LEGITIMIDADE ATIVA PARA CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE — IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS ENTIDADES SINDICAIS

CONSULTA

Formula-me, a Consulente, a seguinte consulta:

"Em aditamento ao nosso ofício 202/99-G.P. de 14/04/99, reiterando seus dizeres, queremos confirmar a Vossa Senhoria estarmos de acordo com a elaboração do trabalho exposto em sua carta de 26/03/99, qual seja a de dar parecer sobre a legitimidade desta Associação para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Mandado de Segurança, para assegurar-nos a imunidade do artigo 150, VI, "c" da Constituição Federal".

RESPOSTA

Enfrento, de início, a questão mais procelosa da consulta, qual seja, o direito de propor ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal[1].

De início, é de se ressaltar que a jurisprudência da Suprema Corte não é favorável à pretensão da consulente de ostentar legitimidade ativa, como, a título apenas exemplificativo, enumero:

1) "STF — AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — MEDIDA CAUTELAR Nº 77 — Julg. 19/03/1992.

1 No livro, que coordenei com Gilmar Ferreira Mendes intitulado "Ação Declaratória de Constitucionalidade" (Editora Saraiva, 1996, 1ª ed. 3ª tiragem), abordaram, seus autores, a questão, ainda a depender de legislação processual, sobre a legitimidade ativa das entidades de classe de âmbito nacional. Escreveram para a obra: Ana Maria Scartezzini, Arnoldo Wald, Celso Ribeiro Bastos, Edvaldo Brito, Fátima Fernandes de Souza Garcia, Gilmar Ferreira Mendes, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, José Rogério Cruz e Tucci, Marcelo Figueiredo.

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade — Legitimação ativa — Entidade Nacional de Classe —

Critérios de identificação

1. Considera-se entidade nacional de classe, legitimada para a ação direta (CF, art. 103, IX), a *associação* brasileira da indústria de artigos e equipamentos médicos, odontológicos, hospitalares e de laboratórios, uma vez que (1) a especificidade do ramo industrial a que se dedicam as empresas congregadas permite a identificação de uma categoria econômica diferenciada e (2) suas associadas têm sede em mais de nove unidades federadas, de modo a comprovar, segundo o critério do *art. 12 da lei orgânica dos partidos políticos, aplicável por analogia, o seu caráter nacional.*

2. Declara-se parte ilegítima para a mesma ação direta a *associação* brasileira de consultores tributários: ainda que se devessem reputar os seus associados como integrantes de uma mesma categoria profissional, a entidade não demonstrou o seu efetivo caráter nacional; por outro lado, não se comprovando que entre eles figure qualquer pessoa jurídica, falta o nexo de pertinência entre a entidade e o tema das normas legais impugnadas (imposto sobre a renda de pessoas jurídicas), necessárias a legitimação ativa na hipótese do art. 103, IX, da Constituição (CF. ADIN 305, 22/05/91).

II. Ação Direta de Inconstitucionalidade: descabimento, segundo a orientação do STF, para aferir da compatibilidade do direito ordinário anterior em face da Constituição superveniente (CF. ADIN 2, 06/02/92, Brossard): ressalva da opinião contrária do relator desta.

III. Ação Direta de Inconstitucionalidade: medida cautelar. A orientação do STF é que, em princípio — e sobretudo em matéria tributária, onde o "periculum in mora" é, de regra, bilateral — não se defere a suspensão liminar de preceitos que já vigem há diversos anos"[1];

2) "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — QUESTÃO DE ORDEM. EMENTA: Ação Direta de inconstitucionalidade — Controle normativo abstrato — Legitimidade ativa "ad causam" — Entidade de classe — Não configuração — Carência de ação.

O controle jurisdicional "in abstracto" da constitucionalidade das leis e atos normativos federais ou estaduais, perante o Supremo Tribunal Federal, suscita, dentre as múltiplas questões existentes, a análise do tema concernente a quem pode ativar, mediante ação direta, a jurisdição constitucional concentrada desta Corte. Entre a legitimidade exclusiva e a legitimidade universal, optou o constituinte pela tese da legitimidade restrita e concorrente, partilhando, entre diversos órgãos, agentes ou instituições, a qualidade para agir em sede jurisdicional concentrada (v. CF/88, art. 103).

Dentre as pessoas ativamente legitimadas "ad causam" para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade estão as entidades de classe de âmbito nacional (CF, art. 103, IX).

O Supremo Tribunal Federal tem salientado, em sucessivos pronunciamentos a propósito do tema, *que não se qualificam como entidades de classe aquelas que, congregando pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações.* Em tais hipóteses, tem-se-lhes negado a qualidade reclamada pelo texto constitucional, pois pessoas jurídicas, ainda que coletivamente representativas de categorias profissionais ou econômicas, não formam classe alguma. Precedentes".[2];

3) "STF — AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — QUESTÃO DE ORDEM — Nº 61 — Julg. 29/08/1990.

1 JUIS — Jurisprudência Informatizada Saraiva, Legislação federal, ano 1988, art. 00103, inc. 0009.

2 Nº 108 — ACÓRDÃO MESMO SENTIDO: NUM-0000079 ANO-92 UF-DF TURMA-TP Min-155 DJ data 05/06/92 PP-08426 EMENT VOL-01644 PP-00001 — Julg. 13/04/1992.

