

**Degravação do julgamento (19/10/2016) das**  
**Ações Diretas de Inconstitucionalidade n°s 2028/2026/2228**

- **Min. Teori Zavascki:**

ADIs n°s 2028/2026/2228, então atribuídas a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa e o Recurso Extraordinário 566.622, representativo do Tema 32, segundo módulo de repercussão geral do sítio do tribunal, atribuído a relatoria do Ministro Marco Aurélio. Os cinco casos compartilham uma base discursiva comum, e todos eles, entidades dedicadas a serviços de saúde e de educação, questionam a legitimidade do dispositivo da legislação ordinária e infraconstitucional que estabelecem requisitos e procedimentos a serem cumpridos para fins de enquadramento na qualificação de entidades de beneficência de assistência social indispensável para imposição da imunidade, prevista no artigo 195, §7, CF.

Eu transcrevo aqui a conclusão do voto do Ministro Marco Aurélio e a do Ministro Joaquim Barbosa, que declarou a inconstitucionalidade parcial de vários dispositivos e deu provimento ao RE 566.622 O Ministro Marco Aurélio, relator do 566.622, votou pelo provimento ao recurso declarando a inconstitucionalidade do art. 55 da lei 8212/91. A Ministra Carmen Lúcia e o Ministro Barroso aderiram os votos proferidos pelos relatores, e eu pedi vista.

Antes de avançar no mérito, há uma questão preliminar a analisar, as leis e decretos contestados nas ações diretas em questão estão presentemente revogadas. Eu faço aqui uma análise da questão do conhecimento, mas estou aderindo à orientação dos votos anteriores de se conhecendo as ações diretas ora em exame como ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, já que essas ações admitem impugnação de atos normativos já revogados, ficando fora de cognição neste momento a Lei 12.101/09. Isso é importante, Senhora Presidente, porque, no entanto, eu digo, no entanto, não há razão para a superação da jurisprudência clássica do Plenário acerca do prejuízo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade a qual tem aplicação ainda que os dispositivos revogados tenham gerados efeitos residuais. É que não se está aqui diante de episódio de alteração legislativa tributária provocada com a finalidade de simular a burla a autoridade jurisdicional da Corte.

Não é o caso, ainda, de se deferir aditamento às iniciais, porque a Lei 12.101, isso que é importante, teve uma lei superveniente, hoje vigente, modificou substancialmente o sistema de assistência social e os procedimentos de certificação das entidades beneficentes delas participantes. Considerando, como já referido, que a Lei 12.101/09 é objeto de impugnação em outras ADI's, 4480 e 4891, o mais apropriado é que elas sejam examinadas nesses processos quando serão consideradas em seu conjunto e a luz de parâmetros de controles mais amplos.

Então aqui tem uma dificuldade de conhecimento e até de solução dessa questão do ponto de vista global, porque tem uma Lei superveniente, a 12.101/09, é objeto de ADIN's específicas de Relatoria do Min. Gilmar Mendes. E o que eu estou fazendo é conhecendo em relação às leis revogadas dessas ações como ações de descumprimento de preceito fundamental, mas fica fora de cogitação e sem prejuízo do exame da Lei 12.101, na situação própria.

Digo no item III do meu voto: A tese principal, como umas cinco causas em exame, é a que imputa vício formal às exigências do inciso III, e nos §§3º, 4º e 5º do art. 55 Lei 8212/91, na forma como foram definidas pela Lei 9732/98, bem como os arts. 4º, 5º e 7º dessa última, cuja literalidade eu transcrevo. Esses dispositivos “isentaram”, coloco aqui entre aspas, das contribuições para seguridade social apenas às entidades voltadas exclusivamente para a assistência social beneficente de pessoas carentes e desde que prestada de modo gratuito, ou no caso de serviço de saúde desde que garantida a oferta de 60% dos atendimentos ao Sistema Único de Saúde. Alternativamente, concederam as entidades sem fins lucrativos de saúde e de educação, que não satisfizessem as condições anteriores, a possibilidade de desfrutar de isenção parcial das contribuições sociais na proporção do valor das vagas ou atendimento oferecidos gratuitamente às pessoas carentes, estabeleceu-se por fim a vigência imediata desse modelo com a exclusão das entidades que a ele não se adaptassem.

O que se alega no plano formal é que a Lei Ordinária seria espécie normativa inidônea para estipular a gratuidade total ou parcial dos serviços prestados a título de assistência social como requisito indispensável para incidência de normas constitucionais de imunidade em geral. Supõe-se que por produzir uma espécie de limitação ao poder de tributar, as normas de imunidade somente poderiam ser integradas por leis complementares, art.146, II, CF, cuja força cogente não cederia diante da relação genérica da parte final do art. 195, §7, que é inespecífico ao demandar a conjugação legal.

Transcrevo aqui os respectivos artigos da Constituição, especialmente o §7, do art.195, que é o mais problemático nessa questão que diz: “*São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei*”, aqui não fala em lei complementar e essa é a dúvida. Os dispositivos aqui atacados tiveram sua eficácia cautelarmente suspensa pelo plenário já há mais de 15 (quinze) anos, e o foram não em razão do argumento formal acima referido e sim pela credibilidade das teses de inconstitucionalidade material invocadas.

Segundo o Relator, o Min. Moreira Alves, a plausibilidade da tese de forma perdia força diante da não impugnação do texto originário do art. 55 da Lei 8212/91, cuja restauração poderia refletir na utilidade da alegação e conseqüentemente no não cabimento dessa parte da ação. Nada, portanto, ficou resolvido à época quanto a possível ilegitimidade formal.

Apesar da ressalva feita pelo Ministro Moreira Alves, a respeito do possível efeito repressinatório indesejado, não há motivos para desqualificar a tese de vício formal sobre o ponto de vista técnico-processual. O texto primitivo do inciso III, art. 55, apenas repetia as atividades de assistência social beneficente, inclusive educacional e de saúde, e os destinatários, menores, idosos e pessoas carentes, identificados no texto constitucional como possíveis alvos das ações estatais e privadas de interesse social. Não renunciavam, entretanto, qualquer obrigação a ser cumprida pelas entidades que se propusessem a fazê-la.

Com restauração da ação da decisão original do preceito, como a restauração da versão original do preceito não implicaria qualquer limitação ao direito das entidades prestadoras de saúde e de educação, representadas processualmente pelas suas respectivas confederações, não era de se exigir necessariamente a sua impugnação, razão pela qual que fica vencida a suspeita de deficiência formal no ponto.

O debate a respeito do instrumento normativo apropriado à regulamentação de imunidade é antigo, remontando a ordem constitucional pretérita, RE 93.770/81. Ainda somará a sua égide, cunhou-se conhecida doutrina que distingue dois campos de conformação legislativa diversos. Um deles passível de substituição e satisfação por lei ordinária, respeitando aspectos de constituição e funcionamento das entidades de assistência social; e o outro acessível apenas a valoração do legislador complementar, referentes aos lindes objetivos da própria imunidade.

Embora concebida em realidade constitucional anterior, essa premissa eclética consegue pôr sua validade teórica, mesmo após a Constituição de 88, tendo sido referendada pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal já na vigente ordem, quando a Corte dela se valeu para avaliar a legitimidade de dispositivos que erigiram obrigações a serem cumpridas por entidades assistenciais postulantes ao tratamento único. Foi o que se sucedeu no julgamento da ADI 1802, Min. Pertence, quando a Corte deferiu medida cautelar para entender que os requisitos instituídos pela Lei 9532, para efeito do disposto no art. 154, alínea 'c', da Constituição, imunidade de impostos, haviam incorrido em excesso. Eu transcrevo aqui voto do Ministro Pertence.

