PARECERES

SEGURO-SAÚDE — CONTRIBUIÇÃO — ALÍQUOTA

CONSULTA

Pende do julgamento do Tribunal Regional Federal, da Primeira Região, a apelação cível nº 1998.01.00.082334-0/DF, sendo recorrente o INSS e recorrida a Consulente, Bradesco Seguros S.A.

Nas palavras dos ilustres advogados da Consulente, Miguez de Mello Advocacia S.C., “a questão versa principalmente sobre a aplicação às seguradoras do caput e do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 84, de 18.01.1996”.

Art. 1º — *Para a manutenção da Seguridade Social, ficam instituídas as seguintes contribuições sociais:*

I — a cargo das empresas e pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, no valor de quinze por cento do total das ‘remunerações ou retribuições’ por ‘elas pagas’ ou creditadas no decorrer do mês, pelos serviços que lhes prestem, sem vínculo empregatício, os segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas;

Na data em que se iniciou o julgamento da apelação, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que deu ao inciso I, do artigo 195, da Constituição, a seguinte redação:

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

I — do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem o vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

São temas relevantes desta consulta a incidência da contribuição social do artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 84, de 1º de janeiro de 1996, nas indenizações que, a fim de liquidar o sinistro, o segurador dos riscos da saúde paga ou credita aos que assistem o segurado; também, a violação do direito individual de isonomia tributária, pela Emenda Constitucional nº 20, que acrescentou ao artigo 195, da Constituição, o parágrafo 9º, permitindo à lei dar às contribuições sociais bases de cálculo e alíquotas diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra. Enfim, as questões processuais atinentes à extinção da ação pela perda do seu objeto e a possibilidade de *discutir-se, em apelação, fato não alegado, nem provado* no primeiro grau de jurisdição.

PARECER

1 — O SUJEITO PASSIVO DA CONTRIBUIÇÃO

(L.C. nº 84, de 1996, art. 1º o, I)

1. O pagamento ou creditamento por serviços prestados, *sem vínculo empregatício*, por segurados da previdência social pessoas físicas, é o fato gerador da contribuição previ-

denciária autorizada no artigo 195, I, da Constituição, e instituída no artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 84, de 1996.

Os seus *sujeitos passivos* são as empresas e pessoas jurídicas às quais esses serviços são prestados (... “a cargo das empresas e pessoas jurídicas” (...) *pelos serviços que lhes prestem*”...).

A base de cálculo são as remunerações e retribuições pagas no período de um mês, sobre cujo total incide a alíquota de quinze por cento (LC nº 84, de 1996, art. 1º, inc. I).

Para determinar o sujeito passivo da contribuição sobre a folha de salários (Const., art. 195, I; EC nº 20, art. 195, I, a), na situação descrita na consulta, é mister não perder de vista que quem responde pelo pagamento dos serviços médico-hospitalares é aquele a quem eles são prestados. Mas se o dano à saúde tem cobertura securitária, o segurador indeniza o segurado das despesas em que efetivamente incorreu. A assistência não é prestada ao segurador que, no contrato típico de seguro, assume, exclusivamente, a obrigação de indenizar o risco das despesas em que o segurado vier a incorrer com os cuidados de sua saúde.

II — A LIQUIDAÇÃO DO SINISTRO NO SEGURO DE DANO

2. Nos seguros de dano, como o seguro-saúde, a indenização não pode exceder o valor efetivamente cobrado do segurado em razão do princípio da mutualidade.

SILVIO RODRIGUES, explicando a mutualidade como atributo essencial do seguro, vê na empresa seguradora privada “uma intermediária que, recolhendo os prêmios pagos pelos segurados, usa desses recursos, e só deles, para pagar as indenizações pelos sinistros ocorridos. De modo que são os pró-

prios segurados que pagam as indenizações devidas.”¹

A doutrina assinala duas regras fundamentais no negócio de seguro: “segurado e segurador fixarão o seguro em razão do valor da coisa”, obrigando-se o segurado “tão-somente em proporção”, se a coisa é segurada por menos do que vale, podendo o segurador recusar o pagamento, se “o valor segurado é excessivo em relação à coisa.”² É também, de rigor que os únicos prejuízos indenizáveis sejam os que decorrem do risco assumido.