EMENTA: I. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Legitimação: Entidade nacional de classe: Conceito. *Não constitui entidade de classe*, para legitimar-se a ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX) *associação civil* (Associação brasileira de defesa do cidadão), *votada a finalidade altruísta de* promoção e defesa de aspirações cívicas de toda a cidadania.

2. Ação direta de inconstitucionalidade: Lei revogada sob a vigência da Constituição anterior.

Não cabe ação direta para questionar da validade de lei revogada na vigência do regime constitucional anterior, quando se terão exaurido os seus efeitos concretos"[1];

4) "STF — AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — Nº 42 — julg. 24/09/1992.

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Legitimidade ativa. Entidade de classe de âmbito nacional. Caracterização. Art. 103, IX, CF.

Associação que reúne empresas, sociedades de companhias abertas, pessoas jurídicas de direito privado não caracteriza entidade de classe de âmbito nacional legitimada para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade. Necessidade de unidade, em caráter permanente, de interesse daqueles que empreendem atividade profissional idêntica. Ação não conhecida. Ilegitimidade ativa "ad causam" "[2];

5) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — MEDIDA CAUTELAR — Nº 1486 — JULGAMENTO: 12/09/1996. EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 70/91. Pedido de liminar. *Falta de legitimidade ativa.* Ademais, no caso, só é cabível o controle difuso de constitucionalidade. Trata-se de uma *associação que não congrega as empresas jornalísticas em geral, mas apenas uma fração delas*, ou seja, as situadas em município do interior dos Estados-membros.

Ora, esta Corte, em casos análogos, tem entendido que há entidade de classe quando a associação abarca uma categoria profissional ou econômica no seu todo, e não quando apenas abrange, ainda que tenha âmbito nacional, uma fração de uma dessas categorias (assim, a título exemplificativo, nas ADINS 846 e 1297, com referência a entidade que abarcava fração de categoria funcional, e na ADIN 1295, relativa à associação de concessionárias ligadas pelo interesse contingente de terem concessão comercial de um produtor de veículos automotores).

Ademais, não se atacando dispositivo da Lei Complementar em causa que tenha determinado expressamente a sua aplicação a operações relativas a jornais, mas, sim, a aplicação concreta dessa lei a tais operações, o controle de constitucionalidade cabível é apenas o difuso.

Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida, ficando prejudicado o pedido de liminar"[3];

6) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — MEDIDA CAUTELAR — Nº 1427 — JULGAMENTO: 17/05/1996. EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade.

Confederação dos Servidores Públicos do Brasil. 2. Não se enquadra a autora no âmbito do art. 103, IX, da Constituição, por não se tratar de Confederação sindical, nem de associação de classe de âmbito nacional, de acordo com a noção que desta última assentou a jurisprudência do STF. 3. Precedentes do Tribunal não reconhecendo à autora legitimidade ativa "ad causam", para a ação direta de inconstitucionalidade prevista no art. 102, I, le-

1 JUIS — Jurisprudência Informatizada Saraiva — Legislação Federal, CF. ano 1988, art. 00103, Inc. 0009.

2 JUIS Jurisprudência Informatizada Saraiva, CF ano 1988, art. 0005, inc. 0070, letra B, inc. 0071, par. 0001, art. 0034, inc. 0007, art. 0060, par. 004, art. 00103.

3 JUIS Jurisprudência Informatizada Saraiva, Leg. Fed. LCP 00070, ano 1991, obs. Votação unânime, resultado: não conhecida, Veja ADIMC-846, RTJ 150/719.

tra "a", da Constituição (ADINS nº 444 (RTJ 137/82) e 324-DF (RTJ 154/6). 4. Entidade caracterizada por hibridismo em sua composição, na linha da compreensão dada a associações de tal natureza na ADIN nº 353 (RTJ 147/401). 5. Ação direta de inconstitucionalidade de que não se o conhece, por ilegitimidade ativa "ad causam" da autora"[1];

7) AG. REG. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — Nº 1161 — JULGAMENTO: 15/02/1995. EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação: entidade de classe de âmbito nacional: inteligência.

Para fins de legitimar-se a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, não se reputa "entidade de classe de âmbito nacional" a associação de empregados de uma mesma e única empresa, de atividade econômica não monopolística, *malgrado abrangente de todo o país* (precedentes: ADIN 34, Gallotti, RTJ 128/481; ADIN 987, Galvão)" (grifos meus)[2];

8) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — MEDIDA CAUTELAR — Nº 398 — JULGAMENTO: 01/02/1991. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. FEDERAÇÃO NACIONAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. ART. 103, INCISO IX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SENDO A AUTORA UMA ASSOCIAÇÃO SINDICAL (FEDERAÇÃO NACIONAL QUE REÚNE SINDICATOS DE 5 ESTADOS) E NÃO UMA CONFEDERAÇÃO SINDICAL, COMO EXIGE O INC. IX DO ART. 103 DA C.F. NÃO TEM LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO NÃO-CONHECIDA"[3];

9) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — MEDIDA CAUTELAR — Nº 976 — JULGAMENTO: 09/12/1993. EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA. ASSOCIAÇÃO DOS ENGENHEIROS DA PETROBRÁS — AEPET. C.F. ART. 103, IX. I. Associação de empregados de determinada empresa não tem legitimidade para aforar ação direta de inconstitucionalidade. Tem-se, em caso assim, fração de determinada categoria funcional. II. Precedentes do STF: ADIN 34, Rel. Min. Octávio Gallotti; ADIN 353, Rel. Min. Celso de Mello.

