

Imunidade de Instituições sem Fins Lucrativos Dedicadas à Previdência e Assistência Social

Ives Gandra da Silva Martins

*Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Econômico e de
Direito Constitucional e Presidente do Centro de
Extensão Universitária.*

Abordo, neste estudo, temática sobre a qual já escrevi, repetidas vezes, relacionada às instituições fechadas de previdência privada, assim como às instituições dedicadas à assistência à saúde, que, a meu ver, prestam, os dois tipos de entidades, “assistência social” *lato sensu*, embora não *stricto sensu*.

A matéria se põe, fundamentalmente, à luz de uma visão raquítica do texto constitucional, a qual estancaria a Seguridade Social em três segmentos incommunicáveis, quais sejam: Previdência, Saúde e Assistência Social.

Paralelamente, pretendo demonstrar que, mesmo que a instituição de previdência ou de assistência à saúde remuneram “diretores executivos”, mas não distribua lucros, sua imunidade é constitucionalmente assegurada, à luz da única interpretação possível, também na minha particular visão desta cláusula pétrea da Constituição (imunidades constitucionais), ou seja, da exegese da lei complementar, no caso o CTN.

É de se lembrar, que esta matéria estava pacificada até o advento da Constituição de 1988. Sua promulgação, todavia, propiciou leitura, a meu ver incorreta, da expressão “assistência social”, que terminou gerando decisões conflitantes da Suprema Corte. Creio estar, a temática, merecendo ainda reflexão maior, objetivando a compatibilização de conceitos emitidos em três diversos processos, um deles, em nível de controle concentrado e os outros dois através de controle difuso, junto ao Pretório Excelso.

De início, é relevante rememorar que a remuneração de executivos não afeta a imunidade das entidades beneficentes sem fins lucrativos, desde que não haja benefícios ou distribuição de lucros da entidade mantida para a entidade mantenedora.

Houve época em que se entendia que nem mesmo os executivos poderiam ter qualquer remuneração, apesar de serem profissionais contratados.

Hoje, a questão está superada. Encontra-se – para tais efeitos – regulada pelos arts. 9º e 14 do CTN com as alterações da LC 104/01, assim redigidos:

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

IV – cobrar imposto sobre:

a) o patrimônio, a renda ou serviços de partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos fixados na seção II deste Capítulo.

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

- 1) *não distribuírem* qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;
- 2) *aplicarem integralmente*, no país, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;
- 3) *manterem escrituração* de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.” (grifos meus)

Referidos dispositivos do CTN elencam, portanto, as únicas condições que as entidades que desenvolvam tais atividades devem preencher para gozar da desoneração em tela, e que representam verdadeiras balizas a que se deve ater o legislador ordinário.

Os requisitos previstos pelo legislador complementar, portanto, são três:

- 1) não-distribuição de lucro ou patrimônio, a qualquer título;
- 2) aplicação integral dos recursos, no país, na manutenção dos objetivos institucionais, sendo proibida a remessa para o exterior;
- 3) escrituração regular e cumprimento de obrigação acessória.

Há, assim, uma *causa* e uma *condição* para a entidade poder usufruir a imunidade. A *causa* da imunidade é ser uma das entidades enumeradas pelo art. 150, VI, c da CF, a *causa* advém da Constituição. A *condição* da imunidade é manter o atendimento aos requisitos especificados no CTN. A *condição* advém do CTN.

Exatamente para evitar interpretações pessoais e subjetivas, é que os requisitos devem ser estabelecidos pelo critério legal, conformato em lei

complementar, que no caso é o art. 14 do Código Tributário Nacional, que regula as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Sobre essa matéria já escrevi:

“Por ter, sua matriz constitucional, sido reproduzida pela nova Constituição, tais dispositivos foram recepcionados pela ordem atual, com o que apenas eles exteriorizam pré-condições para que uma entidade de assistência social possa gozar de ambas as imunidades, a saber: a de imposto e de contribuições sociais.

Nenhuma lei ordinária de qualquer poder tributante pode criar requisitos adicionais, impondo ônus que o constituinte deliberadamente quis afastar. Todos os requisitos acrescentados ao restrito elenco do art. 14, são inconstitucionais, em face de não possuir o Poder Tributante, nas 3 esferas, nenhuma força legislativa suplementar. Apenas a lei complementar pode impor condições. Nunca a lei ordinária, que, no máximo, pode reproduzir os comandos superiores.” (“Entidades sem fins lucrativos com finalidades culturais e filantrópicas – Imunidade constitucional de impostos e contribuições sociais”, Parecer, in *Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas*, Revista dos Tribunais, v. 4, p. 83)

Não pode, portanto, o legislador ordinário disciplinar imunidade, que representa, em verdade, limitação a seu poder de tributar, sendo essa matéria exclusivamente reservada à lei complementar, na forma estabelecida pelo art. 146, II da CF.

A invalidade de normas infraconstitucionais originadas da tendência do Poder Público de preocupar-se mais em obter maiores recursos do que em cuidar de sua adequada aplicação – que restringem a imunidade, já foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em processo que patrocinei, (RO-MS 22.192-9), o qual, ao reconhecer caráter de imunidade à desoneração prevista no § 7º do art. 195 da CF, considerou inválido ato normativo emanado com tal escopo, em acórdão que em sua parte final, dispõe:

“Tratando-se de imunidade – que decorre, em função de sua natureza mesma, do próprio texto constitucional –, revela-se evidente a absoluta impossibilidade jurídica de a autoridade executiva, mediante deliberação de índole administrativa, restringir a eficácia do preceito inscrito no art. 195, § 7º, da Carta Política, para, em função de exegese que claramente distorce a teleologia da prerrogativa fundamental em referência, negar, à entidade beneficente de assistência social que satisfaz os requisitos da lei, o benefício que lhe é assegurado no mais elevado plano normativo.” (grifamos) (DJ 19.12.1996, decisão da 1ª Turma do STF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Embora esse julgado verse sobre ato normativo expedido pelo Poder Executivo, o raciocínio se aplica, por inteiro, a toda a legislação

infraconstitucional, relativamente a qual subsiste a mesma impossibilidade jurídica, de vez que há de ser submissa a ditames e objetivos do Estatuto Supremo.