Digo mais adiante. Posteriormente, agora tendo por objeto a imunidade das contribuições previdenciárias hospedadas no art. 195, §7, CF, a mesma doutrina que foi invocada para invalidar dispositivo do art. 55, II, da Lei 8212, que exige a obtenção de certificado de entidade filantrópica como requisito para enquadramento na situação de imunidade. Nessa ocasião decidiu-se que sendo o certificado de entidade de fins filantrópicos um mero reconhecimento pelo Poder Público do preenchimento das condições de constituição e funcionamento para que a entidade receba o benefício constitucional, não ofende aos arts. 146, II e 195, §7, CF, a exigência de emissão e renovação periódica, previsto no art. 55, da Lei 8212/91. Esse julgamento é de 2005, do Ministro Pertence.

Outros julgados trataram de avaliar à luz do padrão constitucional, do art. 195, §7, a validade de leis ordinárias que vincularam o gozo da imunidade ao atendimento de obrigações diversas. Uma delas, a Lei 12.260/01, foi suspensa pelo Tribunal e, entre outras razões, pela aparente inconstitucionalidade das exigências contidas no seu art. 19, e como teriam as instituições de ensino sido beneficiadas pela imunidade a destinar todo valor econômico correspondente às contribuições, ressalvados para bolsas de estudo a alunos comprovadamente carentes. Transcrevo aqui a decisão.

Por outro lado, quando instadas a se pronunciar sobre a validade da Lei 8007/96, que instituiu o ProUni, a Corte entendeu que as exigências nela proclamadas não se houberam o mínimo típico de legislação complementar, porque o legislador, disse o Ministro Ayres Britto, tratou as condições estabelecidas em lei como critérios objetivos de contabilidade compensatórias de aplicação financeira em gratuidade, captando assim o problema. Transcrevo aqui o voto do Ministro Ayres Britto sobre essa

questão que estou fazendo uma rememoração da jurisprudência a respeito do tema. Transcrevo aqui o voto do Ministro Ayres Britto sobre essa questão.

Corroborando o que já foi afiançado pelo Ministro Relator, o Ministro Gilmar Mendes deixou registrado seu convencimento sobre o ponto. Transcrevo aqui o voto do Ministro Gilmar Mendes.

As manifestações revisitadas acima ilustram como a Corte tem respondido ao problema da regulamentação da imunidade preconizados pelo art. 195, §7, da CF. Reconhece-se que há de fato um terreno normativo a ser suprido pelo legislador ordinário, sobretudo no desiderato de prevenir que o benefício seja absorvido por entidade beneficente de faixada.

Não se nega, porém que intervenções mais severas na liberdade de ação de pessoas jurídicas voltadas ao assistencialismo, constituem matéria típica de limitação ao poder de tributar e, por isso só, poderiam ser positivadas pelo legislador complementar. Embora a jurisprudência da Corte tenha se provado continuamente receptiva a esta distinção, não se pode deixar de reconhecer que a sua afirmação ao longo do tempo não foi suficiente para neutralizar em definitivo a aparente tensão que se insinua entre as normas do art. 146, II e art. 195, §7, da CF. Ainda persiste uma indesejável percepção de incerteza nesse particular, o que tem fomentado um pródigo contencioso judicial no tema. A subsistência dessa indefinição deve-se, é preciso dizê-lo, a certa fluidez do critério eclético que tem sido prestigiada na jurisprudência da Corte, sobretudo quando considerada a natureza eminentemente subjetiva da imunidade radicada art. 195, §7.

Não há dúvida que este critério resolve com prontidão questões mais simples elucidando, por exemplo, o que se coloca em relação à normas de procedimento que imputa obrigações meramente acessórias às entidades beneficentes em nome de viabilizar a fiscalização de suas atividades. Aí sim caberá lei ordinária, porém o critério não altera com a mesma eficiência sobre normas que digam respeito à constituição e ao funcionamento dessas entidades. Afinal, qualquer comando que implique a adequação aos objetivos sociais de uma entidade a certas finalidades filantrópicas, a serem cumpridas em maior ou menor grau, pode ser categorizada como norma de constituição e funcionamento, e como tal, candidata de repercutir na possibilidade de fruição da imunidade. Perde sentido, nessa perspectiva, a construção teórica até aqui cultivada pelo Tribunal como deduziu a doutrina que eu cito.

As observações expostas na doutrina alertam para excessiva volubilidade no critério tem sido aplicado na jurisprudência. Não são elas em todas infundadas. Sem uma solução judicial mais incisiva, o problema da conjugação das normas do art. 146, II e art. 195, §7, da CF, deixará descoberto tema de altíssima magnitude para o estado brasileiro, com o conseqüente desestímulo à adesão de novos agentes privados ao projeto de solidariedade social pactuado no texto da Constituição.

Daí a relevância de se buscar um parâmetro mais assertivo a respeito do espécime legislativo adequado ao tratamento infraconstitucional da imunidade de contribuições previdenciárias. É o que se passará a propor.

Há quem compreenda que, mesmo diante da literalidade do art. 195, §7, da CF, não haveria espaço algum para o legislador ordinário. Mas que isso, afirma-se mesmo que por iniciativa do legislador complementar, pouco haveria para ser acrescido diante do conteúdo categórico da norma constitucional de imunidade que negaria competência para tributação de entidades sem fins lucrativos. Eu cito doutrina que professa esse entendimento.

Essa linha de raciocínio foi encampada pela Confederação Nacional de Saúde, requerente de algumas das ações diretas aqui reunidas, para quem a locução constitucional “entidade beneficente de assistência social”, tem o sentido pronto e acabado de “entidades sem fins lucrativos que atuam em benefício de outrem”, gênero do qual estariam incluídas as pessoas de direito privado dedicadas à filantropia, mas não apenas elas. As entidades sem fins lucrativos também estariam necessariamente contempladas e nem mesmo legislação complementar poderia dizer o contrário.

Ora, é incontestável que a imunidade, como um preceito de dignidade constitucional, está emantado contra qualquer deterioração no sentido de procedência externa, o que inegavelmente garante sua integridade em face de comandos legislativos de positividade inferior. Isso não quer dizer, contudo, que o conceito de beneficência, por exemplo, não possa ser desenvolvido pelo legislador infraconstitucional. Afirmar o contrário conduziria a um resultado paradoxal já que a própria norma de imunidade que exige seja ação essencial praticada de modo beneficente e conforme as exigências da lei.

A interpretação sustentada pelos recorrentes das ações indiretas incorre no equívoco de se basear parte relevante da mensagem normativa, do art. 195, §7, equiparando seu alcance subjetivo ao do artigo 150, VI, ‘c’ da Constituição. Esse sim destinado a contemplar, sem reservas, instituições de educação de assistência social sem

fins lucrativos. Ser uma entidade beneficente, porém, é mais do que isso, como pondera a doutrina de Regina Helena Costa que eu transcrevo.