III. Ação direta de inconstitucionalidade não-conhecida"[4];

10) AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — MEDIDA CAUTELAR — Nº 139 — JULGAMENTO: 21/09/1990. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — ASSOCIAÇÕES DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS.

É DE ADMITIR-SE, EM FACE MESMO DO DECIDIDO EM PRECEDENTE SOBRE HIPÓTESE SÍMILE (ADIN 138-RJ), QUE A ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS POSSUI LEGITIMIDADE ATIVA PARA PROPOR AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM QUE TRATA DE IMPUGNAR VINCULAÇÕES OU EQUIPARAÇÕES DE VENCIMENTOS OU PROVENTOS DE INTEGRANTES DE CATEGORIAS FUNCIONAIS AOS VENCIMENTOS OU PROVENTOS DOS MAGISTRADOS.

A MEDIDA CAUTELAR, PARA SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO ART. 82 DO ADCT DA NOVA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, NÃO É DE SER CONCEDIDA, SE NÃO SE TEM, DE PRONTO, COMO RELEVANTES OS FUNDAMENTOS DE DIREITO ("FUMUS BONI IURIS"), NEM FORAM FORNECIDOS QUAISQUER DADOS QUE LEVEM

1 JUIS Jurisprudência Informatizada Saraiva, Leg. Fed. ano 1988, art. 102, inc. 001, letra "a", art. 103, inc. 9.

2 JUIS Jurisprudência Informatizada Saraiva, Leg. Fed. CF, ano 1988, art. 005, inc. 0024, inc. 0070.

3 JUIS Jurisprudência Informatizada Saraiva, Leg. Fed. CF ano 1988, art. 00103, inc. 0009.

4 JUIS Jurisprudência Informatizada Saraiva, Leg. Fed. CF 1988.

A QUE SE TENHA COMO CARACTERIZADO O "PERICULUM IN MORA", TENDO HAVIDO, A RESPEITO, APENAS VAGA ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO PARA O ERÁRIO DO ESTADO"[1].

Nada obstante tal entendimento da Suprema Corte, considero que os principais argumentos para justificar ou não a legitimidade ativa de uma entidade de classe de âmbito nacional, não foram, ainda, inteiramente examinados pelo Pretório Excelso.

A meu ver, a consulente tem legitimidade ativa para propor ação direta de inconstitucionalidade por força dos argumentos que abaixo passo a descrever.

A ação direta de inconstitucionalidade é uma ação que permite ao Supremo Tribunal Federal decidir, abstratamente, se uma norma é ou não constitucional. Se a decisão for contrária à constitucionalidade, o Tribunal suspende a eficácia da norma provisoriamente, desde que a decisão seja tomada em processo cautelar, ou definitivamente, sempre que se tratar de julgamento final. No primeiro caso, quase sempre a eficácia do decidido é "ex nunc"; no segundo caso, quase sempre sua eficácia é "ex tunc", por não se limitar a suspender a eficácia da lei, mas retirá-la do universo jurídico do país.[2]

À falta de lei processual regulamentadora

1 JUIS Jurisprudência Informatizada Saraiva, Leg. Fed. CF ano 1988, art. 0037, inc. 0013, art. 0040, par. 0003, art. 0040, par. 0004.

2 Escrevi: "O primeiro diz respeito à liminar concedida no processo cautelar da ação direta de inconstitucionalidade. Por ser da natureza dessa medida garantir os efeitos definitivos da ação — visto que no processo cautelar garante a liminar a utilidade do provimento decorrente de prestação jurisdicional principal, ao contrário da liminar em mandado de segurança, que garante o próprio direito lesado ou ameaçado — tem o STF entendido desde a Representação 1391/CE, que os efeitos da liminar são *ex nunc* e não *ex tunc*.

À primeira vista, poder-se-ia admitir, numa aproximação menos avisada, que tais efeitos permitiriam a existência de uma dupla interpretação, semelhante ao direito alemão, isto é, de que a norma seria constitucional e inconstitucional, sendo constitucional até a decretação de sua suspensão e inconstitucional a partir dela. Seria uma espécie de norma material hermafrodita, com duplo e simultâneo perfil de constitucionalidade e inconstitucionalidade, durante a vigência da liminar.

Em outras palavras, numa visão mais apressada, aquela decisão tem sido interpretada como se a norma material — não a processual — fosse constitucional e inconstitucional no tempo, valendo sua constitucionalidade anterior na plenitude até a declaração de sua inconstitucionalidade. Meridianamente, não foi isto que a Suprema Corte decidiu naquela ocasião.