Com efeito, as imunidades constitucionais, em matéria tributária, estão centradas no art. 150, inciso VI, que elenca as diversas hipóteses de imunidade de impostos e no § 7º do art. 195, que menciona a imunidade para as contribuições sociais.

As instituições que observarem esses requisitos do CTN e cumprirem rigorosamente os objetivos pelos quais foram criadas, estão imunes de tributação.

É preciso, entretanto, distinguir os cargos e funções de direção, exercidos como membros da entidade consulente, na qualidade de integrantes da diretoria, conselho fiscal ou associado, que não podem ser remunerados – para que a entidade possa usufruir da imunidade tributária, na forma do art. 14 do CTN, que veda “a distribuição de qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas a qualquer título” –, e os cargos e funções exercidos, como profissionais na entidade, em razão de ofício ou profissão.

O que a norma legal veda é a remuneração daquele que exerce atividades de diretor ou conselheiro de uma entidade imune, ou seja, proíbe remuneração por atribuições inerentes a esses cargos de estrutura diretiva das mantenedoras enquanto apenas cuidando das entidades mantidas.

Não, porém, da *atividade profissional* exercida, no desempenho das funções de diretor executivo ou superintendentes da mantida, que exigem habilitação profissional, conhecimento específico e titulação necessária para essas finalidades, nas formas das leis que regem a profissão do administrador de empresas. E o mesmo ocorre com chefes de departamento, coordenadores, gerentes etc., que com aquele não se confunde.

Desta forma, o art. 14 do CTN é respeitado, na medida em que os executivos são remunerados exclusivamente por sua atividade profissional.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar a questão no RE 93.463-4/RJ, em harmonia com a norma constitucional entendeu que a remuneração de profissionais qualificados que exercem funções em entidades imunes, não descaracteriza a imunidade tributária, estando a ementa, assim redigida:

“Ementa – Imunidade tributária dos estabelecimentos de educação
Não perdem a imunidade as instituições de ensino pela remuneração de seus serviços, desde que observem os pressupostos dos incisos I, II e III do art. 14 do CTN.

Na expressão ‘instituições de educação’ se incluem os estabelecimentos de ensino, que não proporcionem *percentagens, participação em*

lucros ou comissões a diretores e administradores. (não se fala da remuneração própria desta)"

Nesse julgado, merece destaque o seguinte trecho do voto do Ministro CORDEIRO GUERRA, lembrando ALIOMAR BALEEIRO:

“O que se lhes veda é a distribuição dessas rendas como lucros, percentagens, comissões, etc., a seus diretores, administradores, fundadores, membros do Conselho Fiscal, etc. A imunidade é da instituição e só dela saem reflexos para terceiros.

.....

Não está coberto pela imunidade, em nossa opinião, o estabelecimento de ensino explorado profissionalmente pelos seus proprietários, ou que, pertencendo a uma instituição, proporcione percentagens, participação em lucros ou comissões a diretores e administradores.

.....

Mas não perde o caráter de instituição de educação e assistência a que remunera apenas o trabalho de médicos, professores, enfermeiros e técnicos, ou a que cobra serviços a alguns para custear assistência e educação gratuita a outros.”¹

Esse julgado, embora tenha sido prolatado na vigência da Constituição pretérita, permanece atual de vez que a Constituição de 1988, nessa parte não foi alterada.

Esse mesmo entendimento da Suprema Corte, foi adotado pela Coordenação do Sistema de Tributação, no Parecer Normativo nº 71, de 04 de julho de 1973, estando sua ementa assim redigida:

“Ementa – A remuneração atribuída a administradores ou dirigentes de instituições de educação, pela prestação de serviços ou execução de trabalho, não desfigura a imunidade tributária prevista no art. 19, III, c (atual art. 150, VI, c) da Constituição Federal.

O gozo do benefício, entretanto, condiciona-se ao atendimento das exigências estabelecidas no § 1º do art. 9º e no art. 14 e parágrafos da Lei nº 5.172, de 25.10.1966 (Código Tributário Nacional).” (grifos meus)

Merece destaque, ainda, o seguinte trecho do referido Parecer Normativo CST nº 71/73:

“Nada obsta, contudo, que a instituição imune remunere os serviços necessários à manutenção, sobrevivência e funcionamento, como os

¹ *Direito tributário brasileiro*. 9. ed. Forense, p. 108-109. Ver também *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Forense, p. 3-3.

realizados *por administradores, professores e funcionários*. Esses pagamentos não desfiguram ou prejudicam o gozo da imunidade, visto não serem vedados por lei, *mas é de se exigir, rigorosamente, que a remuneração seja paga tão-somente como contraprestação pela realização de serviços ou execução de trabalhos, sem dar margem a se traduzir tal pagamento em distribuição de parcela do patrimônio ou das rendas da instituição.*" (grifos meus)

Nesse sentido, leia-se a decisão do TRF 1ª Região na Apelação Cível nº 93.01.25612-6/MG, Rel. Juiz TOURINHO NETO:

"diretor da entidade mantida, nessa qualidade, que percebe remuneração, ainda que integre a direção da entidade mantenedora, não descaracteriza a sociedade como filantrópica." (grifos meus)

Esse mesmo entendimento, do TRF 1ª Região, prevaleceu na Apelação Cível nº 93.01.18114-2/MG, Rel. Juiz NELSON GOMES DA SILVA:

"A percepção de remuneração pelos diretores das Faculdades mantidas por tais fundações não desvirtua a condição de entidade filantrópica da entidade mantenedora."

O que os acórdãos declaram é que entidades mantenedoras e mantidas não são idênticas e não se confundem.