Mais do que qualquer outra norma prevista no texto constitucional, deve o comando do art. 195, §7, ser compreendido na plenitude de sua terminologia. Vale aqui a menção ao trabalho do Marco Antônio Greco sobre as contribuições enquanto espécie tributária diferenciada. Diz ele *“no caso das contribuições, a Constituição Federal qualifica diversos fins a serem buscados ao invés de enumerar fatos geradores, determinados em materialidade. Além disso, no seu conjunto, a Constituição introduz outro ingrediente igualmente importante, porém muito delicado qual seja o de prever compromissos assumidos pela e perante a sociedade, os quais implicam a necessidade de realizar condutas em função deles. Assim, por exemplo, tratando-se de contribuições de seguridade social, o artigo 194, da Constituição, prevê a equidade de participação no respectivo custeio. Esse é propriamente um compromisso mais do que um conceito previsto. O conteúdo do que vem a ser executado, resultará de um processo de construção que dependerá das circunstâncias de evolução da experiência relativamente àquela parcela da realidade. Da mesma forma quando o art. 195 prevê que toda sociedade deve contribuir, trata-se igualmente de um compromisso consagrado na Constituição de que a seguridade social é de tal relevância que demanda a participação de todos. Note como esse é o modelo completamente diferente do modelo clássico de impostos. Com efeito, enquanto os efeitos nos dispostos normativos no art. 194 e 195 existem compromissos que envolvem a participação de toda a sociedade, no artigo 150 existem limitações que configuram restrições à ação do Poder Público. A tônica é completamente diferente. No artigo 150 existem limitações que configuram restrições ao poder público, tendo um viés negativo de restrição, enquanto no campo das contribuições há compromissos positivos de buscar a equidade, a justiça e a igualdade, etc.”*

Especificamente quanto às normas de imunidade, enfatiza o mesmo autor *“nota-se que a razão da imunidade é diferente conforme se trata de impostos ou contribuições. Os impostos estão informados pelo princípio da capacidade contributiva e são manifestação típica de poder de império de que o Estado está revestido. A constituição imuniza certas coisas ou pessoas de forma a protegê-las de tal império. As contribuições, porém, estão formadas pelo princípio da solidariedade que emanam da participação de determinado grupo ou em busca de certa finalidade. Por isso não há porque imunizar o poder de império. Imuniza-se isto sim, por exemplo, o art. 195, §7,*

*em função da natureza da atividade exercida. Ou seja, se alguém já atua em sintonia com as finalidades qualificadas constitucionalmente, resulta liberada a respectiva exigência.”.*

Cito mais doutrina a respeito do mesmo tema. *“não se importa ignorar ainda, ao contrário das demais imunidades, a norma do art. 195, §7, da CF, é duplamente onerosa para o Estado, porque determina a um só tempo um limite à competência tributária da União, uma abstenção de tributação em relação a determinados sujeitos, e o correspondente dever de prestação de benefício previdenciário em favor de segurados vinculados às entidades não tributadas.”.* Cito doutrina a respeito.

Deveras, as contribuições sociais são gênero no cenário constitucional brasileiro, como figuras tributárias especialíssimas dadas seu íntimo compromisso com a realização de prestações estatais conectadas com o mínimo existencial. Essa teleologia, se já é relevante para o efeito de criação de tributos dessa espécie, deve ser preservada na aplicação da norma de imunidade, foi para garantir que as finalidades típicas da assistência social sejam satisfatoriamente atendidas pelos entes que colaboram com o Estado nesse campo, que o contribuinte convocou o mediador à mediação do legislador. Ocorre que o conceito de beneficência, modo de ser para que a prestação de serviço de assistência social se faça imune, não se encontra precisado no texto constitucional. A Constituição prevê apenas referências limítrofes de sentido para essa modalidade de atuação, que estão espargidas pelo seu texto como no artigo 197, 199, §1º, 213, caput, e inciso II. Do conteúdo desses dispositivos, contudo, o máximo que se pode extrair de que entidades filantrópicas e entidades sem fins lucrativos não se equiparam no plano constitucional.

Não fosse por isso, o Supremo Tribunal Federal não teria declarado a mora do Congresso Nacional a regular, em regular, o artigo 195, §7º da Constituição, o que se deu no Mandado de Injunção 232, julgado em 91, cuja ementa eu transcrevo.

Remanesce então a necessidade de se conferir à expressão beneficente um conteúdo menos vago. Isso para não se correr o risco de transformar um conceito indeterminado em conceito indeterminável, com a conseqüente frustração da lógica finalística sob a qual está montada o sistema constitucional de assistência social. Para captar a importância do moderador beneficência, basta imaginar o que poderia suceder caso o desfrute das imunidades das contribuições sociais dependessem apenas da demonstração da ausência da finalidade lucrativa.



Nessa hipótese, defendida pelos recorrentes, pelos requerentes, mesmo a entidade de saúde e educação caracterizada pela prestação de serviços a preços altíssimos poderia ser beneficiado pela imunidade, fomentando-se por intermédio dela a perpetuação de um quadro de exclusão e não de assistência social. Tudo isso sem qualquer contrapartida em favor de pessoas que vivem na linha do limite existencial para as quais os serviços de assistência social deveriam concentrar suas atenções primárias.

Por tudo o que vem a se expor, fica evidenciado que, primeiro, entidade beneficente de assistência social, do artigo 195, §7º, não é conceito equiparável à entidade de assistência social sem fins lucrativos, artigo 150, VI. Segundo, a constituição não reúne elementos discursivos para dar concretização segura ao que se possa entender por modo beneficente de prestar assistência social. Terceiro, a definição dessa condição modal é indispensável para garantir a imunidade prevista do artigo 195, §7º, da Constituição, para que essa modalidade cumpra sua finalidade que lhe é designada pelo texto constitucional. E quarto, essa tarefa é outorgada ao legislador infraconstitucional que tem autoridade para defini-la, desde que respeitados os demais termos do texto constitucional.

Resta saber, enfim, qual é a espécie legislativa que deve ser manipulada para garantir se o artigo 195, §7º, da Constituição alcança os elevados propósitos que lhe foram assinalados. Não são despriveis os argumentos que enxergam na lei ordinária veículo apropriado à definição do conceito de entidade beneficente. Além de sugerida pela própria literalidade do artigo 195, §7º, que não explicita a necessidade de lei complementar, é de se considerar que a imunidade de contribuições sociais, ao contrário daquela prevista no art. 156, 'c', incide sobre as ações titularizadas apenas por uma das pessoas federativas: a União, razão pela qual não haveria necessidade de uma legislação nacional sobre a matéria. E esta, como se sabe, é uma das funções características da lei complementar.

É certo, ademais, que as contribuições sociais seguem um figurino jurídico não exatamente idêntico ao dos impostos. Tanto assim que a jurisprudência do supremo não exige lei complementar para a definição de algum de seus elementos, tais como fato gerador, base de cálculo e contribuintes. Eu cito precedente. Desde que se trate de contribuições que tenham como objeto algumas das materialidades dos incisos do art. 195, da Constituição.

Sem embargo dessas ponderáveis razões, não há como negar a superioridade da tese contrária que reclama lei complementar para esse desiderato. É que a imunidade se diferencia das isenções, demais figuras de desonerações tributárias, justamente por cumprir uma missão mais nobre do que essas últimas.

A imunidade de contribuições sociais serve não apenas a propósitos fiscais, mas com discussão de alguns objetivos que são fundamentais para a república, como a construção de uma sociedade solidária e voltada para a erradicação da pobreza. Objetivos fundamentais da república não podem ficar a mercê da vontade transitória de governos. Deve ser respeitados, honrados e valorizados por todos os governos, transcendendo a frequência ordinária em que se desenvolve costumeiramente os juízos políticos de conveniência e oportunidade para desfrutar da dignidade política de Estado, porque é isso o que são.

