PREVIDÊNCIA SOCIAL — MODIFICAÇÃO — EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98

IMUNIDADE DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA À LUZ DE DECISÕES DA SUPREMA CORTE — PARECER

CONSULTA

Formula- me, a consulente, as seguintes questões:

"A empresa possui planos de benefício definido (minoria) e de contribuição definida (maioria), havendo contribuição dos empregados e do patrocinador. Com relação às disposições do Decreto-lei 2.065/83, a empresa obteve sentença favorável em 1992, a qual transitou em julgado naquele ano. A partir do advento da Lei 9.532/97, o fundo passou a constituir provisão para contingências, tendo obtido liminar em mandado de segurança em fevereiro de 1998, relativamente ao direito da entidade à imunidade tributária, conforme artigo 150, Inciso VI da Constituição Federal.

Dessa forma, muito apreciaríamos parecer sobre:

a) Possibilidades de êxito nas ações em curso, em face das recentes decisões conflitantes do Supremo Tribunal Federal, a primeira contrária à tese de imunidade das entidades fechadas de previdência privada (não seriam entidades de assistência social) e a segunda favorável a estas mesmas entidades, desde que não haja contribuição dos beneficiários, o que confronta com decisão sobre a Lei no. 9.732/99, que declara que as entidades beneficentes de assistência social podem receber pagamentos por seus serviços, não havendo necessidade de serem filantrópicas para se beneficiar da imunidade do parágrafo 7º. do artigo 195 da Constituição Federal.

b) Avaliação dos benefícios da desistência das ações judiciais e pagamento das obrigações tributárias com redução de encargos moratórios, nos termos da Medida Provisória 2.222/01.

c) Comentários sobre os efeitos da tributação sobre os cálculos atuariais, os quais não consideram encargos tributários sobre as receitas da aplicação dos recursos dos fundos de pensão.

d) Tendo em vista que a empresa optou pelo RET — Regime Especial de Tributação, com efeitos a partir de 30 de setembro de 2001, se o referido fundo deveria recolher o imposto de renda apurado ou, alternativamente: (i) depositar os valores em juízo; ou (ii) simplesmente contabilizar a correspondente provisão (principal, juros de mora e multa)".

RESPOSTA

As questões propostas pela consulente merecem algumas considerações preambulares, antes de serem por mim respondidas.

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[1]

A segunda diz respeito à necessidade de compatibilização de alguns conceitos emiti-

1 Exemplo típico do ponto a merecer reanálise encontra-se na ementa da ADIN 2028-5, 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 artigo 195 só se refira a "lei" sem qualificá-la como complementar — e o mesmo ocorre quanto ao artigo

dos 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.

Começo pelo artigo 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" [1].

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 artigo 204, assim redigido:

"As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no

150, VI, "c", da Carta Magna essa expressão, ao invés de ser entendida como exceção ao princípio geral que se encontra no artigo 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 — D.J. 16/6/2000 — Ementário 1995-1).

1 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*, 8° vol., Ed. Saraiva, 2ª. ed., 2000).

art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: ..."[1]

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".[2]

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 n. 2028-DF), que tem tratamento constitucional próprio (artigo 196 a 200), integra conceitualmente a assistência social;

c) as instituições de previdência privada — repito, de previdência privada que não recebem contribuições de seus beneficiários são consideradas de "assistência social" (R.E. 259.756-RJ, 28/11/01).

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)

1 Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta o artigo 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 artigo 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, Unido, 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*, vol. 2, Ed. Saraiva,2°. ed., 1999, p. 219).

2 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 si, 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 incumbe de desempenhar a tutela assecurativa" (*Comentários à Constituição Brasileira*, 7°vol., Ed. Saraiva, 1995, p. 46).

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[1].

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"[2]

Ministro Octávio Gallotti (1ª Turma):

"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)"[3];

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"[4];

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."[5]

1 O Ministro Moreira Alves na ADIN 2028-5 e 2036-6, 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 artigo 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 artigo 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 artigo 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 artigo 203 para a disciplina específica prevista nele e no dispositivo que se lhe segue" (pp. 139/140) (grifos meus).

2 AC 101.394-PR, no extinto Tribunal Federal de Recursos, R.J. 7/7/ 46/75, julgamento 30/6/88, D.J. 31/10/1988.

3 RE 89.012SP.

4 ADI n. 2036-6-DF.

5 RE 89.012-SP.

Creio, portanto, não me ter enganado, quando, em 1990, ao comentar o artigo 150, inciso VI, letra "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 (E.C. n. 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 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 à 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 n. 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 senso"[1]

É interessante notar que o S.T.F., 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[2].

O ponto que, todavia, merece reflexão da Suprema Corte, nada obstante a decisão do caso CERES (R.E. 202.700-DF) à luz de argumentos não levados, na ocasião, à sua exegese, é o que diz respeito à contribuição ou

1 *Comentários à Constituição do Brasil*, 6° vol., tomo I, Ed. Saraiva, 1990, p. 183.

2 "*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 reconhecera 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-R.I, rel. Min. Marco Aurélio. 28.11.2001. (RE-259.756)* (grifos meus).