Para que o valor da indenização não exceda o do prejuízo, “em muitos seguros, como por exemplo, no de automóveis ou no de incêndio de imóveis, o segurador ressalva o direito de mandar reparar o veículo ou de reconstruir o prédio, conforme prefira.”³ Também no seguro saúde, o segurador paga o custo do tratamento do segurado, no limite estipulado no contrato, não mais, porém, do que ele efetivamente custou, em respeito à natureza mutualística da economia do seguro, por força da qual as indenizações dos sinistros são tiradas da massa dos prêmios recolhidos e só dela. Nessa conformidade, o artigo 2º, da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, permite ao segurador, “nos seguros privados de assistência à saúde, reembolsar o segurado ou, ainda, pagar por ordem e conta deste, diretamente aos prestadores livremente escolhidos pelo segurado, as despesas advindas de eventos cobertos, nos limites da apólice” (inc. II).

É risco de dano aquele que a assistência médico-hospitalar cobre, “pois o segurado não recebe mais do que gastou com a assistência. Deverá comprovar as despesas feitas e a indenização fica sujeita às regras desta modalidade de seguro.” No seguro de dano “qualquer pagamento a mais importa numa especulação” ...⁴

1 SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. III, 19ª edição, 1990, Edit. Saraiva, p. 369.

2 CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 10ª edição, Edit. Forense, p. 307.

3 SILVIO RODRIGUES, op. cit., vol. III, p. 382.

4 PEDRO ALVIM, *O Contrato de Seguro*, 3ª edição, Forense, 1999, nº 391, p. 452.

É em adimplemento da obrigação contraída no contrato de seguro-saúde que o segurador paga aos que prestaram assistência ao segurado. O valor desses serviços torna líquida a obrigação do segurador. No seguro de dano, com esse pagamento, o segurador quita seu débito para com o segurado.

Médicos, hospitais e demais agentes não têm, nessa hipótese, um direito de crédito contra o segurador, exatamente porque não lhe prestaram qualquer serviço.

3. Ora, a contribuição da Lei Complementar nº 84, de 1996, só pode recair naquele a quem o serviço foi prestado e não pode ser exigida de quem pagou *serviços prestados a outrem*, por força de uma obrigação, ínsita em negócio jurídico típico, que se resolve pelo pagamento, por uma das partes, do débito em que a outra incorreu. Não existe relação alguma de prestação de serviço entre o segurador, de um lado, e, de outro, o médico e o hospital que atenderam ao sinistrado, mas uma obrigação cuja causa é o contrato de seguro. Não há que assimilar esse pagamento, que é forma específica de liquidação do sinistro nos seguros de dano, à estipulação,¹ nem ao contrato em favor de terceiro², posto que nada se pactua em benefício dos que, ocorrendo o dano, assistirão o segurado.

Também não se trata de assunção de débito. Nesta, observa DERNBURG, um novo devedor ingressa na obrigação, operando-se uma verdadeira sucessão,³ o que não ocorre nos

contratos aos quais a consulta se refere, uma vez que quem se obriga pela assistência e serviços recebidos é o segurado que por eles responde se, por ventura, o segurador não os paga.

No seguro de dano, a liquidação pelo segurador das despesas em que o segurado incorre, é uma condição ou um elemento próprio desse negócio e da economia do seguro, fundada na mutualidade. E para que a indenização não exceda o valor dos serviços efetivamente prestados, nem o máximo previsto na apólice ou no contrato que o sinistro se liquida mediante o pagamento feito pelo segurador.

