministério da Saúde e entidades a este vinculadas, competindo ao Conselho Nacional de Saúde exercer o controle social da HEMOBRÁS, apontando ao Ministério da Saúde situações de desvirtuamento dos objetivos da empresa e de descumprimento das diretrizes do Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados – SINASAN (art. 13)

65. Poder-se-ia ventilar a hipótese de que o art. 2º expressamente estaria a autorizar a referida empresa pública a ter fins lucrativos, ao dizer que “A HEMOBRÁS terá por finalidade explorar diretamente atividade econômica, nos termos do art. 173 da Constituição Federal, consistente na produção industrial de hemoderivados prioritariamente para tratamento de pacientes do SUS a partir do fracionamento de plasma obtido no Brasil, vedada a comercialização somente dos produtos resultantes, podendo ser ressarcida pelos serviços de fracionamento, de acordo com o previsto no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001.”, o que se apresentaria equivocado.

66. Isso porque, além de todo corpo da lei ser voltado ao relevante papel de prestador de serviços públicos, incluindo independência na produção nacional, evitando, entre outros, desabastecimento de hemoderivados, como já, inclusive, pontuado pela Tribunal de Contas da União, há de se entender que a expressão atividade econômica contida no art. 2º refere-se a atividade econômica em sentido lato, consoante longamente discorrido na presente manifestação.

67. Por outro lado, percebe-se ter sido sábia a Lei, porque permitiu à HEMOBRÁS, para alcançar seus fins, ter como recursos receitas, dotações orçamentárias, produtos de operações de crédito, doações e rendas provenientes de outras fontes, abrindo-lhe a





CÓPIA

possibilidade de ser superavitária, máxime porque lhe permite a obtenção de lucro (art. 31 do Decreto nº 5.402, de 28 de março de 2005). Não significa, contudo, com já afirmado, que tenha, por isso, fins lucrativos, principalmente considerando que até mesmo o lucro líquido tem sua destinação, em boa medida, voltada à constituição de reserva legal, investimentos em pesquisa, desenvolvimento e inovação.

68. A lei, portanto, apesar da aparente forma de atividade de natureza privada, traz atividades nitidamente de natureza pública a vista de seus traços estruturais e funcionais, donde não se admitir o enquadramento da HEMOBRÁS como exploradora de atividade econômica em sentido estrito e sim, ao reverso, como exploradora de atividade econômica em sentido lato ou tipicamente de serviço público, destoando, pois, de qualquer manifestação ou orientação que lhe impute finalidade lucrativa, senão a simples possibilidade de obtenção de lucro, podendo, por tais razões, também ser certificada com o CEBAS, se atendidos os demais requisitos legais.

i) Grupo de Trabalho instituído pela Advocacia-Geral da União por meio da Portaria nº 488, de 24 de outubro de 2011 (GT CEBAS) e divergência a ser dirimida pelo Consultor Geral da União.

69. O posicionamento desta Consultoria Jurídica, aqui exarado e defendido, foi submetido ao Grupo de Trabalho instituído pela Advocacia-Geral da União por meio da Portaria nº 488, de 24 de outubro de 2011 (GT CEBAS). Houve divergência, tendo a PGFN/AGU (Procuradoria Geral da Fazenda Nacional) apresentado entendimento que restringe a certificação apenas às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos.

70. A divergência foi submetida ao Consultor Geral da União, estando, atualmente, pendente de solução.

h) Há possibilidade legal de pessoas jurídicas que só administram serviços públicos (não prestam serviços com estrutura própria) serem certificadas?

71. A Lei n. 12.101, de 27 de novembro de 2009, que dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social, reza, em seu art. 1º, que a certificação das entidades beneficentes de assistência social e a isenção de contribuições para a seguridade social serão concedidas às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, e que atendam ao disposto naquela Lei.

72. Nada obstante, o art. 4º do mencionado diploma legal dita que, para ser considerada beneficente e fazer jus à certificação, a entidade de saúde deverá, nos termos do regulamento, entre outros requisitos, "II - ofertar a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento); e III - comprovar, anualmente, a prestação dos serviços de que trata o inciso II, com base no somatório das internações realizadas e dos atendimentos ambulatoriais prestados.