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"[1]

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 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 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, objetivando a proteção à velhice?[2]

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?

1 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 n. 108.120-1, relator Ministro Sidney Sanches, "in" RTJ 125/750" (RE 202.700-DF — Informativo STF 249, nov./2001, p. 4).

2 Everett T. Allen, Jr., Joseph J. Melone, Jerry S. Rosenbloom 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 diminuíram 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" (p. 4, ICSS Ed., 1994).

5) se não houvesse planos de previdência privada, poderia o Estado, só com a Previdência Oficial dar proteção à velhice, como determina o artigo 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?[1]

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 n. 2010-12-DF?[2]

Tais perguntas — não feitas, nem respondidas nas duas ações retro-mencionadas (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 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 n. 2028-DF) 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 es-

1 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.

2 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 (C.F. 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 juíz 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, vol. IV, pp. 161 e seguintes), 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 n. 6 — Nova série, Direitos Fundamentais do Contribuinte*, Ed. CEU/Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 52).

tabelecessem 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 artigo 55 da Lei 8.212/91, que continua em vigor, exige que a entidade "seja portadora do Certificado ou do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, 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 artigo 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"[1].

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 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 dos "não beneficiários" 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[2].

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", afasto 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

1 ADINs n. 2028-5 e 2036-6 (Medida Liminar).

2 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 Mauricio 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 6* — Nova Série, ob. cit. p. 53).

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 obstande 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[1].

Em face dos elementos atrás expostos, parece-me que ainda não está pacificada a questão da imunidade das entidades de previdência privada. 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, sem fins lucrativos, poderia subsistir sem a contribuição das "*entidades não beneficiárias*".

Isto posto, passo a responder de forma sintética às questões formuladas:

1) Considero que a matéria ainda está em aberto. Lembro que o § 7° do artigo 195 fala em entidades beneficentes e não em filantrópicas e que o artigo 199, § 1°, fala *em instituições filantrópicas e sem fins lucrativos*, ambas consideradas imunes na ADIN n. 2028/99. Está assim redigido o § 1° do artigo 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." (grifos meus)[2]

1 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", p. 128/148, 2 A ed., 1971, Rio de Janeiro), que delas 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".

2 Escrevi: "O § 1° 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 § 1° 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.

E, na própria ADIN n. 2028-DF/99, o Ministro Marco Aurélio, o primeiro a conceder, monocraticamente, a medida liminar, claramente fez a 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"[1].

2) No que diz respeito aos benefícios proporcionados pela desistência das ações judiciais em face da Medida Provisória n. 2.222/01, trata-se de matéria de caráter não jurídico, razão pela qual prefiro não respondê-la, visto que representará, a decisão de usufruí-los ou não, ato de gestão da entidade, que ponderará sobre os aspectos econômicos da transação judicial. Lembro, apenas, que o simples fato da MP 2.222/01 eliminar série enorme de obrigações tributárias, decorre da insegurança do governo em saber se terá ou não êxito final nas questões judiciais. Tivesse certeza de resultado favorável e não haveria a MP 2.222/01.

3) Já comentei no corpo do parecer a inexistência de tais cálculos, praticamente inviabilizando os benefícios futuros com o pagamento de imposto de renda sobre o estoque da "dívida", além de cumprir as exigências atuais. Vejo enorme semelhança entre a inviabilização dos futuros benefícios, à falta de projeções atuariais firmadas pelo próprio governo, e a declaração de inconstitucionalidade na ADIN n. 2.010/98 de lei que pretendia cobrar de servidores inativos contribuição social sobre seus benefícios.

4) A última questão comporta três rápidas considerações.

A primeira delas é de que o recolhimento do imposto sobre a renda só é "limpo", isto é, sem encargos adicionais, por força da transação judicial. Assim sendo, se a consulente deixar de recolher o "tributo" em montante reduzido, nos prazos acordados, perderá os benefícios de regime especial e terá que suportar os encargos, se vier a perder a ação.

A segunda delas é de que, se estiver protegida por liminar ou decisão, o depósito seria o ideal, pois, em caso de sucesso na demanda, os valores poderão ser recuperados, de imediato, pela consulente. Se houver insucesso, não haverá ônus, visto que os depósitos seriam transformados em renda da União, nos termos da Lei n. 9.430/96, artigo 63[2].

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*, 8° vol., Ed. Saraiva, T. ed., 2000, pp. 170/172).

1 ADINs 2028-5 e 2036-6-DF (Medida Liminar), p. 131 da cópia obtida junto ao STF.

2 A dicção legislativa do comando é a seguinte: Art. 63. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do artigo 151 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966.

§ 1° O disposto neste artigo aplica-se exclusivamente, aos casos em que a pensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer provimento de ofício a ele relativo.

§ 2° A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição".

Se pretender continuar, a consulente, discutindo, sem depósito, mas com contabilização de provisão, correrá o risco, em caso de insucesso, de ter que pagar o tributo, ao final, com todos os acréscimos legais, se não houver proteção judicial por concessão de medida liminar ou de sentença.

É a minha opinião.

S.M.J.

São Paulo, 21 de Janeiro de 2002.

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.