Ora se é assim, não se pode conceber que fique o regime jurídico das entidades beneficentes sujeito a flutuações legislativas erráticas não raramente influenciadas por pressões arrecadatórias de ocasião. É inadmissível que tema tão sensível venha a ser regulado, por exemplo, por meio de medida provisória, como já ocorreu.

O cuidado de inibir flutuações legislativas nesse domínio se justifica, sobretudo porque a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, que confirma não haver direito adquirido a determinado tratamento tributário. Cito precedentes.

O regime diferenciado aplicado às leis complementares, além de caracterizado por um consenso mais qualificado, não se coaduna com a edição de medidas provisórias, figurando assim como o mais coerente para calibrar a função desempenhada pela imunidade de contribuições sociais.

Tendo em vista, portanto, a relevância maior das imunidades de contribuições sociais para concretização de uma política de estado voltada para a promoção do mínimo existencial e a necessidade de evitar que sejam as entidades compromissadas com esse fim surpreendidas com bruscas alterações legislativas desfavoráveis à continuidade de seus trabalhos, deve incidir no particular a reserva qualificada prevista no artigo 146, II, da Constituição.

É essencial frisar, todavia, que essa proposição não traduz uma contundente reviravolta na jurisprudência da Corte a respeito da matéria, mas apenas um reajuste pontual aos aspectos meramente procedimentais referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo, continuam passíveis de definição em lei

ordinária. A lei complementar é forma somente exigível para definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas no artigo 195, §7º, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem observadas.

Justamente por isso, a consolidação desse entendimento não há de culminar na procedência integral das ações propostas. Nesse ponto há que se consignar uma divergência com os votos até aqui proferidos. São inconstitucionais, pelas razões antes expostas, os artigos da Lei 9732/98 que criaram contrapartidas a serem observadas pelas entidades beneficentes. Também o são os dispositivos infralegais atacados nessas ações. Art. 1º, 2º, 4º e §§1º, 3º, 4, 7º do Decreto 752/93, que perderam indispensável suporte legal do qual derivam.

Contudo, não há vício formal nem tampouco material nas normas acrescentadas ao inciso II, do artigo 55, da Lei 8212, pela lei 9429/96 e pela MP 2187, essas últimas impugnadas pela ADI 2228 e 2621. O inciso II, do artigo 55, nas versões proclamadas pela Lei 9429/96 e pela MP 2187, possui a seguinte redação que eu transcrevo.

As requerentes enfatizam que esse dispositivo restringiria o benefício constitucional de imunidade ao confundir o conceito de entidade beneficente com o de entidade filantrópica. Além de liberar implicações implícitas de poder ao Conselho Nacional de Assistência Social, autoridade administrativa responsável pelo registro e emissão de certificados de entidades beneficentes de assistência social.

Não é bem assim. As sucessivas redações do art. 55, inciso II, da Lei 8212, tenha em comum a exigência, primeiro, de registro de entidade perante o CNAS; segundo, a obtenção de certificado expedido por esse órgão; e terceiro, a validade trienal do documento.

Como conteúdo de norma tem relação com a certificação da qualidade de entidade beneficente, fica afastada a tese do vício formal. Cuidam essas normas de meros aspectos procedimentais necessários à verificação do atendimento das finalidades constitucionais da regra de imunidade. Nesse aspecto, sempre caberá lei ordinária como já afirmado em outras oportunidades pela jurisprudência do Supremo.

É insubsistente, ainda, a alegação de violação aos §§1º e 6º, do artigo 159, da CF, por confusão dos conceitos de entidades beneficente e entidade filantrópica. A mera designação pela Lei 9429 do certificado necessário para auferir a imunidade com o certificado de entidade de fins filantrópicos, não induz a conclusão de que todos os serviços tenham de ser forçosamente prestados de modo gratuito.

Tanto é assim que a lei admitia o enquadramento de entidades de saúde na qualificação de entidade beneficente, caso reservassem 60% dos atendimentos para o SUS. Também não é possível extrair, como quer a requerente, da mera exigência de registro e obtenção de certificado uma violação implícita à violação de delegação. Trata-se no ponto de competência administrativa legítima que de resto já foi como tido constitucional, como em diversos precedentes do Tribunal que eu cito.

As ADI6s 2228 investem contra a constitucionalidade dos artigos 9º, §3º, e artigos 18, 3 e 4 da Lei 8742, cujo texto transcrevo. O que se alega em relação a esses dispositivos é que eles também teriam promovido uma espécie de delegação ilegítima de competência normativa quanto aos requisitos a serem preenchidos por entidades beneficentes em favor do Conselho Nacional de Assistência Social, o que violaria os princípios constitucionais da separação dos poderes e da indelegabilidade de funções.

O argumento é claramente improcedente, porque a Lei 8742 reconhece em relação a esse Conselho a mera existência de um poder regulamentar para fixar normas a respeito de procedimentos envolvidos na concessão de certificados.

De forma alguma se pode depreender que tenha sido transferida a esse órgão autoridade para dispor sobre condições para exercício da imunidade. Tanto isso é verdadeiro que nenhuma das ações diretas em julgamento se insurgem contra atos normativos expedidos pelo Conselho. Assim, não há qualquer inconstitucionalidade quanto a eles.

Não obstante as conclusões aqui afirmadas, há que se considerar o estágio adiantado do julgamento, que já conta com quatro votos parcialmente divergentes do que eu ora sustentei.

De acordo com os votos precedentes, o Tribunal estará declarando a inconstitucionalidade formal não apenas de dispositivos que estabelecem as chamadas contrapartidas para a atuação das entidades beneficentes, mas também de regras que criaram meros procedimentos para a certificação de entidades beneficentes.

Caso venha a prevalecer esse resultado, a Corte estará a reverter uma compreensão que vem, de certa forma, sendo sufragada pela jurisprudência desde a Constituição anterior, até momento mais recente, quando decidiu validar a lei do ProUni. Eu fiz todo aquele histórico a respeito deste tema. Os precedentes produzidos no julgado abaixo ilustram como a Corte vinha compreendendo essa matéria. Eu cito aqui esses precedentes.

Sem dúvida alguma, essas referências jurisprudenciais serviram de lastro para a aprovação das leis ordinárias sobre o tema, inclusive no que diz respeito à Lei 12101/09, hoje vigente e que não está sendo objeto de ataque, não há de ser diretamente afetada em sua validade pelo resultado desse julgamento.

Não obstante, caso a tendência que por enquanto se anuncia venha a se configurar, a presunção de inconstitucionalidade desse diploma certamente será submetida aos mais variados abalos.

Quero dizer, quer essa questão de se considerar também indispensável lei complementar para aspectos procedimentais, essa tendência comprometerá seriamente a Lei 12101/09, que não é objeto desta ação, é objeto de duas outras ADIns, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Nada obstante, caso a tendência que por enquanto se anuncia venha a se confirmar, a presunção de constitucionalidade deste diploma certamente será submetida aos mais variados abalos. Sendo bastante previsível que venha a ser desconstituída por decisões proferidas em sede de controle difuso. Trata-se de um juízo de consequência que não pode ser ignorado.