São distintos o contrato do paciente com os agentes e instituições de saúde e o negócio jurídico de seguro. O primeiro é, na verdade, um contrato autônomo, porque nele outros são as partes e o objeto. No de seguro previne-se o risco (*alea*) de um acontecimento futuro e incerto e cuida-se de preestabelecer o procedimento da liquidação do sinistro. Já o contrato de assistência médica e hospitalar pressupõe, diversamente, a atualidade do dano à saúde e a efetiva prestação dos serviços à cura do paciente. Nele, os agentes e instituições de saúde são credores e o assistido devedor.

III — A TIPICIDADE DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

4. Poderia a lei tributária, ignorando a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos,

1 A. DERNBURG, *Diritto delle Obbligazioni*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1903, § 7º, p. 21 e seg^{tes}.

2 A. DERNBURG, op. cit., §§ 17-18, p. 68. O seguro de vida em favor de outra pessoa que não o segurado exemplifica tal modalidade de contrato, não, porém, o seguro-saúde no qual o beneficiário é o próprio segurado. v. ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 3ª edição, Almedina, verbete “*Contrato em favor de terceiro*”. CUNHA GONÇALVES (*Trat. de Dir. Civil*, Edit. Coimbra Ltda., Coimbra, 1931, vol. IV, nº 498, p. 210 e ss.) arrola entre os contratos em favor de terceiros, o seguro de riscos por conta de quem pertencer e o seguro de vida a favor de herdeiros ou dum terceiro (pag. 211). CORREA TELLES, *Digesto Português*, t. I, 5ª edição, Coimbra, 1860, art. 275, tem como objeto possível de um contrato a utilidade de um terceiro. No seguro-saúde a utilidade é a cobertura das despesas decorrentes de dano à saúde. O pagamento feito pelo segurador a quem assiste o segurado é mera liquidação do sinistro, não significando o adimplemento de uma obrigação do segurador para com o terceiro. V. ainda, sobre o seguro de vida, CLOVIS BEVILAQUA, *Theoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Liv. Fº Alves, 1946, p. 309.

3 A. DERNBURG, op. cit., § 53, p. 211.

conceitos e formas do direito das obrigações, subsumir um negócio jurídico em outro, unificar duas distintas relações jurídicas, substituir por outros os seus sujeitos?

O artigo 110, do Código Tributário Nacional, responde à pergunta:

Art. 110 — A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Essa proibição dirige-se ao legislador e ao interprete da norma tributária que não pode, como se pretende no caso da consulta, estender à liquidação de obrigação pactuada em contrato de seguro ônus tributário que grava o pagamento de salários ou prestações laborais sem vínculo empregatício.

Não se deve esquecer que a contribuição previdenciária instituída no artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 84, de 1996, incide sobre salários — folha de salários, nas palavras do artigo 195, inciso I, da Constituição — em cujo conceito a lei referida incluiu a remuneração de quem trabalha sem vínculo empregatício. Essa remuneração tal como o salário, é obrigação decorrente de relação laboral, que se define pela nota distintiva da subordinação do trabalhador ao empregador ou tomador de serviços. O médico e os demais agentes de saúde não estão subordinados ao paciente, mas este é que se submete àqueles.

O fato gerador designado na norma constitucional é típico e não pode ser confundido com relação jurídica outra, que tem sujeitos, objeto, obrigações e direitos diferentes.

5. Há, contudo, quem pretenda ver o fundamento constitucional da interpretação econômica em matéria tributária na norma que manda graduar os tributos segundo a capacidade econômica do contribuinte e na que permite à administração tributária identificar-lhe o patrimônio, os rendimentos e as atividades eco-

nômicas para efetivar e personalizar os impostos (Const., art. 145, § 1º).

O princípio segundo o qual os impostos se devem graduar pela capacidade econômica do contribuinte — e, no caso da consulta, cuida-se de contribuição, não de imposto — não derroga nem a univocidade dos conceitos jurídicos, nem a prevalência das regras técnicas de interpretação e aplicação do Direito e de suas normas. E não afasta, tampouco, o princípio da tipicidade, que rege as obrigações criadas por ato unilateral de vontade e de poder, como *ex. gr.*, a obrigação tributária e a conduta penalmente punível.