Esse entendimento, igualmente, foi acolhido pela Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência, o que resultou na aprovação pelo Sr. Ministro, REINHOLD STEPHANES, do Parecer CJ 639, de 01.04.1996, que tem a sua fundamentação na jurisprudência do Poder Judiciário, a fim de dirimir eventuais conflitos, em que se lê:

"16. Desse modo, a situação de aparente conflito desses bens jurídicos resolve-se com a exegese de que o disposto no inciso IV do art. 35 restringe apenas a remuneração percebida nas funções de dirigentes da entidade beneficente de assistência social. Logo, não poderá ser cassada ou não concedida a isenção, pelo fato do dirigente exercer, de forma cumulada outras funções, e por essas ser remunerado, sob pena de afronta ao princípio da liberdade constitucional de profissão."

O direito de trabalhar é expressão lúdima da liberdade individual, consagrado na Constituição Federal, não havendo amparo em qualquer norma infralegal, na sua maculação ou no seu descumprimento.

A propósito a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, *sem fins lucrativos*, como organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ao tratar sobre a remuneração, de seus dirigentes, em seu art. 4º, inciso VI, dispõe:

"Art. 4º Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que

as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:

‘.....

VI – a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados em ambos os casos, os valores praticados no mercado’.”

A Lei nº 9.790/99, embora trate da Organização de Sociedades de Interesse Público, que prestam serviços de maneira *exclusivamente gratuitos*, podem remunerar seus dirigentes *desde que respeitem os valores praticados no mercado* da região correspondente a sua área de atuação.

Referida lei, cumpre o preceito constitucional previsto no art. 5º, inciso XIII da CF/88, devendo dar-se a mesma interpretação para os casos de exercícios de cargos e funções em entidades imunes.

Por este prisma, portanto, a remuneração de executivos, sem distribuição de lucros, não retira a imunidade, nos termos do art. 14 do CTN.

Passo, agora, a fazer considerações sobre a imunidade propriamente dita dos dois tipos de instituições.

A primeira delas é a de que ainda há espaço para um exame final e definitivo da questão, em face de alguns aspectos relevantes de hermenêutica constitucional não terem sido suscitados perante a Suprema Corte, restando, por decorrência, inexaminadas.²

A segunda diz respeito à necessidade de compatibilização de alguns conceitos emitidos pela Suprema Corte em ações diversas de controle concentrado, sobre temas de seguridade, a fim de que se conforme uma exegese definitiva sobre as diferenças e semelhanças dos institutos de seguridade e sobre sua integração ou não em face do texto constitucional.

A terceira, concerne a perfilar com precisão o sentido das expressões “entidades beneficentes”, “entidades filantrópicas”, “gratuidade”, “proteção à velhice”, “assistência social”, que têm merecido, de acordo com a abordagem temática das ações, exegeses aparentemente conflitantes, justificando-se a busca de uma conformação hermenêutica construtiva e conciliatória entre os diversos acórdãos prolatados até o presente.

2 Exemplo típico do ponto a merecer reanálise encontra-se na ementa da ADIn 2.028-5, em que foi Relator o Ministro MOREIRA ALVES e em que se lê: “É certo, porém, que há forte corrente doutrinária que entende que, sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, embora o § 7º do art. 195 só se refira a ‘lei’ sem qualificá-la como complementar e o mesmo ocorre quanto ao art. 150, VI, c, da Carta Magna essa expressão, ao invés de ser entendida como exceção ao princípio geral que se encontra no art. 146, II (‘Cabe à lei complementar: II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar’), deve ser interpretada em conjugação com esse princípio para se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa. A essa fundamentação jurídica, em si mesma, não se pode negar relevância” (Tribunal Pleno, DJ 16.06.2000, Ementário 1995-1).

Começo pelo art. 203, inciso I, que determina:

“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivo:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice.”³

Nitidamente, o discurso do *caput* impõe uma obrigação ao Estado de prestar assistência social, independentemente de contribuição à seguridade social, o que vale dizer: haja ou não contribuição social, tal assistência deve ser prestada pelo Poder Público.

A expressão “independentemente de contribuição à seguridade social” comporta duas breves considerações.

A primeira delas é que o advérbio “independentemente” não é “excludente” mas “complementar”, ou seja, a assistência social será prestada pelo Estado com os recursos das contribuições sociais e de outra natureza. Vale dizer, ainda que o beneficiário jamais tenha feito qualquer contribuição, o Estado é obrigado a prestar assistência social.

Objetivou, o legislador, portanto, referir-se às diversas fontes de financiamento da assistência social, inclusive às contribuições tributárias ao sistema.

A mesma expressão possui, também, um segundo significado, ou seja, de que, com recursos de contribuições ou de outras fontes, a assistência social será prestada, independentemente da atuação do Estado na Previdência e na Saúde, compondo, tal prestação, um dos tipos delineados de seguridade perante a ordem social.

Tal inteligência é reforçada pelo *caput* do art. 204, assim redigido:

“As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos

3 CELSO BASTOS comenta o dispositivo, dizendo: “A assistência social será devida à pessoa humana durante o período da velhice, é o que nos assegura o inc. II do art. 203. Verificamos que é a primeira vez que um preceito constitucional trata expressamente da proteção à velhice. Nosso país encontra-se entre aqueles que demonstram maior crescimento da população idosa, atingindo percentuais cada vez maiores, de pessoas que se localizam em uma faixa de idade superior aos sessenta anos. O crescimento da população idosa tem de vir acoplado de ações políticas que protejam a qualidade de vida dos nossos idosos. O período da velhice, segundo os critérios utilizados pela Organização das Nações Unidas, assimilados em nosso país, tem seu começo a partir dos sessenta anos de idade. O processo de envelhecimento, ressaltamos, dá-se de maneira diferenciada para cada indivíduo, levando-se em conta a condição social, econômica, cultural, física, psíquica e a qualidade de vida de cada pessoa. Vale lembrar que o processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, devendo portanto ser objeto de conhecimento e informação para toda a população” (*Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. Saraiva, v. 8, 2000).

no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: (...).”⁴

O primeiro dispositivo constitucional (art. 203), faz menção, pois, à seguridade em geral e à assistência social, em particular, permitindo o duplo suporte financeiro do Estado, por fontes normais de contribuições e outras de natureza orçamentária.