E no caso de declaração de inconstitucionalidade da Lei 12101, passarão a ser aplicados como parâmetros de concessão de imunidade de contribuições sociais, apenas os requisitos do artigo 14 do CTN, que são evidentemente insuficientes para garantir o artigo 195, §7º, cumpram as finalidades para a qual a Constituição Federal a direcionou. É porque esse dispositivo do CTN diz respeito a impostos.

Isso sem considerar o substancial impacto orçamentário que isso acarretaria no plano do orçamento da seguridade social. Tendo em vista a antecipação dessas consequências, é pertinente sugerir que na eventualidade de ser acolhida a tese de inconstitucionalidade formal também quanto às normas de procedimento, considera o plenário a possibilidade de se proclamar uma decisão sensível a esse cenário.

Uma das técnicas de decisão que tem sido empregada pela Corte em hipótese como a que se apresenta aqui, é a de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, em que um Tribunal consente com uma eficácia excepcional do ato normativo censurado, enquanto consiste ao legislador exercer sua competência de acordo com a diretriz anunciada.

Aplicação de providência nesse sentido seria de todo salutar à promoção do diálogo institucional entre os poderes, sobretudo quando é inegável que o Tribunal

tenha alguma responsabilidade pelo instrumento adotado pelo Congresso Nacional para a regulamentação da referida imunidade.

Quero dizer que de alguma forma o Congresso Nacional sempre se comportou nesse campo de acordo com a jurisprudência do Supremo, que vem desde a ordem constitucional anterior.

Uma solução que tal conferindo ao parlamento prazo razoável para deliberar com o quórum exigido pela legislação complementar, seria certamente mais prudente do que a mera declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos sob infectiva.

Uma consideração específica deve ser feita em relação ao Recurso Extraordinário 566.622, que também enfrenta a problemática aqui tratada a respeito do veículo normativo adequado para dispor sobre o modo beneficente a ser observados pelas entidades imunes do artigo 195, §7º, da Constituição.

O acórdão recorrido proveniente do TRF da 4ª Região indeferiu a imunidade pleiteada pela recorrente, entidade beneficente proveniente de Parobé, louvando-se não apenas em elementos jurídicos, mas também em circunstâncias de fato.

No plano jurídico, embora acatando a decisão liminar proferida na ADI 2028, assentou aquela Corte Federal a legitimidade das exigências elencadas na Lei 8212, na medida em que traduzem os requisitos objetivos inerentes à caracterização das entidades beneficentes e filantrópicas, no que incluiu, especificamente, a apresentação de título de utilidade pública federal e, à época, o certificado de registro de sem fins lucrativos.

Quanto ao outro aspecto, o acórdão recorrido afirmou expressamente *“ausência de provas suficientes sobre importantes fatos da causa, a saber, quanto ao primeiro requisito da Lei 8212, a lei municipal e estadual, declarando a utilidade pública da entidade, faltando declaração pública na esfera federal. Segundo, não há nos autos certificado de entidade de fins filantrópicos, fornecidos pelo CNAS, nem existem elementos que permitem inferir o momento em que o implemento de todos os requisitos legais para a concessão do benefício para conferir a prova documental e eficácia retroativa”*.

A tese subscrita no Recurso Extraordinário é apenas uma: a infringência do 146, II e 195, §7º, sob alegação de que somente os requisitos do EPN poderiam ser exigidos para fins de fruição de imunidade e contribuições.

Se percebe assim, que não obstante o voto ora proferido reconhecer à reserva de lei complementar, o veículo adequado à definição do modo beneficente de se prestar assistência especial a contrapartidas, esse fundamento não é suficiente para produzir juízo de provimento de recurso extraordinário.

É que conforme explicitado, há também um domínio jurídico suscetível de disciplina por lei ordinária, como o que diz respeito à outorga a determinado órgão da competência de fiscalizar mediante emissão de certificado o surgimento de requisitos para a fruição de imunidade do §7, do artigo 195. E ficou expresso no acórdão recorrido que a demandante não satisfaz uma das exigências, validamente previstas pela Lei 8212, a saber, do seu artigo 55, I, de obtenção de título de utilidade pública federal. Isso é o bastante para manter a autoridade do acórdão recorrido frustrando a pretensão recursal.

Sugere-se assim, quanto ao Tema 32, a ser consolidado para os efeitos de repercussão geral, a tese de que a reserva de lei complementar aplicada à regulamentação da imunidade tributária prevista no artigo 195, §7º, da Constituição, limita-se a definição de contrapartidas a serem observadas para garantir a qualidade beneficente dos serviços prestados pelas entidades de assistência social. O que não impede seja o procedimento de habilitação dessas entidades positivado por lei ordinária.

Ante o exposto, manifesto no sentido de que: (a) sejam as ADIs 2028, 2036, 2228 e 2621, conhecidas como ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental; (b) sejam julgadas procedentes na integralidade as arguições decorrentes da conversão das ADIs 2028 e 2036, nos limites postos no voto do Ministro Relator; (c) sejam julgadas procedentes, em parte, as arguições decorrentes da conversão das ADIs 2228 e 2621, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 2º, IV, 3º, VI, §1º e 4º, § único, todos do Decreto 2536, assim como os artigos 1º, IV, 2º, IV e §§ 1º e 3º, 7º §4º, do Decreto 752/93. Seja negado provimento ao RE 566622 e, caso se confirme nos demais pontos, diferentemente do que sustentado na orientação do voto do Ministro Relator, que a declaração de inconstitucionalidade do artigo 55, II, da Lei 8212, na redação que lhe foi conferida tanto pela Lei 9429, quanto pela MP 21187, bem como do artigo 9º §3º e 18, III e IV, da Lei 8742, na redação que lhe foi conferida pela MP 2187, seja formalizado sem pronúncia de nulidade, pelo prazo de 24 meses, comunicando-se o parlamento a respeito do que vier a ficar decidido, caso delibere aquela instância o que entender de maneira conveniente.

Pedindo escusas pelo voto Senhora Presidente, que nos pontos que eu não pude resumir .... era impossível... não tive capacidade de resumir até pela crueza deste tema eu voto nesse sentido.

- **Min. Cármen Lúcia:**

Ministro Teori, eu não tinha apregoadado o Recurso Extraordinário 566622, que trata da mesma matéria e que é da eminente relatoria do Ministro Marco Aurélio, e o qual o Ministro havia votado no sentido de dar provimento ao recurso, e os mesmos Ministros Joaquim Barbosa, o Ministro Barroso e eu tínhamos acompanhado o relator.

Nas ações diretas, o Ministro Joaquim Barbosa, relator tratando da mesma matéria, tinha julgado parcialmente procedente, o Ministro Barroso e eu o tínhamos acompanhado.

Então agora, Vossa Excelência, como fez um voto conjunto para os quatro casos e nega provimento ao Recurso Extraordinário...

- **Min. Teori Zavascki:**

Era só colocar que aí há um fundamento de fato que eu não, que eu não....

- **Min. Cármen Lúcia:**

Exatamente.

Quanto aos demais, Vossa Excelência diverge em parte ... Então fica apregoadado, também o Recurso Extraordinário se o Ministro Relator se põe de acordo, uma vez que o voto foi dado na sua inteireza e, em razão do horário eu vou suspender, e retomamos com esse julgamento no início da sessão, então, de quatorze horas.

É, apenas eu queria antes de suspender ... suspender não... encerrar, porque essa é uma sessão extraordinária e a de quatorze horas é ordinária, já noticiar que eu estou aceitando o pedido de adiamento formulado pelo Tribunal de Contas da União, do prosseguimento do Recurso Extraordinário 441280, que está com vista para o Ministro Dias Toffoli ...