O que tem decidido a Suprema Corte, nas liminares concedidas contra o Poder Público no processo cautelar de ações diretas, é que a liminar suspende a eficácia e a vigência da norma, mas não desconstitui ainda as relações jurídicas constituídas e completadas. Em outras palavras, as relações jurídicas já constituídas, à luz de um direito tido por constitucional, não serão desconstituídos por força da medida liminar, mas apenas pela decisão definitiva ou pela discussão em sede de controle difuso. Se a mera suspensão da vigência e eficácia da norma com efeitos *ex nunc* exteriorizasse a constitucionalização desta norma no tempo pretérito, atingido estaria o próprio direito à discussão da relação jurídica conformada pela norma, via controle difuso, visto que ao declarar, o Supremo Tribunal Federal, a norma constitucional, para o futuro, consolidaria sua constitucionalização para o tempo pretérito, aberração inadmissível no direito pátrio.

E, à nitidez, fosse correta esta exegese, a eficácia *ex nunc* e o efeito vinculante teriam, de forma absoluta, assegurado a inconstitucionalidade futura, vedando ao Poder atuar de acordo com a norma, e garantindo ao Poder Público a constitucionalidade pretérita, sem qualquer direito do cidadão, seja via controle difuso, seja pela negativa de cumprimento de lei ou ato não-constitucional, de opor-se à norma tida por violadora da lei suprema.

Nada seria tão ilógico quanto ofertar esta visão de hermafroditismo jurídico, com dupla conformação da norma, a de ser e não ser constitucional no tempo.

Há, portanto, que distinguir os dois efeitos da liminar, ou seja, o primeiro de suspender a vigência e

dos artigos 102, inciso I e 103 da Constituição Federal, tem prevalecido a conformação regulamentar que a Suprema Corte lhe ofertou, ou seja, de que as liminares devem ser concedidas pelo plenário em provimentos cautelares, a não ser que a urgência obrigue um Ministro a decidir, levando, todavia, a questão à apreciação de seus pares na primeira sessão do Tribunal, a fim de que possa ser confirmada ou não a decisão monocrática que adotou.

Em outras palavras, no controle concentrado, à falta de lei processual ainda não elaborada pelo Legislativo, o Supremo tem conformado sua orientação à luz do tratamento que dera, no passado, às representações do Ministério Público sobre a discussão, em tese, da constitucionalidade ou não de ato legislativo, por ser a Suprema Corte a guardiã da Constituição[1]

Parece-me, todavia, que a interpretação restritiva da "legitimidade ativa", que a Suprema Corte tem ofertado ao texto constitucional, não é aquela que o constituinte intentou, ou seja, a de legitimar dois tipos de entidades, as confederações e as entidades de classe de âmbito nacional. Com efeito, apenas as confederações sindicais patronais e de empregados têm sido aceitas como autorizadas a propor ação direta e, assim mesmo, nem todas.

O raciocínio, que passo a expor, é aquele que me parece mais adequado ao espírito da constituinte e ao texto resultante — algo que me foi possível apreender nestes últimos 11 anos, ao comentar com Celso Bastos, pela Editora Saraiva, em 15 volumes e mais de 10.000 páginas, o texto vigente.

O artigo 103 decorre do tipo de ação elencada no art. 102, inciso I, letra "a", da Constituição Federal, estando ambos assim redigidos:

"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

eficácia da norma a partir daquele momento e o segundo, o de considerar aquela norma inconstitucional desde o início, não se admitindo existência ou não do vício, à luz do enfoque temporal.

E, à nitidez, se há suspensão da eficácia e vigência ex nunc, a desconstituição de situações definitivas só se dará após a decisão definitiva na ação principal.

O que em nenhum momento, em face dos elementos atrás apresentados, pode-se admitir, é a complementação de relação ainda não definitivamente constituída ou completada, após o julgamento da medida cautelar em sentido contrário. Neste ponto, há de se considerar uma dupla face do mesmo assunto.

Se, à luz do direito tido por constitucional, tiver sido relação jurídica constituída e completada, nem por isto, em sede de controle difuso de constitucionalidade, estará o prejudicado pela constituição impedido de contestar tal situação, correndo o processo judicial seu caminho normal para que se manifeste o Poder Judiciário sobre a materialidade do direito para o que há de se levar em consideração — sem ainda estar obrigado de forma vinculada — a sinalização da Suprema Corte.

Se, todavia, a relação jurídica não tiver sido definitivamente constituída e completada, à evidência, não poderá o Poder Público tentar completá-la sob a alegação de que a eficácia medida vale para o futuro, e que a norma que lastreou seu pedido seria constitucional para o passado" (Aspectos práticos da Teoria da Imposição Tributária, Nova Alvorada Edições, 1996, p. 203/209).

1 O artigo 102 da Constituição Federal principia com a seguinte dicção: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: ...", tendo Celso Bastos assim comentado: "A Constituição de 1988 manteve a estrutura básica e a composição do Supremo Tribunal Federal, porém inovou no âmbito de sua jurisdição, ampliando o seu poder dentro do sistema constitucional brasileiro. Foi criada a competência para apreciar os casos de omissão inconstitucional através de dois institutos distintos: o da inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Outra inovação foi a criação da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, cuja competência originária foi deferida ao Supremo Tribunal Federal, conforme consta no § 1º do art. 102, ao conferir competência para apreciar argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição. Ambas as hipóteses foram criadas pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993" (Comentários à Constituição do Brasil, 4º volume, Tomo III, Ed. Saraiva, 1997, p. 123).