Por outro lado, o inciso I do art. 203 claramente impõe a *proteção à velhice* como objetivo da assistência social, a *proteção à infância e adolescência, assim como à maternidade*, além de, em outros incisos, cuidar da “promoção da integração ao mercado de trabalho” (inciso III), “a habilitação” e “reabilitação de pessoas portadoras de deficiências” (inciso IV), “sua integração à vida comunitária” (inciso IV), ações estas que transcendem a mera assistência social *stricto sensu*, ingressando na área da “saúde” e da “previdência”.⁵

Não sem razão, a Suprema Corte, por três prismas diversos, já declarou que:

a) o conceito de assistência social é mais abrangente do que o propiciado pela interpretação “separatista” das 3 áreas da Seguridade (RE 115.970/RS, RTJ 126/843);

b) a Saúde (ADIn 2.028/DF), que tem tratamento constitucional próprio (arts. 196 a 200), integra conceitualmente a assistência social;

4 MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO comenta o art. 204, dizendo: “Orçamento da assistência social. Quanto ao orçamento, o texto em exame repete, desnecessariamente, o disposto no art. 195 (v. *supra*), a que ele próprio se refere” (p. 241) e remetendo aos comentários do art. 195, onde faz seu protesto: “Financiamento. O texto, na sua primeira parte, enuncia um registro sociológico: a seguridade social (e só ela?) é financiada pela sociedade, direta ou indiretamente.

Na segunda parte, disciplina as fontes imediatas de financiamento da seguridade social. Esta, por um lado, há de ser financiada por recursos do Estado (nas suas projeções, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios). Por outro lado, pelos recursos indicados nos três incisos abaixo.

Claro está que à lei é que caberá definir a contribuição devida tanto pelo Poder Público, quanto pelas fontes mencionadas abaixo.

Protesto. Fique neste passo consignado o protesto do comentarista contra o absurdo que fez o constituinte, ao pendurar oito parágrafos, nitidamente de regulamentação, neste artigo. E, para piorar, misturando a regulamentação das contribuições sociais com a regulamentação da elaboração orçamentária” (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. Saraiva, v. 2, 1999, p. 219).

5 PINTO FERREIRA lembra que há uma integração em toda a ação social, ao dizer que: “A assistência social engloba a totalidade de meios indispensáveis para assegurar o amparo e a reeducação de pessoas que se encontrem em dificuldades para o provimento de sua subsistência. Tais dificuldades, podem provocar ações anti-sociais que sejam nocivas à comunidade.

Daí por que determinados autores acentuam o conceito de assistência social ou de atendimento aos necessitados como segurança social” (p. 46), e ao lembrar a lição de CASTELLO BRANCO: “Escreve a respeito ELCIR CASTELLO BRANCO: A Segurança Social contém a assistência social, a beneficência pública e a previdência social, as quais, cada uma de *per se*, objetivam o socorro aos necessitados, sendo que a assistência tem caráter genérico, como a obrigação assumida pelo Estado, e a previdência consiste no direito subjetivo público do trabalhador (mesmo sócio ou diretor de sociedade por ações ou titular de firma individual) perante a autarquia previdenciária que se incumbem de desempenhar a tutela assecurativa” (*Comentários à Constituição brasileira*, Saraiva, v. 7, 1995, p. 46).

c) as instituições de previdência privada – repito, de previdência privada – que não recebem contribuições de seus beneficiários são consideradas de “assistência social” (RE 259.756/RJ, 28.11.2001).

Em outras palavras, ao admitir que a previdência e a saúde integram a assistência social, afastou, a Suprema Corte, a interpretação separatista de que a Seguridade Social seria dividida em três partes estanques, sem intercomunicação ou integração.

Em exegese conciliatória, nos 3 segmentos da Seguridade Social, o tratamento de cada um deles é apenas preferencial, no que concerne a seu objeto principal, mas não vedada à interpenetração de ações das duas outras áreas. Protege-se a velhice (assistência social) com programas previdenciários e planos de saúde (saúde e previdência), sendo que até a educação pode comportar a assistência social, na medida em que a ação é integrativa na formação de jovens para o mercado de trabalho.⁶

Leia-se os seguintes trechos de decisões superiores mostrando a integração, na expressão “assistência social”, de atividades previdenciárias e de atuação na área da saúde, o que justificou a postura do Supremo de que o conceito de assistência social é mais amplo do que aquele que uma interpretação gramatical da Constituição sugeriria:

Ministro ILMAR GALVÃO:

“A assistência social hodiernamente não se resume à caridade pública, podendo, também, realizar-se por meio da previdência, que corresponde à assistência preventiva, destinada aos impossibilitados de continuarem trabalhando e à família dos que sucumbem.”⁷

Ministro OCTÁVIO GALLOTTI (1ª Turma):

6 O Ministro MOREIRA ALVES na ADIn 2.028-5 e 2.036-6, ao conceder medida liminar esclarece: “Com efeito, as próprias informações do Exmo. Sr. Presidente da República, com relação ao conceito de assistência social, invocam lição de CESARINO JÚNIOR, segundo a qual ‘a forma típica de assistência social é aquela destinada a assegurar os meios de vida aos indigentes’, e por isso, para opor-se a assistência social à previdência, ‘podemos definir o direito assistencial como a parte do Direito Social relativa à concessão aos hipossuficientes dos meios de satisfação de suas necessidades vitais, sem qualquer contraprestação de sua parte’. E entre essas necessidades se encontram as relativas à saúde e também à educação, esta como meio para atender a objetivos visados pelo art. 203, como o amparo às crianças e adolescentes carentes e à promoção da integração no mercado de trabalho.