A exigência de tributos não é ato discricionário, mas totalmente vinculado à lei. A tipicidade e a legalidade da imposição tributária concorrem para os mesmos fins, ou seja, a limitação do arbítrio e discricionamento do intérprete e aplicador da lei e a proteção do contribuinte.

Ouçá-se a respeito a lição abalizada de MIZABEL ABREU MACHADO DERZI:¹

... “o artigo 110 é uma limitação à discricionariedade do legislador tributário. Diz que o conceito, forma ou instituto utilizado pela Constituição carrega em si a predicação, a conotação completa que lhe é dotada no Direito Privado. Fica o legislador tributário, que já recebeu a competência, definida segundo aquele conceito, forma ou instituto privado, proibido de expandi-la por meio da atribuição de novo sentido ou predicação ao objeto delimitado pela Constituição.”

IV — A LEGALIDADE DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

6. O dever de contribuir para a manutenção do Estado e de seus serviços decorre da lei que lhe define o sujeito, o fato gerador e o valor, ou seja, a alíquota e a base de cálculo (C.T.N., art. 97).

A palavra lei tem, na disposição do artigo 97 referido, o significado de norma jurídica,

1 in ALIOMAR BALEEIRO, *Direito Tributário Brasileiro*, 11ª edição, atualizada por MIZABEL ABREU MACHADO DERZI, Editora Forense, 1999, p. 691.

que estabelece relação de imputação entre fenômenos, inassimilável às relações de causalidade que são o objeto próprio da ciência econômica.

O legislador — a quem é dirigida a primeira parte do parágrafo 1º, do artigo 145, da Constituição — deve, sem dúvida, sopesar os fatos econômicos para criar e graduar tributos; e a administração tributária pode identificar, como expressamente verbalizado no permissivo constitucional, patrimônio, renda e atividades econômicas do sujeito passivo para efetivar ou concretizar a exigência de impostos, não de outras espécies de tributação.

Há, nessa segunda parte do aludido parágrafo 1º, uma autorização passada ao administrador para conhecer, para informar-se, sem que isso importe violação do sigilo dos dados ou da intimidade do sujeito passivo da obrigação tributária; mas, aí, não se concede competência ao aplicador da lei para estender a outro sujeito a obrigação tributária ou incluir no seu fato gerador novos elementos que lhe alterem a definição legal.

V — EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL NO TEMPO

7. Os atos e fatos geradores de obrigações tributárias regem-se pelas normas constitucionais e legais vigentes no momento em que ocorreram. Como as demais normas jurídicas, as da Constituição dispõem para o futuro;¹ mas diferentemente das outras e porque são puramente discricionárias, podem retroagir se expressamente assim dispuserem.

Contudo, a retroação não é permitida à

emenda à Constituição, porque violaria um direito individual (Const., art. 5º, XXXVI) protegido pela proibição do artigo 60, § 4º, IV. No julgamento da ADIN nº 939-DF o Supremo Tribunal Federal consignou que “*uma Emenda Constitucional emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a guarda da Constituição*” (RTJ 151/755-756). Essa decisão foi reiterada recentemente, como registrado na ata do julgamento da ADIN MC nº 1.946 (Informativo STF nº 144): “*é juridicamente possível o controle abstrato de constitucionalidade que tenha por objeto emenda à Constituição Federal, quando se alega violação das cláusulas pétreas inscritas no art. 60 § 4º da CF.*” ... Questionava-se aí o artigo 14, da EC nº 20/98.

A ação declaratória movida pela Consulente nada sofre em decorrência da promulgação da Emenda Constitucional nº 20, que tem efeitos prospectivos somente. Não se confunda a causa cujo objeto é a defesa de direito individual com a de declaração de inconstitucionalidade por via de ação, na qual não há partes, nem interesse ou direito a proteger. Por isso, o Supremo Tribunal Federal não tem conhecido de pedidos de declaração de inconstitucionalidade *in abstracto* “*em razão da superveniência da EC nº 20/98, alterando substancialmente o parâmetro da CF/88*” (Informativo STF, nº 141, Aposentadoria e Cargo Eletivo, ADIN 512-PB, rel. Ministro Marco Aurélio).