## **SESSÃO SEGUINTE:**

- **Min. Cármen Lúcia:**

Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2028, 2036, 2621 e 2228, e ainda Recurso Extraordinário 566.622, que estava com vista para o Ministro Teori Zavascki, cujo voto foi proferido na assentada da sessão extraordinária no período da manhã, na data de hoje, e ainda, afirmando impedimento os Ministros Gilmar Mendes, nesses casos, tem aqui a seguinte situação: o relator das ações diretas é o Ministro Joaquim Barbosa que deu parcial procedência, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso e Cármen Lúcia.

E no recurso extraordinário relatado pelo Ministro Marco Aurélio, que também foi dado provimento, também foi seguido por Joaquim Barbosa, Roberto Barroso e Cármen Lúcia.

O voto de vista do Ministro Teori Zavascki foi conhecendo as ações como ADPFs as quais ele julga procedente nos termos pormenorizados nos itens da sua conclusão, e votando no recurso extraordinário no sentido de a ele negar provimento. Não vota, portanto, o Ministro Edson Fachin, que sucede o Ministro Joaquim Barbosa, e, como eu disse, impedido, o Ministro Gilmar Mendes.

Portanto, o voto da Ministra Rosa Weber.

- **Min. Rosa Weber:**

Senhora Presidente, assim como o Ministro Teori Zavascki, conheço das ADIs como das razões de ADPFs e o faço porque assim como Sua Excelência, entendo que não há razão, com todo o respeito, para que se altere a jurisprudência clássica desta Corte como foi acentuado pelo Ministro Teori Zavascki, que sempre concluiu no sentido do prejuízo àquelas ADsI que versem sobre preceitos revogados, ainda que com efeitos residuais.

Então, dessa linha eu também estou conhecendo dessas ADI como ADPFs, e, para facilitar, o Eminentíssimo Ministro Teori Zavascki leu em boa parte da manhã o minucioso voto, e eu já adianto a Vossas Excelências, apenas situando a questão, que diz basicamente com a interpretação que deva dar ao art.195,§7, da CF no que tange à imunidade e a extensão da imunidade, que nos termos do referido parágrafo assim lançado: “*São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.*”.

Então se discute basicamente é que lei seria essa? Qual a categoria? Qual a classe de lei? Se há reserva de Lei Complementar para esse tipo de regramento da imunidade ou se seria possível que se implementassem normas a respeito na legislação ordinária. Ou seja, há reserva de lei complementar ou não há?

Eu estou me filiando exatamente que em última análise, em termos de premissas fáticas, são basicamente as mesmas expostas no voto do Eminentíssimo Relator Min. Joaquim Barbosa com relação às ADIs, mas com adequações às pequenas alterações pontuais trazidas pelo voto do Min. Teori Zavascki, ou seja, fazendo a distinção dos aspectos meramente procedimentais referentes a certificação, fiscalização, controle administrativo nessas entidades que continuam passíveis de definição em lei ordinária, quando a lei complementar seria exigível, e assim a entendo, para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas nesse preceito. Nessa linha, o voto de Sua Excelência foi absolutamente minucioso e eu estou acompanhando na íntegra.

Com relação especificamente ao Recurso Extraordinário, Sra. Presidente, eu, baseada nas premissas de direito, tenderia a acompanhar o Eminentíssimo Relator, mas há aspectos fáticos que inviabilizam, justamente em função dessa posição que agora adotei acompanhando o Min. Teori o provimento.

Portanto então, também acompanhando o Min. Teori, eu nego provimento ao Recurso Extraordinário, pedindo vênias a todos que entenderam de forma contrária.

- **Min. Cármen Lúcia:**

Portanto, o voto do Ministro Luiz Fux.

- **Min. Luiz Fux:**

Sra. Presidente, Egrégia Corte, Ilustre membro do Ministério Público, senhores advogados e estudantes presentes.

Sra. Presidente, eu e o Min. Teori, pertencemos 11 anos na mesma seção de Direito Público do STJ, onde julgamos reiteradamente esse tema nos exatos termos em que o Min. Teori propôs aqui. Então basicamente tudo aquilo que influi diretamente na imunidade reclamar lei complementar, e aqueles aspectos procedimentais de habilitação de documentos, apresentação de documentos para ver a categorização da sociedade como beneficente, se submete a uma lei ordinária que não há necessidade de

quórum específico para isso. Então eu estou acompanhando o Ministro Teori, também com a devida vênua aos votos divergentes.

E aqui nos já tivemos várias vezes a oportunidade de assentar que ações de controle de constitucionalidade são fungíveis. Então nós podemos admitir uma ADI, como ADPF e vice-versa, porque esse tipo de defeito de forma não infirma a questão de fundo.

Há vários precedentes aqui em que as ADIs, apesar das mudanças legislativas, foram mantidas. Mas acho isso absolutamente insignificante em razão do texto do contexto maior e então também vou acompanhar na conversão, que todos os colegas que me antecederam admitiram a conversão de ADI em ADPF, e acompanho o relator assim como fazia nos votos lá no Superior Tribunal de Justiça.

- **Min. Cármen Lúcia:**

E, portanto, no Recurso Extraordinário Vossa Excelência nega provimento.

- **Min. Luiz Fux**

Isso.

- **Min. Cármen Lúcia**

Portanto, o voto do Ministro Dias Toffoli.

- **Min. Dias Toffoli:**

Senhora Presidente, me preocupa essa questão da conversão das ações em ADPF, porque se assim o fizermos, nós teremos que fazer em relação a todas as ADIs que atingirem leis já revogados. Por isso peço vênua ao eminente Ministro Teori Zavascki, Ministra Rosa Weber, Ministro Joaquim Barbosa, que na verdade foi o primeiro a admitir essa conversão e, agora, ao Ministro Luiz Fux, para manter o conhecimento como ADI mesmo com a revogação já operada, e porque o faço: porque o julgamento já havia se iniciado e alguns votos proferidos. Então penso que uma vez iniciado o julgamento como ADI e colhidos os votos nesse sentido, eu penso que a Corte deve manter essa posição.

Eu cito aqui que a Corte já decidiu nas ADIs 4356 e 4426, ambas de minha relatoria, que a singularidade do caso afastavam excepcionalmente a aplicação da jurisprudência do STF sobre a prejudicialidade da ação, visto que houve impugnação em tempo adequado e a sua inclusão em pauta antes do exaurimento da eficácia da lei temporária impugnada, existindo a possibilidade de haver efeitos em curso, como ocorre no caso concreto a possibilidade de haver efeitos em curso, e é o que ocorre no caso presente.

As ADIs foram liberadas para julgamento, as que ora estamos julgando, em 10.08.2009. A revogação do art. 55 da Lei 8202/91 ocorreu com a edição da Lei 12.101, de 27 de novembro de 2009.

Então, eu entendo que nós devemos manter o julgamento das ações na sua nomenclatura original de ADI, e, portanto, eu não faço a conversão, mas delas eu conheço, e uma vez conhecendo, quanto ao mérito das ADIs, eu peço vênia àqueles que entendem de modo contrário para acompanhar o voto hoje proferido pelo Min. Teori Zavascki, em relação a todas ADIs, eu tenho o voto por escrito e farei a juntada, mas, basicamente, o meu voto está todo já contemplado pelo voto lido e proferido na manhã de hoje pelo Ministro Teori Zavascki, de tal sorte que aqui não vou repetir os argumentos e fundamentos.