I. processar e julgar originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

...";

"Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

...

IX. confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional".

A dicção do primeiro se inicia com a afirmação de que à Suprema Corte compete, *precipuamente* — e o advérbio tem relevância — a guarda da Constituição. É, pois, sua mais importante missão. Nem tanto a missão de fazer Justiça, que é própria das instâncias inferiores — principalmente, dos juízes de 1ª instância e dos Tribunais que reexaminam suas decisões — mas aquela missão maior de preservar a Constituição, as instituições, o Estado de Direito.

Por esta razão, o advérbio utilizado foi "precipuamente", o que vale dizer: é sua missão maior a preservação da Constituição.[1]

E é, por esta razão, que a primeira enumeração cuida exatamente do controle concentrado de constitucionalidade, isto é, da mais importante função do Supremo. Muitos juristas entendem, inclusive, que a Suprema Corte deveria ser apenas uma Corte constitucional.

Ora, o controle concentrado de constitucionalidade é exercido sobre

"lei ou ato normativo federal ou estadual".

Em outras palavras, sobre a lei federal e estadual ou o ato do Poder Executivo de conteúdo normativo federal ou estadual deve, quando solicitado, o Supremo Tribunal Federal se pronunciar[2].

Ocorre que o constituinte houve por bem ofertar legitimidade ativa a nove proponentes diversos, deixando claro, todavia, que tais proponentes poderiam ser entidades ou pessoas atuando na esfera federal ou estadual, vale dizer, pessoas ou instituições representativas das duas entidades federativas cuja elaboração legislativa está sujeita ao controle concentrado: a União e os Estados.

Assim é que os Chefes dos Executivos Federal e Estadual foram legitimados, como as Mesas do Legislativo Federal e Estadual, além dos partidos políticos, desde que com representação no Congresso Nacional, a fim de evitar que partidos sem expressão e criados por uma legislação eleitoral elástica, quase sempre com interesses pouco claros, pudessem, apesar de sua inexpressividade, ingres-

1 Pinto Ferreira escreve: "O STF exerce a função de guarda da Constituição. O nosso regime político-constitucional admitiu a orientação de atribuir a missão de guarda ao STF, não a órgãos políticos. A expressão guarda da Constituição procede de Carl Schmitt em seu livro intitulado "Der Hueter der Verfassung".

Há dois modelos principais de guarda ou de defesa da Constituição: o modelo de controle da constitucionalidade das leis por um órgão político e o do controle por órgão jurisdicional. O STF tem no Brasil, como órgão jurisdicional, uma tríplice competência originária, recursal ordinária e recursal extraordinária" (Comentários à Constituição Brasileira, 4º vol., Ed., Saraiva, p. 90).

2 Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece: "No direito pátrio era desconhecido até a promulgação da Constituição de 1946 o controle de constitucionalidade sobre lei ou ato em tese e por via de ação. A inovação foi consagrada no art. 8º, parágrafo único, o qual condicionava a intervenção federal pela violação de princípios constitucionais sensíveis à declaração da inconstitucionalidade do ato pelo Supremo Tribunal Federal em representação apresentada pelo Procurador-Geral da República (cf. Buzaid, Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro, cit., p. 95 e segs.). Somente nesse caso, porém, e para essa finalidade era admitido controle de constitucionalidade por via de ação.

A E.C. nº 16, de 1965, deu ao controle por via de ação a amplitude que tem, hoje, na Constituição. De fato, foi ela que deu ao Supremo Tribunal Federal a competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato de natureza normativa, não só estadual, mas também federal, em ação direta, proposta pelo Procurador-Geral da República, ação essa cujo objeto é a declaração de tal inconstitucionalidade em tese, independentemente de lesão a direito individual. Veio a reconhecer, portanto, que a mera vigência de ato inconstitucional fere a ordem jurídica e reclama um remédio drástico" (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 2, Ed. Saraiva, 1992, p. 217).

sar com ações deste tipo, perante a Suprema Corte.

Abriu, o constituinte, todavia, exceção a quatro instituições não políticas. Ao Ministério Público Federal, por seu procurador geral, ao Conselho Federal da OAB, às confederações sindicais e às entidades de classe de âmbito nacional[1].

Ao Conselho Federal da OAB e ao Ministério Público a razão é inequívoca, pois a advocacia e o "parquet" são órgãos essenciais à administração da Justiça, por exercerem funções consideradas, pela própria Constituição, como fundamentais.

E, à evidência, ao outorgar às confederações sindicais e às entidade de classe de âmbito nacional o direito de acionar a Suprema Corte, deflagrando o exercício de seu controle concentrado de constitucionalidade, o constituinte o fez, para que o povo, ou seja, a sociedade, pudesse pleitear diretamente a validade ou não de norma emanada de seus representantes, sempre que não se sentisse segura quanto à norma conformada por sua representação política.