Diferentemente, o objeto da ação declaratória proposta pela Consulente é a tutela do

1 Essa é a orientação de muitos julgados do Supremo Tribunal Federal e, dentre eles, vale transcrever a ementa do acórdão lavrado no RE 94.991-RJ (RTJ 104/761), relator o Min. Soares Muñoz: “*A partir da Constituição de 1967 (art. 96), não são permitidas novas vinculações ou equiparações de qualquer natureza para efeito de remuneração do pessoal do serviço público. As deferidas anteriormente são mantidas; não há. no entanto, a partir da norma proibitiva, coisa julgada ou direito adquirido à regra da equiparação*”. Em sentido contrário, v. RE 92.574-MG in RTJ 98/885 (Min. Moreira Alves). Esse mesmo eminente Ministro, no RE 85.330 in RTJ 96/1152, assentou que o funcionário adquire o direito a todas as vantagens a que fazia jus quando adquiriu o direito a aposentar-se. “*A isso, porém, se restringe esse direito que não pode ser invocado, no futuro*”. Fica bastante claro que o Supremo Tribunal repele a retroação máxima e média da norma constitucional, como se deduz do acórdão lavrado no RE 94991-RJ e neste (1ª e 2ª Turmas).

seu direito individual de não se ver exigida de contribuição que, constitucional e legalmente, não incide no contrato de seguro-saúde no qual é parte. A lesão e a ameaça de direito individual não podem ser como é curial, subtraídas ao conhecimento do Poder Judiciário e, por essa razão, deve a ação referida prosseguir (Const. art. 5º, XXXV).

VI — ISONOMIA TRIBUTÁRIA

8. No julgamento do RE 187.436-RS (DJU de 31.10.97) o Plenário do Supremo Tribunal Federal “*declarou a constitucionalidade do art. 7º da Lei nº 7.787, de 30.06.89, do art. 1º da Lei nº 7.894, de 24.11.89 e do art. 1º da Lei nº 8.147, de 28.12.90, com relação às empresas exclusivamente prestadores de serviços*”, como se pode ler do extrato da ata respectiva. Mas não declarou a inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei nº 7.738, de 1989, que atribui ao Finsocial das empresas prestadoras de serviços alíquota mais onerosa do que a que incide quando são outros os sujeitos passivos. O voto do Ministro Moreira Alves sustentou, com o apoio da maioria, que, “*por ter sido constitucionalizada*” essa disparidade “*não pode ser discutida sob o ângulo de sua constitucionalidade*”.

Ainda, segundo esse douto voto, que mereceu também a adesão do Relator, a ofensa à isonomia tributária garantida pelo artigo 150, inciso II, da Constituição, somente poderia ser corrigida mediante ação de inconstitucionalidade por omissão destinada a obter do legislador a norma legal antevista no artigo 56, do ADCT, com a qual extinguir-se-ia a vigência do Decreto-Lei nº 1.940 e de suas alterações transitoriamente constitucionalizadas. Com o advento da Lei Complementar nº 70 sanou-se tal omissão e cessou a vigência do referido decreto-lei. Consequentemente, penso eu, a ofensa à isonomia tributária praticada pela Lei Complementar nº 70, de 1991, e leis ordinárias que se lhe seguiram poderá ser apreciada pela jurisdição constitucional, já que ela só foi constitucionalizada transitoriamente e o termo dessa transição já foi implementado e

esse tratamento discriminatório é contrário à norma permanente da Constituição (art. 150, II).

Assim, o Supremo Tribunal Federal corrigiu a ementa que, equivocadamente, encimou o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, na primeira publicação do acórdão, para declarar a *constitucionalidade transitória* do Decreto-Lei nº 1.940 e das leis que lhe elevaram a alíquota, até o advento da Lei Complementar nº 70.