E quanto ao RE, também pelos mesmos fundamentos, tenho o voto por escrito e farei a juntada, eu também acompanho o Min. Teori Zavascki. E aqui também reconhecendo que os quatro votos proferidos numa extensão maior de declaração de inconstitucionalidade, inclusive o qual a Sra. Min. Presidente aqui já votou; todos eles com suporte teórico, jurídico e constitucional da maior densidade.

Mas como destacou Sua Excelência, o Ministro Teori Zavascki, e como eu destaquei, acompanhando Sua Excelência naquele julgamento do ICMS em relação à substituição progressiva, em que optei por uma solução consequencialista e Sua Excelência na leitura do voto, ao proferir o voto na manhã de hoje, nesse caso concreto exatamente destacou esse aspecto... essa questão consequencialista que diz respeito também aquilo que atingiriam outras leis como a do ProUni ou mesmo a 12.101, que tem ações diretas de inconstitucionalidade sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Existem duas ADIs contra a lei de 2009: a 12.101, que é exatamente a lei que revoga essas leis anteriores, que dizem respeito ao mesmo tema que estamos aqui tratando. Essa questão, os efeitos que se dariam nos inúmeros casos concretos, já

ocorridos do ponto de vista da realidade do mundo real, e essa interferência, essa opção consequencialista do Ministro Teori deve ser privilegiada.

Sua Excelência procurou dizer o máximo possível que a lei complementar está limitada aos requisitos.... aos requisitos para a concessão da referida imunidade. E a lei ordinária, e não só a lei ordinária, mas vários ordenamentos infranormativos, e aí não só infraconstitucionais, mas infralegais, que são emitidos pelos órgãos públicos a respeito do tema, eles não podem estabelecer requisitos. Eles estabelecem procedimentos. Então considero que de maneira clara e consequencialista o Ministro Teori Zavascki soube fazer esta distinção, daí eu, da mesma forma como fiz no caso do ICMS na manhã de hoje, também acompanho Sua Excelência, mas não sem antes reconhecer que os votos proferidos, e aqui neste caso concreto, no sentido de uma inconstitucionalidade mais ampla, estarem todos eles, sem dúvida nenhuma, muito bem fundamentados e guarnecidos constitucionalmente.

E realmente aqui que os particulares de filantropia reclamam, realmente chamam a atenção. Até conversei ao final da sessão com o Ministro Teori Zavascki, porque se nós formos olhar, por exemplo, a Lei 12.101/09, e quando da tribuna, embora eu não estivesse aqui no dia da sessão, mas Senhora Presidente, fiz questão de ter acesso às sustentações orais que são gravadas, e mais uma vez cumprimento o Professor Ives Gandra Martins, que foi à tribuna no julgamento e que eu não estava presente, e fez uma brilhante sustentação oral e a alegação de que muitas vezes o Poder Público e o Estado acaba por ter *a manus* o poder de fazer as alterações que possam atingir essas entidades, que tem de ter uma previsibilidade com relação à referida imunidade ou ao referido benefício.

Realmente chama a atenção porque não podemos desconsiderar esse aspecto. Estou aqui procurando na tela... e vejamos, por exemplo, a Lei 12.101, ela revogou ou alterou, por exemplo, revogam-se dispositivos de leis, por exemplo, 8212/91, 8742/93, 3429/96, 9732/98, 10684/03, MP2187-13/01, dispositivos da Lei 1196/05, dispositivos da Lei 12868/13.

Ou seja, realmente há, assim, uma legislação extremamente pródiga sobre o tema, o que realmente faz com que tenhamos que refletir sobre esta segurança jurídica, para essas instituições beneficiárias desse tipo de benesse fiscal.

Parece até que lembrava a legislação eleitoral, nós tivemos de 1988 até hoje mais leis eleitorais do que eleições. E realmente isso incomoda, mas existe uma realidade já realizada, já ocorrida, e penso que o meu voto procurou um equilíbrio entre

a preocupação da segurança jurídica e da realidade fática, e eu penso que o voto do Ministro Teori contemplou essas duas preocupações, a questão relativa à necessidade de lei complementar para os requisitos do benefício sem a interferência por parte do legislador de legislação infraconstitucional ordinária ou regulamentar e ao mesmo assegurar que outros benefícios que já foram concedidos não venham a ser atingidos por conta dessa interpretação, de tal sorte, então, que eu acompanho o voto do Ministro Teori Zavascki nas ADI's, que eu não converto e conheço como ação direta. E no caso do RE a ele eu nego provimento.

- **Min. Cármen Lúcia:**

Apenas para aclarar a divergência havida, é muito mais em termos primeiro do que assentado pelo Eminentíssimo Ministro Teori Zavascki de que não há pronúncia de nulidade na proposta feita.

- **Min. Teori Zavascki:**

Senhora Presidente, se Vossa Excelência me permite, eu só fiz essa proposta alternativa de não pronúncia de nulidade se houvesse alguma orientação diferente da qual eu propus, ou seja, se considerada inconstitucional também e se exigisse lei complementar também para os aspectos procedimentais. Se não aparentemente...

- **Min. Cármen Lúcia:**

Senão, de qualquer sorte, aparentemente, a divergência ela fica. Nós tínhamos votado pela parcial procedência e Vossa Excelência também, apenas os itens que eu e o Ministro Barroso seguimos eram além daqueles alguns itens. Na verdade, não há uma divergência, só uma extensão maior em determinados pontos, só para ficar claro o que aqui se contém.

Ouçó o Min. Ricardo Lewandowski.

- **Min. Ricardo Lewandowski:**

Pois não. Senhora Presidente, eu vou acompanhar o voto do Eminentíssimo Min. Teori Zavascki, inicialmente quanto à conversão e peço vênica ao Ministro Dias Toffoli, entendendo o raciocínio de Vossa Excelência de que, se nós formos fazer essa

conversão daqui para frente, temos que fazer a conversão em todas as ADI's que tem por objeto leis já revogadas, é um argumento pragmático, legítimo, válido, mas eu peço vênia para acompanhar o Relator nessa conversão, levando em conta a fungibilidade das ações objetivas que nós julgamos aqui neste Plenário, e não vejo nenhum prejuízo nessa conversão, pois o resultado será exatamente o mesmo.

Se Vossa Excelência identificou esse problema também, eu converto e também conheço dessas ADI's como ADPF.

- **Min. Cármen Lúcia:**

Apenas uma ponderação, na esteira do que fez o Ministro, com todo respeito, evidentemente. É que de toda sorte teríamos que fazer o que o Min. Pertence sempre acentuou neste Plenário, se isso vai prevalecer daqui para frente para todos, porque nós temos ADI's de 1991 ainda não julgadas e nesse caso elas, as quatro, foram iniciadas ainda quando não tinha havido a revogação. Então nos temos que delimitar qual é a consequência da mudança de orientação, se é nesse julgamento apenas ou se em todas as vezes em que continuarmos o julgamento, nós vamos converter em ADPF, porque nós não podemos adotar dois pesos e duas medidas, apenas isso eu acho que precisa ficar claro.

- **Min. Ricardo Lewandowski:**

No passado, Presidente, nós jamais tivemos como móvel da conversão o fato normativo abstrato e autônomo de ter sido revogado. Sempre declaramos o prejuízo da ação direta de inconstitucionalidade.