Do exame sistemático da Constituição, *verifica-se que a Seção relativa à Assistência Social não é exauriente do que se deve entender como Assistência Social*, pois, além de não se referir a carentes em geral, mas apenas a família, crianças, adolescentes, velhos e portadores de deficiência sem sequer exigir de todos estes que sejam carentes, preceitua, em seu art. 203, que ela se fará independentemente de contribuição à seguridade social, a indicar que será gratuita, o que só se compatibilizará com o disposto no parágrafo único do art. 149 que permite que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituam contribuição cobrada de seus servidores para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social – se se entender que, para a Constituição, o conceito de assistência social é mais amplo não só do doutrinário, mas também do adotado pelo art. 203 para a disciplina específica prevista nele e no dispositivo que se lhe segue” (p. 139/140). (grifos meus)

7 AC 101.394/PR, no extinto Tribunal Federal de Recursos, RJ 7/7/46/75, J. 30.06.1988, DJ 31.10.1988.

“Não ignoro que a evolução social dos tempos modernos está a sugerir um conceito de assistência social não estritamente vinculado aos pressupostos de caridade, da benemerência, do humanitarismo, da filantropia.

Mas a imunidade tributária constitucional continua a ser estímulo ao altruísmo (desprendimento de alguém em proveito de outrem).”⁸

Ministro MOREIRA ALVES:

“Preliminar de mérito que se ultrapassa porque o conceito mais lato de assistência social – e que é admitido pela Constituição – é o que parece deva ser adotado para a caracterização da assistência prestada por entidades beneficentes, tendo em vista o cunho nitidamente social da Carta Magna.”⁹

Ministro MOREIRA ALVES:

“A assistência social tem sempre finalidade pública, seja quando propicia o bem-estar de um grupo de empregados e empregadores, seja quando o faz a toda coletividade.

Porque a natureza pública da instituição não provém da generalidade dos seus participantes e beneficiários, mas dos fins sociais a que atende.”¹⁰

Creio, portanto, não me ter enganado, quando, em 1990, ao comentar o art. 150, inciso VI, a da Constituição Federal, formulei a teoria dos conceitos de assistência social *lato sensu* e *stricto sensu*, aquele rigorosamente abrangente da seguridade social com as três áreas interligadas, e este, reduzido, exclusivamente, às ações estritas de assistência social, independentemente de assistência na área de saúde e da previdência.

Por outra linha de raciocínio, cheguei a idênticas conclusões, mas a partir da permanência da dicção constitucional anterior (EC 1/69), no texto de 88, e afirmando que entidades fechadas de previdência social, na perfilação *lato sensu*, eram entidades de assistência social por força de seu objeto, desde que *entidades sem fins lucrativos*:

“Em relação a entidades de assistência social, cujo perfil desenhado pela jurisprudência abrange inclusive as entidades fechadas de previdência privada, o constituinte optou por duas conformações de assistência social. A conformação *lato sensu*, que abrange previdência, saúde e assistência social propriamente dita, e a *stricto sensu*, que só hospeda a assistência social, fora das hipóteses previdenciárias e de

8 RE 89.012/SP

9 ADIn 2.036-6/DF.

10 RE 89.012/SP

saúde. O artigo da assistência social *stricto sensu* está assim redigido no capítulo da seguridade social:

'Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV – a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.'

O Tribunal Federal de Recursos já definiu que a imunidade tributária constitucional hospeda o gênero 'assistência social', o que implica o estalajar as diversas formas de seguridade. A manutenção no atual do mesmo texto da Emenda Constitucional nº 1/69, já pacificado pela jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos, hoje Superior Tribunal de Justiça, permite, pois, aceitar tal exegese, de resto, conforme a interpretação da esmagadora maioria dos juristas brasileiros. Em outras palavras, as instituições, a que se refere o art. 150, VI, são de assistência social *lato sensu* e não *stricto sensu*.¹¹

É interessante notar que o Supremo Tribunal Federal, em função do objeto (previdência), considerou as entidades denominadas "não contributivas" como de assistência social, nada obstante ambas as entidades (as contributivas e as não contributivas) serem sem fins lucrativos e objetivarem, em planos de previdência, proteger a velhice de seus beneficiários.¹²

O ponto que, todavia, merece reflexão da Suprema Corte, nada obstante a decisão do caso CERES (RE 202.700/DF) à luz de argumentos

11 *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva, v. 6, t. I, 1990, p. 183.

12 "Previdência Privada e Gratuidade – A imunidade tributária conferida a instituições de assistência social sem fins lucrativos (CF, art. 150, VI, c) alcança aquelas entidades fechadas de previdência privada nas quais não há a contribuição dos empregados, mas tão-só a do patrocinador. Com esse entendimento, o Tribunal manteve acórdão do TRF da 3ª Região que reconheceu a imunidade tributária de entidade de previdência privada mantida com contribuição exclusivamente do empregador. Salientou-se a distinção da espécie em relação à orientação firmada pelo Plenário no RE 202.700/DF, o qual se referia a entidade de previdência privada, de caráter oneroso, em que havia contribuição bilateral, tanto do empregado como do empregador (v. Informativo 249)." (RE 259.756/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, 28.11.2001) (RE-259.756) (grifos meus)

não levados, na ocasião, à sua exegese, é o que diz respeito à contribuição ou não dos beneficiários, que determinou, naquele caso, por 6 x 4, a não serem consideradas de assistência social as entidades que recebem contribuições dos beneficiários, e a serem de assistência social as entidades tidas por “não contributivas”.¹³

É neste ponto que me parece fundamental uma meditação ainda não realizada pela Suprema Corte, porque não lhe fora submetida até o presente.