Fica, pois, patente que, nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal não declarou constitucional a fixação de alíquotas desiguais para sujeitos passivos juridicamente iguais, dispensada a demonstração da sua desigual capacidade econômica, segundo os critérios definidos em lei, único *discrímen* legal tolerável.

Ora, a contribuição instituída pela Lei Complementar nº 84, de 1996, tem na folha de salários e no total das remunerações e retribuições pagas a sua base de cálculo. Portanto, paga maior contribuição quem mais paga salários, independentemente da sua capacidade econômica. Abstraída, é claro, a circunstância de ser esse *discrímen* somente autorizada para a graduação e personalização dos impostos.

Tenho sustentado que é incompatível com o artigo 150, II, da Constituição (Art. 150 ... “*é vedado ...: II — instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos*”) que o tratamento tributário diferenciado entre sujeitos passivos juridicamente iguais só é possível na hipótese aventada no parágrafo 1º, do artigo 145, da Constituição.

Essa vedação de distinguir entre contribuintes *em razão da ocupação profissional ou função* integra a garantia do artigo 170, parágrafo único, da Constituição (“*É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autori-*

zação de órgãos públicos, salvo no casos previstos em lei”). O imposto não pode ser usado para embarçar ou impedir o exercício de atividade econômica lícita, embora os contribuintes possam tê-lo graduado segundo sua desigual capacidade econômica, efetivamente identificada, *respeitados os direitos individuais*, o que quer dizer, no caso, até o ponto em que não tolha o direito à atividade econômica.

9. Porque não retroage, não se aplica ao caso da consulta o elastério consentido pelo parágrafo 9º, acrescentado ao artigo 195, da Constituição, pela Emenda nº 20, de 1998.

Tenho, portanto, por inconstitucional a diferenciação do tratamento tributário dispensado às empresas de seguros privados e capitalização, pelo artigo 2º, da Lei Complementar nº 84, de 1996, entre outras razões, por incompatível com o artigo 158, II, da Constituição.

VII — APELAÇÃO DE MATÉRIA NÃO ALEGADA E NÃO DECIDIDA NA SENTENÇA

10. Refere-se a consulta à invocação, nas razões da apelação, de fato não alegado no primeiro grau de jurisdição e, por isso, não decidido na sentença recorrida. Indaga-se, com fundamento nele, se a sentença, pode ser reformada, com fundamento em alegação tal.

No julgamento do RE nº 114.981-SP (RTJ 126/813), o Supremo Tribunal Federal decidiu não poder o apelante inovar a *causa petendi*.

Valou-se o eminente Relator, Ministro Carlos Madeira, da lição de BARBOSA MOREIRA:

... “a impossibilidade de inovar a causa no

juízo da apelação, em que é vedado à parte pedir o que não pedira perante o órgão ‘a quo’ (inclusive declaração incidental), ou invocar — sem prejuízo do disposto no artigo 462, aplicável também em segundo grau — outra ‘causa petendi’, sendo irrelevante a anuência do adversário (não incide aqui a disposição excepcional do art. 321, *in fine*” (Comentários ao CPC, RF, vol. V, 5ª edição, pp. 416-417).

11. Essa proibição é tanto mais de ser respeitada quando se alega fato estranho ao libelo, não discutido, nem provado no juízo *a quo*, porque, nessa hipótese, se atenta contra o direito de defesa do apelado e rompe-se com o princípio da igualdade das partes perante o juízo.

SEABRA FAGUNDES é explícito quanto à impossibilidade de produção de prova na instância *ad quem*. “Via de regra”, diz ele, “não se pode produzir prova no juízo de recurso. Todos os elementos comprobatórios do direito alegado devem ser oferecidos na primeira fase da relação processual e nos momentos para isso determinados”. Louvava-se o grande e saudoso jurista, nos artigos 223, 239 e 268, do Código de Processo Civil de 1939. “Quanto à prova documental”, concluía, “o C. P. Civil é *peremptório*, declarando que ela somente poderá ser produzida, pelo autor, com a inicial, e pelo réu, com a defesa”.¹ A pretensão da faculdade de produzir prova é imperativo da ordenação do processo, evitando-se, diz ele, o “tumulto pela interpenetração recíproca” dos diferentes estágios da relação processual.²