- **Min. Cármen Lúcia:**

Sim, e depois já estávamos aqui quando começamos a dar sequência, quando o ato tivesse produzido efeitos para se declarar inconstitucional e aqueles atos.....

- **Min. Ricardo Lewandowski:**

E queria dizer, Senhora Presidente, que eu não estou dando esse alcance para essa convolação das ADI's em ADPF, eu estou simplesmente adotando o ponto de vista do juiz que traz essa questão à baila, e eu acho que, nesse caso particular, estamos

convertendo, e não teremos nenhum compromisso com as decisões futuras. Acho que devemos proceder conforme o juiz vistor.

Neste caso eu estou dizendo que o resultado é o mesmo, se convertermos ou não, e não estaria, *data venia*, estendendo essa nossa decisão daqui pra frente e criando um precedente. Eu estou acompanhando, até talvez por uma questão de cortesia, que se deve aos colegas que se debruçam verticalmente sobre determinado assunto, como fez o Ministro Teori Zavascki. Então, neste ponto, estou acompanhando Vossa Excelência, na conversão, mas não por isso fecho questão. Se entender que essa nossa decisão seria vinculante daqui para frente, eu me permitiria para debruçar um pouco mais, verificar os precedentes, refletir sobre a ponderação do Ministro Marco Aurélio, que faz agora. Então eu converto, de qualquer maneira, converto sem dar a essa decisão caráter de precedente.

Eu observo que agora, pelo menos pra mim que não participei da sessão matutina, por questão de força maior, eu entendo que a Ministra Rosa colocou muito bem a questão de forma bastante sintética e que a questão está em saber se o artigo 195, 7º, que concede uma “isenção” ou a possibilidade de “isenção” para as entidades filantrópicas, se essa isenção exige uma lei complementar ou ordinária. Essa expressão foi mal colocada, como diz a doutrina e a jurisprudência, porque não se trata de uma isenção, mas de uma imunidade. E nesse sentido o Min. Marco Aurélio aclarou muito bem que, para este fim e para os requisitos materiais no que tange ao reconhecimento da materialidade, se faz a necessidade de uma lei complementar.

- **Min. Marco Aurélio:**

E foi justamente esse o enfoque do Min. Moreira Alves quando nós enfrentamos numas da ADINs o pedido de implemento de liminar. Sua Excelência ressaltou muito bem que toda vez que a Constituição revele limite ao poder de tributar, se tem imunidade, não simples isenção. Quando o legislador ordinário atua, sim: há de se falar em isenção e não em imunidade.

Agora se Vossa Excelência me permitir, quando chegar minha vez de votar, como estou zerado no tocante de pedido de vista, não tenho no gabinete nenhum processo aguardado exame, eu vou pedir vista das ADINs. E como sou relator do Recurso Extraordinário, não posso dele pedir vista. Vou indicar adiamento para julgarmos em conjunto



- **Min. Ricardo Lewandowski:**

Pois é. Bem.. E aí como eu concluí de leitura dinâmica que fiz do voto do Ministro Teori Zavascki, pela síntese que fez a Ministra Rosa, agora, entendo no que toca aos aspectos de funcionamento e aos aspectos constitutivos das entidades beneficentes e também, no que diz respeito às questões de fiscalização e certificação, eu acho que a lei ordinária é suficiente. Então é preciso fazer uma distinção entre esses requisitos materiais para o reconhecimento da imunidade, e esses aspectos, que chamaria de procedimentais. Então, para isso basta uma lei ordinária, a meu ver.

Então eu estou concluindo exatamente na mesma linha que o Min. Teori Zavascki, mas com uma dúvida. Sua Excelência sugere que se negue provimento ao RE 566.622, que se viu relatado pelo Min. Marco Aurélio. Até perguntei a Vossa Excelência.

- **Min. Marco Aurélio:**

Pelo visto meu voto ficou perdido no tempo.

- **Min. Ricardo Lewandowski:**

Eu até indaguei de Sua Excelência se diante dessa conclusão a que cheguei, e penso que alguns colegas também chegaram, de se subdividir a questão dizendo que alguns aspectos exigem lei complementar e outros exigindo lei ordinária, se não seria possível dar parcial provimento ao RE. Mas o Ministro Marco Aurélio me informa que tendo em conta que o único pedido no RE é saber se é exigível lei complementar ou não, não caberia esse meio termo. Eu estava inclinado a dar parcial provimento ao RE.

- **Min. Marco Aurélio:**

Não há a menor dúvida que, mediante lei ordinária, ordinária no bom sentido, criaram-se limitações para ter-se a imunidade tributária. E aí se aditou como que o Código Tributário que foi recepcionado como força de lei complementar. Agora torno a frisar, Presidente, que o tema é muito sensível, e me lembro de palavras de Kiyoshi Harada, segundo ele o que previsto no parágrafo 7º, do artigo 195, “*estamos lidando com matéria situada no âmbito da saúde e também da educação, o que previsto*

*visa atrair, não o contrário, as entidades beneficentes para secundar a ação do Poder Público na efetiva realização dos deveres sociais, sem qualquer intuito lucrativo.”.*

Só para dar exemplo, é de objeto de uma das ADINs, o afastamento do cenário jurídico normativo de um diploma que condicionou a imunidade à prestação de 60% de serviço considerado de beneficiária ao SUS, criando, portanto, requisito novo, estranho, totalmente estranho ao 14 do CTN.

Por isso, é que para apreciar esse conjunto, para apreciar o problema da perda de objeto, da ADIN no que revogada a lei, e até mesmo a viabilidade da conversão em ADPF é que eu vou pedir vista dos processos reveladores das quatro ações diretas de inconstitucionalidade. E para ver apreciação conjunta, indicarei adiamento do processo, no qual eu sou relator, do RE.

- **Min. Ricardo Lewandowski:**

Por ora, e aguardando o voto do Min. Marco Aurélio, sigo o voto do Ministro Teori Zavascki, negando também, por ora, provimento ao RE, mas disposto a dar provimento parcial. Mas neste momento, nego provimento.

- **Min. Marco Aurélio:**

O que se quer com a imunidade, segundo o autor, é justamente que entidades beneficentes venham nesse setor tão deficitários da Saúde e da Educação, é circundar o Poder Público.

- **Min. Teori Zavascki:**

Só para esclarecer ao Ministro Ricardo, que não pôde comparecer no período da manhã, no caso do RE, a questão de mérito... A questão de direito do meu voto, coincide basicamente com os fundamentos do Ministro Marco Aurélio. A minha proposta de negar provimento é porque no acórdão recorrido tinham dois fundamentos. Um desses de direito e um de fato. Então como não foi superado, nem sequer alegado esse fundamento de fato, que era por si só suficiente, foi por essa razão no Recurso Extraordinário que neguei provimento. Mas a questão de direito enfocada basicamente coincide com a do Min. Marco Aurélio.

- **Min. Ricardo Lewandowski:**

Daí a minha perplexidade basicamente. Agradeço, Ministro Teori.

- **Min. Cármen Lúcia:**

Ministro Marco Aurélio.

- **Min. Marco Aurélio:**

Presidente, eu já anunciei, eu peço vista dos quatro processos reveladores de ADINs e indico o adiamento do RE, qual eu sou o relator.

- **Min. Cármen Lúcia:**

Após os votos do Ministro Ricardo Lewandowski, Luiz Fux e Dias Toffoli, pediu vista das ADIs o Ministro Marco Aurélio, indicando adiamento do RE 566.622.