73. Do texto legal infere-se não haver possibilidade de uma pessoa jurídica, Organização Social ou não, somente administrar ou gerenciar estabelecimentos de outra pessoa jurídica, devendo ela mesma também ter produção própria ou prestar diretamente serviços ao SUS para fins de fazer jus à obtenção do certificado de entidade beneficente de assistência social.

74. Esse entendimento também fora submetido ao GT-CEBAS que consensuou em relação ao entendimento precedentemente mencionado, havendo deliberação nesse sentido.

CONCLUSÃO

75. Com a ressalva de que o tema é controverso e que carece de uniformização pela Advocacia-Geral da União, este Consultivo tem entendimento de que as entidades estatais constituídas sob regime jurídico de direito privado, incluindo-se as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e os consórcios públicos de direito privado, encontram-se legitimados a serem certificadas como entidades beneficentes de assistência social, à luz da Lei nº 12.101, de 2009, se atendidos os demais requisitos legais.

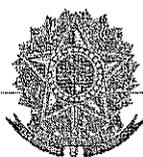
76. Ressalve-se, ainda, que não há possibilidade de uma pessoa jurídica, Organização Social ou não, somente administrar ou gerenciar estabelecimentos de outra pessoa jurídica, devendo ela mesma também ter produção própria ou prestar diretamente serviços ao SUS para fins de fazer jus à obtenção do certificado de entidade beneficente de assistência social.

77. Propõe-se, portanto, o encaminhamento do presente processo à Secretaria de Atenção à Saúde.

À consideração superior.

Brasília, 18 de janeiro de 2013.


ELIAS HIGINIO DOS SANTOS NETO
Advogado da União
Coordenador de Legislação e Normas Substituto



080954
6

CÓPIA

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

DESPACHO Nº 1813 /2013/FB/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU

PROCESSO/SIPAR Nº 25000.007446/2013-19

INTERESSADO: Adelson Jacinto dos Santos - Coordenador-Geral de Certificação (CGCER/DCEBAS/SAS/MS).

ASSUNTO: consulta sobre a possibilidade jurídica de concessão do CEBAS, na área da saúde, para as fundações públicas de direito privado.

Referente ao SISCON nº 15.5, nº 3.7 e nº 3.3.

Senhor Consultor Jurídico do Ministério da Saúde,

Estou de acordo com a manifestação retro, no sentido da possibilidade de entidades públicas constituídas sob regime jurídico de direito privado, tais como empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas de direito privado, consórcios públicos de direito privado, entre outros, desde que prestadoras de serviços públicos de saúde e que atendam os requisitos previstos na Lei nº 12.101/2009, serem certificadas à luz da referida lei, ressalvando-se, no entanto, que esse entendimento encontra-se sob avaliação do Consultor-Geral da União da Advocacia-Geral da União (CGU/AGU) para uniformização em virtude de posicionamento divergente da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN/AGU) sobre o tema no sentido de que a certificação apenas poderia ser concedido a pessoas jurídicas de direito privado sem alcance das entidades estatais. Nesse caso, é viável a adoção do entendimento desta Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde até uniformização do tema pela CGU/AGU.

Além disso, acolho a manifestação retro exarada no sentido da impossibilidade de certificação de entidade que somente administre ou gerencie estabelecimentos de outra entidade, sendo necessário que a entidade a ser certificada tenha produção própria ou preste diretamente serviços ao Sistema Único de Saúde (SUS), além de cumprir os demais requisitos da Lei nº 12.101/2009, conforme orientação pacificada pela Advocacia-Geral da União por meio do grupo de trabalho instituído pela Portaria nº 488/AGU, de 24 de outubro de 2011.

À consideração superior, s. m. j.


FABRÍCIO OLIVEIRA BRAGA

Coordenador-Geral de Acompanhamento Jurídico – COGEJUR/CONJUR/MS

De acordo. Encaminhem-se os autos ao GAB/SAS, com vistas ao DCEBAS/SAS/MS, para as providências subsequentes.

Brasília-DF, 28 de janeiro de 2013.


JEAN KEIJI UEMA

Consultor Jurídico do Ministério da Saúde

Esplanada dos Ministérios, Bloco G, 6º andar, CEP 70.058-901, Brasília (DF) - Telefone: (61) 3315-2304
Endereço eletrônico: conjur@saude.gov.br

13

COMPTON