SEABRA FAGUNDES admite que, excepcionalmente e tendo em vista a comprovação de impedimento de força maior, possa o autor fazer prova documental no recurso à superior instância. Trata-se de questão controvertida, como se pode ver do acórdão lavrado na apelação civil 258.359-6, 2ª Câ-

1 M. SEABRA FAGUNDES, *Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil*, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1946, nº 229, p. 217.

2 Cfr. M. SEABRA FAGUNDES, *op. cit.* nº 230, p. 219.

mara, do Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo (RT 659/119). Esse arresto consigna que serôdia apresentação, em grau de recurso, de documento essencial que deveria ter sido produzido com a petição inicial não configura força maior ou, nas palavras do magistrado “*a pressa para propor a demanda não constitui motivo de força maior*”. Lembra o Juiz Penteado Navarro que a produção de novo pedido e respectiva prova, no Juízo de apelação,

“*recebeu crítica acerhada de João Monteiro, ao fundamento de que o novo pedido e respectiva prova podem desnaturar a causa julgada, “tão inteiramente, que a decisão superior seja a primeira do feito”* (Teoria do Processo Civil, 6ª ed., Borsói, 1956, atualizada por Carvalho Santos, t. II/708 e ss., § 228). Aliás, esse entendimento foi acolhido pela obra clássica a respeito da matéria aqui versada (cf. Machado Guimarães, “Efeito devolutivo da apelação”, in Estudos de Direito Processual Civil, 1ª ed., Universitária, 1969, p. 224, texto e nota 25).

Realmente, “*o tribunal de apelação não pode conhecer do que se deduziu, de novo, no juízo da apelação, diverso do que foi deduzido no grau inferior, porque a sua jurisdição é restrita à dedução feita*” (Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, 1ª ed., Forense, 1975, v. XII/218).

No mesmo sentido são outras manifestações da doutrina e da jurisprudência (cf., p. ex., Barbosa Moreira, O Novo Processo Civil Brasileiro, 5ª ed., Forense, 1983, § 19, 3, pp. 188 e 189; mesmo autor, Comentários ao Código de Processo Civil, 5ª ed., Forense, 1985, v. V/436-442, ns. 249-252; Sérgio Bermudes, Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed., Ed. RT, 1977, v. VII/139, nº 110; Vicente Greco Filho, Direito Processual Civil Brasileiro, 2ª ed., Saraiva, 1986, v. II/275 e 276, nº 66; JTACivSP 80/197 e 100/269; RT 528/225 e 556/221).

Como se viu acima, a pressa para propor a demanda não constitui motivo de força maior para que a “*accessio temporis*” somente pu-

desse ser suscitada na apelação, nem há prova da mencionada força maior como a lei exige (CPC, art. 517).

Por outro lado, com a inicial deve ser produzido o documento indispensável à proposição da ação (idem, arts. 283, 396 e 397, combinados).

Aqui também a interpretação dos dispositivos legais encontra ressonância na doutrina e na jurisprudência (cf. Moacyr Amaral Santos, Comentários ao Código de Processo Civil, 4ª ed., Forense, 1986, v. IV/227, nº 195; RT 508/241 e 611/221).

Releva notar, por derradeiro, que outros documentos poderiam ser juntados, desde que não fossem indispensáveis ou servissem para fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados”.

Embora controvertida a questão e encontradiços precedentes em franca divergência, a doutrina é, majoritariamente e por suas mais autorizadas vozes, contrária à produção de prova no recurso de apelação e no Juízo *ad quem*.