O primeiro aspecto a ser considerado é o que diz respeito à contribuição, visto que é este o único elemento diferencial entre duas entidades sem fins lucrativos, que têm planos de previdência e saúde em que os beneficiários contribuem para umas e não para outras.

As perguntas, que formulo, são elementares, a saber:

1. poderiam as entidades “contributivas” atender aos planos de previdência e saúde apenas com a contribuição dos beneficiários?

2. as contribuições das empresas tornam-nas beneficiárias ou são exclusivamente destinadas à proteção à velhice dos empregados beneficiários?

3. são as empresas obrigadas a organizar tais planos de saúde ou foram eles organizados no intuito de beneficiar uma comunidade de trabalhadores?¹⁴

13 Do voto do Ministro Relator leia-se: “Parece-me, nesta linha de raciocínio, que as instituições assistenciais não podem ser confundidas ou comparadas com as entidades fechadas de previdência privada, de gênese contratual, uma vez que somente conferem benefícios aos seus filiados desde que esses recolham as contribuições pactuadas. Essas associações assim constituídas não possuem o caráter de universalidade como o é a assistência social oficial, do que se extrai que os serviços por elas realizados não podem ser entendidos como os de assistência social *stricto sensu*, em cooperação com o Poder Público, conforme decidiu esta Corte nos autos do RE 108.120-1, Relator o Ministro SYDNEY SANCHES, in: RTJ 125/750”. (RE 202.700/DF, Informativo STF 249, p. 4, nov. 2001)

14 EVERETT T. ALLEN JR., JOSEPH J. MELONE, JERRY S. ROSENBLUM e JACK L. VANDERHEI em seu livro *Planos de aposentadoria* lembram que nos países desenvolvidos, os planos de previdência privada – não tributados – têm função social relevante, dizendo: “A longevidade se constitui em uma fonte de insegurança econômica, na medida em que as pessoas podem viver além da idade que lhes possibilita uma situação financeira capaz de sustentar a si e aos seus dependentes. A extensão em que uma pessoa idosa terá capacidade financeira para cobrir os custos de sua manutenção e de seus dependentes vai depender do padrão de vida almejado para sua aposentadoria, das oportunidades de emprego e de outros recursos (como poupanças individuais, seguro social e patrimônio herdado) disponíveis.

O Padrão de Vida após a Aposentadoria

O pressuposto genérico é de que as necessidades financeiras de uma pessoa diminuem quando ela se aposenta. Em certa medida, é um pressuposto válido. É provável que o aposentado não tenha mais filhos que dependam dele e que já tenha adquirido casa própria e bens básicos durante sua vida profissional. Entretanto, é possível que a redução agregada atual das necessidades financeiras de uma pessoa que está se aposentando tenha sido superestimada. As expectativas e preferências pessoais desestimulam qualquer mudança drástica do padrão de vida depois da aposentadoria, e há uma tendência crescente entre os aposentados de permanecerem na ativa, particularmente em se tratando de atividades cívicas, sociais, viagens e outras atividades recreativas. Além disso, a urbanização, a mobilidade geográfica, as características populacionais e os novos hábitos culturais diminuiram as chances de pais aposentados morarem com seus filhos.

Um outro fator que impede a diminuição das necessidades financeiras dos aposentados é o custo elevado de cuidados médicos de longo prazo. Estima-se que uma entre quatro pessoas acima de 65 anos passa a viver em uma casa de repouso, e praticamente todas as famílias têm de enfrentar esse problema de planejamento financeiro” (ICSS, 1994, p. 4).

4. tais entidades, mantidas fundamentalmente pelas “empresas não beneficiárias”, auxiliam o governo, permitindo que o Estado atenda melhor a proteção à velhice do que a Previdência Oficial?

5. se não houvesse planos de previdência privada, poderia o Estado, só com a Previdência Oficial dar proteção à velhice, como determina o art. 203, inciso I?

6. nos planos atuariais elaborados pelo governo federal, através do Ministério da Previdência, em algum momento o imposto sobre a renda foi considerado para efeitos da determinação da contribuição, objetivando a preservação do patrimônio futuro para atender os beneficiários?¹⁵

7. Como conciliar o desequilíbrio entre as projeções atuariais do governo *sem imposto de renda* com a *exigência de imposto de renda* pelo próprio governo, em relação a todos os ativos que garantem o benefício futuro do empregado, desde a formação de fundos?

8. Por fim, não foi a própria Suprema Corte que considerou confiscatória a contribuição sobre os inativos do serviço público, visto que reduziria a “proteção à velhice” de tais funcionários. Por analogia, a redução dos benefícios futuros, à falta de seus cálculos nos planos atuariais, não se assemelharia ao mesmo efeito confiscatório da referida decisão na ADIn 2.010-12/DF?¹⁶

Tais perguntas – não feitas, nem respondidas nas duas ações retromencionadas (CERES e CONGEL) – levam a respostas que me parecem conduzir a uma identificação de objetivos e resultados, sejam “contributivas” ou “não”, as entidades referidas.

Ora, se as entidades consideradas “contributivas” *não podem existir só com as contribuições dos beneficiários*, há de se admitir que seriam inviáveis, não preencheriam suas finalidades, seriam insolventes se não houvesse a contribuição de entidades “não beneficiárias” para mantê-las.

Em outras palavras, as entidades, “contributivas” ou “não”, *só sobrevivem graças à contribuição de entidades não beneficiárias*, sendo

15 Todos os cálculos atuariais promovidos pela Secretaria da Previdência Privada do Ministério da Previdência não levam em consideração o imposto de renda dos fundos como elemento redutor das projeções do recolhimento futuro de aposentadorias por parte dos beneficiários.