Em outras palavras, o constituinte, outorgou legitimidade ativa não só às confederações sindicais, patronais e de trabalhadores ou servidores, mas às entidades de classe de âmbito nacional, para que o povo, a sociedade, os cidadãos não ficassem dependentes de seus representantes técnicos (OAB e MP) ou políticos (Executivo e Legislativo) para a deflagração do controle concentrado, na medida em que nem sempre seus representantes, representam-na como deveriam[2]

1 José Cretella Jr. assim comenta o artigo 163: "*A regra jurídica constitucional enumera taxativamente, no art. 103, I a IX, o rol daqueles que têm "legitimatio ad causam", ou seja, as entidades dotadas de aptidão ou idoneidade para figurar, nessa lide, como sujeitos processuais ativos, a fim de propor a ação de inconstitucionalidade: (a) o Presidente da República; (b) a mesa do Senado Federal; (c) a mesa da Câmara dos Deputados; (d) a mesa da Assembléia Legislativa; (e) o Governador de Estado; (f) o Procurador-Geral da República; (g) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, (h) partido político com representação no Congresso Nacional, (i) confederação sindical ou (j). entidade de classe de âmbito nacional. Todo aquele que não estiver mencionado nessa lista não poderá ingressar em juízo para solicitar do Poder Judiciário competente a anulação de lei ou ato normativo, com eiva de inconstitucionalidade. Se o fizer, o Poder Judiciário o declarará carecedor de ação, porque, embora possa ter capacidade processual genérica, não reúne os pressupostos do real titular do "interesse de agir" nessa lide, que é precisamente o de ter direito à prestação jurisdicional declaratória. As entidades enumeradas no texto são partes legítimas, porque têm direito a obter do órgão judicial decisão sobre o mérito da causa, favorável ou desfavorável. Trata-se aqui de idoneidade "ad hoc", para este tipo de causa, figurando as entidades enunciadas como sujeitos processuais, com vistas à obtenção da relação de direito material. Nenhum particular, pessoa física ou jurídica, esta última representada por pessoa física, na relação processual, tem "legitimatio ad causam" para a propositura da ação de inconstitucionalidade, do mesmo modo, que não a tem o Plenário do Congresso Nacional, quer o da Câmara, quer o do Senado. Também o Governador do distrito federal e os prefeitos dos municípios não têm "legitimatio ad causam" para a propositura da ação de inconstitucionalidade. Nem os dirigentes de entidades autárquicas (ver comentário nº 96)" (Comentários à Constituição 1988, VI, Forense Universitária, 1992, 1ª ed., p. 3.106/7).*

2 Wolgran Junqueira Ferreira, ao comentar o artigo 103 explicita: "Considera-se parte legítima, genericamente, toda aquela que revela interesse moral ou econômico, qualidade e capacidade para agir em juízo.

Portanto, são partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade as referidas no texto do artigo.

Melhorou muito a ação de inconstitucionalidade na atual Constituição. Anteriormente, ficava praticamente ao arbítrio do Procurador-Geral da República. Hoje não mais. Outras pessoas e entidades poderão argüir perante o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade das leis. Mas, a Constituição "de lege ferenda" poderia outorgar a qualquer cidadão o direito de argüir o Supremo Tribunal Federal ao menos a inconstitucionalidade das Emendas à Constituição" (Comentários à Constituição de 1988, vol. 2, Julex Livros, 1989, p. 741/2).

Ora, é neste sentido que me parece contrária ao texto supremo a interpretação da Suprema Corte, ao reduzir a representação da sociedade apenas às confederações, não permitindo que associações de classe de âmbito nacional, que são "entidades de classe", tenham legitimidade ativa.

De rigor, a Suprema Corte assegurou ao Poder e às instituições essenciais à Justiça a legitimidade ativa, mas não garantiu à sociedade, que sustenta o poder, com seus tributos, a representação através das associações de classe de âmbito nacional, apesar da expressa previsão constante do texto constitucional.

Parece-me que esta visão elitista e aristocrática de garantir mais ao Poder que à sociedade, só foi possível em face de não se ter analisado a intenção do constituinte. Ao contrário da lei, que é mais inteligente do que o legislador, pois deve ser inserida no sistema que lhe permitiu nascer, a Constituição não pode ser mais inteligente que o constituinte, pois é este o único antecedente imediato da norma suprema[1].

É que não foi levado à apreciação da Corte Máxima que a elasticidade assegurada pelo constituinte não poderia ser compactada sob pena de o Judiciário passar a servir mais ao Poder do que à sociedade, numa visão "hobbeniana" do Estado.[2]

A intenção do constituinte foi, nitidamente, ofertar às entidades de âmbito nacional e às confederações sindicais — estas diferentes daquelas — o direito a pleitear junto à Suprema Corte a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

E o que se deve entender por entidades de classe de âmbito nacional? Aquelas que representam, em todo o território nacional, uma determinada categoria, seja ela estadual ou federal.

Os servidores do Estado de São Paulo não servem ao Estado de São Paulo apenas no seu território. Servem-no em todo o país. Em todo o país, há representação do Estado, seus procuradores devendo estar lotados em Brasília para acompanhar as questões que chegam aos Tribunais Superiores e outros servidores, atuando na defesa dos interesses do Estado, no país inteiro.