VIII — CONCLUSÃO

12. Penso ter esclarecido que o contrato de seguro-saúde é típico e não pode ser assimilado ao contrato de trabalho, nem ao de prestação de trabalho ou serviço, sem vínculo empregatício, que são elementos essenciais da espécie tributária em exame. Por sua vez, a assistência médica ou os serviços prestados por outros profissionais e instituições de saúde não constituem, entre os assistentes e o assistido, uma relação laboral na qual à prestação de trabalho corresponde uma contraprestação de salário. Há de ter ficado igualmente claro que o intérprete e o aplicador da norma tributária estão adstritos aos princípios de legalidade e tipicidade que não lhes permitem, nem mesmo para graduar impostos pela capacidade econômica do contribuinte, subsumir uma relação ou negócio jurídicos típicos em outros.

13. É ínsito ao tipo do negócio jurídico de

seguro de dano, como o seguro saúde, a alternativa consentida ao segurador de pagar diretamente pela composição do dano, sem que esse ato constitua outro negócio ou contrato, nem uma relação jurídica autônoma entre o prestador e o segurador.

14. Cuidando da subsistência da ação que se suporia prejudicada pelo advento da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, o parecer demonstra, com o abono do julgador do Supremo Tribunal Federal, que a norma constitucional é prospectiva e não retroage, salvo quando ato de poder constituinte originário assim disponha expressamente; e, ainda, que a emenda à Constituição oriunda do poder constituinte secundário ou derivado não prevalece contra a garantia da irretroatividade (Const., art. 5º, XXXVI), tornada pétrea pelo artigo 60, § 4º, IV, da Constituição. A ação declaratória proposta é subsistente, porque o direito que visa a proteger não se extinguiu e deve ser regulada pelas normas da Constituição que vigiam ao tempo em que se aperfeiçoou.

15. O parecer afirma que a diferença das alíquotas da contribuição sobre o faturamento (Lei Complementar nº 70, de 1991), fundada na diversidade das atividades dos seus sujeitos passivos, ofende o princípio da igualdade tributária do artigo 150, II, da Constituição, observando que nem mesmo o *discrímen* figurado no artigo 145, § 1º, da Constituição, teria aí pertinência, porque autorizado exclusivamente para a graduação dos impostos, não das contribuições. Registra, ainda, que a desigualdade de tratamento tributário de atividades econômicas é contrária à disposição do artigo 170, parágrafo único, da Constituição.

Por essa razão, o Congresso Nacional, no exercício do poder constituinte derivado outorgado pelo artigo 60, da Constituição, pretendeu instituir uma nova hipótese de *discrímen* na tributação, dispondo, no parágrafo

9º que a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, acrescentou ao artigo 195 da Constituição, que as contribuições sociais poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, *em razão da atividade econômica ou de utilização intensiva de mão-de-obra*.

Cabem duas observações, a propósito: as normas de emendas à Constituição são suscetíveis de controle jurisdicional de constitucionalidade, como afirmado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, relativamente ao artigo 14, da Emenda Constitucional nº 20, de 1998 (ADIn MC nº 1.946, em 07.04.99, *in* Informativo STF nº 144); e, por último, que esse elastério, se constitucional fosse, não poderia prejudicar direito que se constituiu e aperfeiçoou antes do seu advento.

Parece-me, pois, inconstitucional o artigo 2º, da Lei Complementar nº 84, de 1996, em razão da imposição de alíquotas diferentes a contribuintes que se encontram na mesma situação jurídica, não estando suas atividades sujeitas a *discrímen* razoável e proporcional, constitucional e legalmente autorizado; e, independentemente de declaração de sua inconstitucionalidade material, entendendo que o novo parágrafo 9º, do artigo 195, da Constituição, não se aplica ao caso da consulta.

Enfim, parece-me que o direito processual brasileiro não admite que a parte, no caso o INSS, peça, em grau de recurso, o que antes não pedira e que, fora da dilação probatória do processo de conhecimento, no primeiro grau de jurisdição, na qual se assegura amplos meios de contestação e defesa à outra parte, ofereça com o recurso prova que já não poderá ser tão amplamente debatida e contra-arrestada.

É o meu parecer.

Rio de Janeiro, 28 de abril de 1999.

Célio Borja