16 O Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO sobre a inclusão de tributação nos vencimentos dos ativos escreveu: “É que a Constituição não tolera a utilização de tributo com efeito de confisco (CF, art. 150, IV). Como se chega a essa conclusão? Qual seria o conceito de ‘tributo com efeito de confisco?’ O conceito é indeterminado, caso em que o juiz laborará em área que chamaríamos de ‘área cinzenta’. Em primeiro lugar, a questão, ao que me parece, deve ser examinada no conjunto de tributos que o servidor pagará, no seu contracheque, dado que se trata de tributo incidente sobre o vencimento, salário ou provento. Este é, também, o entendimento de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (*Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva, v. IV, p. 161 e ss.), como lembrado pelo Sr. Ministro Relator. Ademais, o efeito de confisco se caracterizaria, sobretudo, no fato, por exemplo, de o servidor, em razão da exigência fiscal, ter que se privar de bens ou utilidades de que vinha se utilizando” (Pesquisas tributárias. Nova Série Direitos Fundamentais do Contribuinte, n. 6, CEU/Revista dos Tribunais, 2000, p. 52).

apenas diferente o nível de tais contribuições, ou seja, *total* nas “não contributivas” e *parcial* nas “contributivas”. É, porém, graças à contribuição das empresas “não beneficiárias” que tais entidades podem preencher suas finalidades, *relembrando que são entidades sem fins lucrativos*.

Já não decidiu o Supremo Tribunal Federal que a remuneração de entidades de saúde por serviços prestados (ADIn 2.028/DF – ação que patrocinei) não desnatura a assistência social, visto que tais entidades não são “filantrópicas”, mas “beneficentes” e que a “filantropia” é espécie do gênero “beneficência”? Leia-se no voto do eminente Ministro MOREIRA ALVES a seguinte observação:

“Com efeito, a Constituição, ao conceder imunidade às entidades beneficentes de assistência social, o fez para que fossem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios auxiliados nesse terreno de assistência aos carentes por entidades que também dispusessem de recursos para tal atendimento gratuito, estabelecendo que a lei determinaria as exigências necessárias para que se estabelecessem os requisitos necessários para que as entidades pudessem ser consideradas beneficentes de assistência social. É evidente que tais entidades, para serem beneficentes, teriam de ser filantrópicas (por isso, o inciso II do art. 55 da Lei nº 8.212/91, que continua em vigor, exige que a entidade ‘seja portadora do Certificado ou do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Serviço Social, renovado a cada três anos’), *mas não exclusivamente filantrópica, até porque as que o são não o são para o gozo de benefícios fiscais, e esse benefício concedido pelo § 7º do art. 195 não o foi para estimular a criação de entidades exclusivamente filantrópicas, mas, sim, das que, também sendo filantrópicas sem o serem integralmente, atendessem às exigências legais para que se impedisse que qualquer entidade, desde que praticasse atos de assistência filantrópica a carentes, gozasse da imunidade, que é total, de contribuição para a seguridade social, ainda que não fosse reconhecida como de utilidade pública, seus dirigentes tivessem remuneração ou vantagens, ou se destinassem elas a fins lucrativos. Aliás, são essas entidades – que, por não serem exclusivamente filantrópicas, têm melhores condições de atendimento aos carentes a quem o prestam – que devem ter sua criação estimulada para o auxílio ao Estado nesse setor, máxime em época em que, como a atual, são escassas as doações para a manutenção das que se dedicam exclusivamente à filantropia.”¹⁷*

Ora, se a Suprema Corte já decidiu que a imunidade das entidades de assistência social independe de receber ou não pagamento por serviços prestados, bastando que sejam sem fins lucrativos e voltadas ao bem dos

17 ADIn nºs 2.028-5 e 2.036-6 (Medida liminar).

outros e não dos seus detentores, por que tributar entidades de “proteção à velhice”, que só existem porque empresas “não beneficiárias” contribuem, ao lado de “beneficiários”, para instituições sem fins lucrativos, objetivando a prover o futuro de determinada comunidade?

Obviamente, a partir da resposta à primeira questão suscitada, de que sem a contribuição das “não beneficiárias” as entidades “contributivas” seriam inviáveis, todas as demais respostas às questões formuladas são negativas ou indutivas de inviabilização de tais organismos, sem a garantia da imunidade. É de se lembrar, inclusive, de que não poderiam cumprir as projeções atuariais do governo, que foram elaboradas pelo Ministério da Previdência *sem imposto de renda*, com a inclusão deste tributo por outro departamento governamental.¹⁸

Parece-me, portanto, que tais questões, ainda não suscitadas e nem respondidas pelo Pretório Excelso, merecem reflexão daquela Corte, para que se conciliem as diversas decisões, no que denomino de interpretação construtiva. E, de plano, à luz da decisão no “Caso CERES”, afastado do gozo da imunidade todas as entidades *em que as contribuições venham exclusivamente dos beneficiários*, algumas delas, inclusive, de finalidades lucrativas (entidades abertas de previdência privada).

Resta a questão da generalidade e universalidade, abordada no “Caso CERES” e superada no “Caso CONGEL”, visto que tanto em uma quanto na outra entidade, o universo dos beneficiários é o dos participantes do sistema, sendo a disciplina legal a todos os participantes dos dois tipos de instituições, beneficiários com idêntico e não diferenciado tratamento.