É, portanto, a consulente, uma entidade de âmbito nacional, representante da classe dos servidores do Estado de São Paulo. Tem, a meu ver, representatividade, na linha do raciocínio até aqui exposto, para atuar junto ao Supremo, em ações de controle concentrado de constitucionalidade.[3]

A classe que representa é a dos servidores do Estado de São Paulo, que têm regime pró-

1 Escrevemos, Celso Bastos e eu: "Conscientes de que a realidade fenomênica constitucional difere, nas técnicas exegéticas, das demais realidades dela decorrentes, entendemos fosse necessária uma amplitude maior em seu exame, posto que sua conformação jurídica surge pela apreensão de todos os elementos sociais que pertinem às demais ciências relacionadas ao homem vivendo em sociedade, sendo, pois, o perfil técnico o último estágio desta interação de realidades não-jurídicas e o primeiro estágio de toda a realidade mandamental que dela decorrerá" (Comentários à Constituição do Brasil, 1º vol., Ed. Saraiva, 1988, Apresentação, p. VII).

2 Carlos Maximiliano ensina como interpretar a Constituição: "O grau menos adiantado de elaboração científica do Direito Público, a amplitude do seu conteúdo, que menos se presta a ser enfeixado num texto, a grande instabilidade dos elementos de que se cerca, determinam uma técnica especial na feitura das leis que compreende. Por isso, necessita o hermeneuta de maior habilidade, competência e cuidado do que no Direito Privado, de mais antiga gênese, uso mais freqüente, modificações e retoques mais fáceis, aplicabilidade menos variável de país a país, do que resulta evolução mais completa, opulência maior de materiais científicos, de elemento de certeza, caracteres fundamentais melhor definidos, relativamente precisos. Basta lembrar como variam no Direito Público até mesmo as concepções básicas: relativas à idéia de Estado, Soberania, Divisão de Poderes etc." (Hermenêutica e aplicação do direito, Forense, 1979, p. 304).

3 Reconheço que não é a interpretação da Suprema Corte, mas é de se lembrar que a Suprema Corte entende que as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional têm idêntico perfil, o que não posso admitir, no plano jurídico, até como uma homenagem à inteligência doe constituintes

prio de serviço diferente daquele das demais unidades federativas, o que é, de resto, coerente com a autonomia administrativa que a lei maior outorga às suas entidades federativas. Repito, pois: a classe dos servidores públicos do Estado de São Paulo tem regime próprio e peculiarmente diverso, em muitos pontos, dos regimes dos demais servidores das demais entidades.

E é entidade de âmbito nacional, pois abrange e atende a todos os servidores do Estado de São Paulo que atuam no Brasil, em suas representações junto aos demais Estados, Distrito Federal e União.

Preenche, pois, a meu ver, o requisito de entidade de classe (servidores do Estado de São Paulo) de âmbito nacional (abrange os servidores lotados em todas as unidades federativas do país).

Apesar de não ser a tese dominante na Suprema Corte, estou absolutamente convencido de ter sido esta a intenção do constituinte, ao elencar no artigo 103, inciso IX, não só as confederações sindicais patronais e de trabalhadores e servidores, mas as entidades de classe de âmbito nacional.

Nada obstante minha convicção, entendo que, para discutir a validade de ato coator de autoridade executora de lei inconstitucional, menos procelosa se mostra a utilização de mandado de segurança coletivo.[1]

O remédio processual está na Constituição, sendo, portanto, daqueles veículos de defesa do cidadão e da coletividade que a lei ordinária não pode abolir.

Assim está redigido o inciso LXX do artigo 5º da lei suprema:

que separaram as duas entidades representativas. Leia-se, entretanto, em sentido contrário:

"EMENTA: Constitucional. Ação direta. Ilegitimidade ativa. Entidade nacional de classe. Economiários. CEF.

A Federação Nacional das Associações Economiárias, que não tem caráter sindical, não é entidade nacional de classe, na acepção consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, já que constitui associação de associações, sem representar diretamente pessoas físicas.

Ainda que assim não fosse, os economiários não se destacariam como uma classe específica, pois, como revela a legislação trabalhista, enquadram-se na categoria dos bancários.

Hipótese em que a entidade, congregando apenas parcela de categoria profissional, tem como fator de coesão apenas a identidade do empregador — a Caixa Econômica Federal —, o que não basta para conferir-lhe legitimidade à luz do art. 103, IX, da Constituição Federal e dos precedentes desta Corte (ADINS 34 e 976).

Ação direta extinta por ilegitimidade da autora" (STF, ADIN 987-7/DF. Rel.: Min. Ilmar Galvão. Plenário. Decisão: 26/05/94. DJ. 1 de 9/9/94, p. 23.439) (A Constituição na visão dos tribunais, TRF 1ª Região, 1997, vol. 2, Ed. Saraiva, p. 787).