Em outras palavras, no caso CERES a questão foi tangenciada, mas superada no caso CONGEL – e neste a votação foi 10 x 0 –, em que o elemento diferenciador para considerar uma entidade assistencial ou não, foi ser ela recepiendária de contribuições dos beneficiários ou não, nada obstante as duas só poderem sobreviver à custa das contribuições de “não beneficiários” e serem rigorosamente iguais em seus objetivos e no fato de terem sido constituídas sem fins lucrativos.¹⁹

18 O imposto sobre a renda, à semelhança da decisão do STF sobre a inconstitucionalidade da tributação sobre inativos do serviço público, tornaria inviável tais planos e atingidos os futuros benefícios. Lembro o voto do Ministro MARCO AURÉLIO naquela ADIn: “Surge a problemática referente ao confisco. Aprecio qualquer causa, mesmo requerimento formulado em processo objetivo, a partir de fatos. Sem fatos não temos julgamento e aí, como ressaltado pelo eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA, não posso deixar de considerar o contexto, o qual revela que, quanto aos servidores, restou exacerbado o percentual final de dois tributos, e até mesmo um homem que certo veículo de comunicação apontou como possuidor de coração de leão, não chegaria ao ponto de deixar de reconhecer a ocorrência de confisco. Refiro-me ao proficiente Secretário da Receita Federal, Dr. EVERARDO MACIEL, no que o citado veículo alterou, com picardia, o patronímico de S. Exa.” (Pesquisas Tributárias. Nova Série, ob. cit., n. 6, p. 53)

19 É bem verdade que o Ministro JOSÉ CELSO DE MELLO fundamenta seu voto da forma mais teórica, à luz dos livros de LEOPOLDO BRAGA: “E, sob tal perspectiva, cumpre considerar as características essenciais de uma instituição, tais como definida por LEOPOLDO BRAGA (*Do conceito jurídico de instituições de educação ou de assistência social*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1971, p. 128-148), que delas

Em face dos elementos atrás expostos, parece-me que ainda não está pacificada a questão da imunidade das entidades de previdência privada e de assistência à saúde. A decisão da CERES (6 x 4) perante a decisão da CONGEL (10 x 0) e da Confederação das Santas Casas (10 x 0), poderá ser reexaminada, levando-se em consideração os elementos constantes deste parecer e dos próprios fundamentos alinhados pela Suprema Corte no exame deste ainda imperfilado instituto da imunidade perante os Tribunais. O certo é que com “contribuições” ou “não” de “beneficiários” nenhuma entidade de previdência privada ou de assistência à saúde, sem fins lucrativos, poderia subsistir sem a contribuição das “entidades não beneficiárias”.

Isto posto, concludo considerando que a matéria objeto deste estudo ainda está em aberto. Lembro que o § 7º do art. 195 fala em entidades beneficentes e não em filantrópicas e que o art. 199, § 1º, fala em *instituições filantrópicas e sem fins lucrativos*, ambas consideradas imunes na ADIn 2.028/99. Está assim redigido o § 1º do art. 199:

“As instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, *tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.*”²⁰ (grifos meus)

E, na própria ADIn 2.028-99/DF, o Ministro MARCO AURÉLIO, o primeiro a conceder, monocraticamente, a medida liminar, claramente fez a

destaca, como expressões relevantes, finalidade de ordem pública, a *gratuidade ou ausência de intuito lucrativo* e a generalidade na prestação de serviços ou na distribuição de utilidades e benefícios, sempre enfatizando, a propósito da configuração das instituições de assistência social, que estas, precisamente porque voltadas à ‘coletividade’, devem possuir caráter absolutamente desinteressado, impessoal e neutro.

Na realidade, as notas pertinentes à generalidade e à universalidade traduzem a idéia essencial à configuração jurídica como instituição de assistência social de que os serviços e os benefícios por ela prestados devem estender-se, ‘sem discriminações, restrições, preferências ou condições, a quantos deles necessitem, estejam no caso de merecê-los em paridade de situação com outros beneficiários contemplados’, consoante observa LEOPOLDO BRAGA (op. cit. , p. 145)” (RE 202.700-6/DF). Neste contexto coloca duas alternativas “gratuidade” ou “ausência de intuito lucrativo”.

- 20 Escrevi: “O § 1º confirma a interpretação que ofertei ao *caput* do art. 199. A assistência é livre à iniciativa privada, mas, se esta pretender atuar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, terá de se adaptar a regras oficiais. O regime jurídico deixa de ser aquele exposto no art. 173 da Constituição Federal e passa a ser o do art. 175.

Pelo primeiro, o regime jurídico é de direito privado. Pelo segundo, é de direito público.

O discurso do § 1º não oferta dúvidas. O verbo utilizado é ‘poder’ e não ‘dever’, o que significa que a livre iniciativa, por sua própria decisão, poderá integrar-se ao Sistema Único de Saúde, como poderá não se integrar, com o que ficará à margem das imposições pertinentes ao direito público.

O dispositivo oferta, todavia, apenas uma participação complementar. Como tal participação pressupõe o recebimento de incentivos e estímulos públicos, sempre que o próprio Poder Público tiver condições de organizar o sistema e dela prescindir, poderá aceitar ou não a participação da iniciativa privada, que atuará, nessa hipótese, de forma complementar.

Infelizmente, a qualidade do serviço público é tão baixa que o Poder Público é obrigado a incentivar a participação do segmento privado, sem poder escolher melhores alternativas, por força de sua própria desorganização e ineficiência” (*Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. Saraiva, v. 8, 2000, p. 170-172).

distinção, entendendo que os hospitais sem fins lucrativos que cobram por serviços prestados são imunes. São suas as palavras seguintes:

“As exigências estabelecidas em lei não podem implicar verdadeiro conflito com o sentido, revelado pelos costumes, da expressão ‘entidades beneficentes de assistência social’. Em síntese, a circunstância de a entidade, diante, até mesmo, do princípio isonômico, mesclar a prestação de serviços, fazendo-o gratuitamente aos menos favorecidos e de forma onerosa aos afortunados pela sorte, não a descaracteriza, não lhe retira a condição de beneficente. Antes, em face à escassez de doações nos dias de hoje, viabiliza a continuidade dos serviços, devendo ser levado em conta o somatório de despesas resultantes do funcionamento e que é decorrência do caráter impiedoso da vida econômica.”²¹

Considero, portanto, à luz dos argumentos retrotranscritos, que qualquer que seja a instituição de previdência privada ou instituição de assistência à saúde, sua imunidade, desde que respeitados os requisitos do art. 14 do CTN, está assegurada.

21 ADIn nºs 2.028-5 e 2.036-6/DF (medida liminar), p. 131 da cópia obtida junto ao STF.