1 Rogério Lauria Tucci e José Rogério Tucci explicam o mandado de segurança coletivo: "Trata-se, induvidosamente, de relevante inovação, conferindo-se, já agora, também, a impetração de *mandamus* a "diversas pessoas que se encontram na mesma situação jurídica" que a enseja. E que diz de perto com a *legitimação extraordinária* para o uso do *writ*, como por nós ressaltado, e, por igual, corretamente anotado pelo Corpo Técnico-Jurídico do CEPAM, "verbis": "Confere-se, aqui, legitimidade aos partidos políticos com representação na Câmara dos Deputados ou no Senado, organização sindical, entidade de classe ou associação em funcionamento há pelo menos um ano — em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Isto implica sobremodo o instituto, tornando-o mais flexível no âmbito da defesa das comunidades, por via das organizações partidárias, das entidades sindicais e associações legalmente constituídas, abrindo, ainda, perspectivas de dinamização da justiça e desafogo das atividades forenses, normalmente congestionada por pedidos redundantes, versantes sobre o tema da proteção requerida.

Basta, outrossim, para tanto, que o interesse em pauta seja coletivo, isto é, pertinente "aos fins institucionais de determinada associação, corporação ou grupo intermédio, decorrendo necessariamente de um prévio vínculo jurídico que une os associados, sujeitando-os a regime jurídico próprio"; e de sorte a gerar a *true clase action* (na qual, obviamente, o direito dos membros integrantes da categoria representada deve ser *joint ou common*" (Constituição de 1988 e Processo, Ed. Saraiva, 1989, p. 146).

"O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

...

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; ..."[1]

Ora, o requisito de pelo menos um ano de existência é sobejamente preenchido pela consulente, fundada em 5 de Novembro de 1931 e desde esta data, a verdadeira entidade de defesa de seus associados e dos servidores em geral.

À evidência, o mandado de segurança coletivo, a favor de seus associados, deve ser impetrado contra a autoridade coatora, isto é, contra aquela autoridade que aplique a lei e não contra aquela de quem a lei emanou. Em outras palavras, o mandado de segurança não é uma ação contra a entidade federativa que age na ilegalidade ou inconstitucionalidade — embora muitos autores defendam esta tese — mas contra a autoridade que a representa e exerce a coação sobre o cidadão. E a entidade representativa dos cidadãos pode afastar a coação através de veículo processual criado pela Constituição de 1988.[2].

"Ad cautelam", sugiro que seja previamente realizada assembléia, para que os associados aprovem a propositura da medida processual extrema, a fim de afastar qualquer exigência inconstitucional a seus associados ou à entidade[3].

1 Celso Agricola Barbi lembra que: "O item LXIX, apesar de ter redação diferente da que consta na Constituição anterior, não trouxe modificação no conteúdo.

Mas o item LXX, ao ampliar a legitimação, ao usar a expressão "mandado de segurança coletivo", e ao referir a "interesses de membros e associados", traz inovações importantíssimas e ricas de conseqüências, cuja extensão somente a prática do dia-a-dia permitirá avaliar" (Mandados de Segurança e de Injunção, Ed. Saraiva, 1990, p. 68).

2 Sérgio Ferraz ensina: "A primeira observação a fazer-se diz respeito à natureza da atuação da pessoa jurídica nesses casos. Na hipótese do inc. XXI do mesmo art. 5º, a entidade representa seus associados, em seu nome agindo: e, por isso, era taxativa a exigência de autorização expressa. Aqui, no inc. LXX, não: a entidade comparece não em representação, mas em defesa dos interesses ou direitos de seus filiados. Há, pois, legitimação direta, não intermediada, para agir. Por isso, aqui não há de cogitar de autorização expressa, mandato etc. Em suma, no inc. LXX não há caso de substituição processual, eis que a entidade age em nome próprio em defesa dos direitos e interesses que também lhe são próprios, refletindo sua atuação na esfera de direitos e interesses dos filiados. E esse nos parece ser substancial traço diacrítico entre o mandado de segurança coletivo e o singular deflagrado por entidades (inc. XXI): por agir em nome próprio, atuando direitos e interesses próprios (pois assim se apresenta a prerrogativa de defesa dos interesses dos filiados e da categoria), a entidade, na hipótese do mandado de segurança coletivo, prescinde de autorizações específicas para agir. Dela só se exige que seja constituída como previsto em lei e que funcione há pelo menos um ano. Cremos importante enfatizar: a) o prazo de um ano não se aplica à hipótese do inc. XXI, eis que o quociente de representatividade, por ele visado, é atendido pela necessidade de autorização expressa; b) no caso de mandado de segurança coletivo, somente será necessário perquirir da autorização para agir caso o ato constitutivo da entidade não lhe atribua, de pronto, permissão para representar os filiados em juízo" (Mandado de Segurança (individual e coletivo) Aspectos polêmicos, Malheiros Editores, 1992, p. 38).

3 Leia-se: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 225.965-3-DF. Rel.: Min. Carlos Velloso — Agravante: ANFIP Assoc. Nac. dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias — Advs.: Antonio Torreão Braz Filho e Outros — Agravado: INSS — Adv.: Maria Alice Enes de Melo. EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA COLETIVA. LEGITIMAÇÃO: ENTIDADE DE CLASSE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA. C.F., ART. 5º, XXI.

I. Porque a recorrente é entidade ou associação de classe, e porque tem-se, no caso, ação ordinária coletiva, é aplicável a regra do art. 5º, XXI, da C.F.: exigência de autorização expressa dos filiados.

II. agravo não provido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal

Por fim, resta responder à questão sobre se seria ou não, a consulente, imune de impostos.

Entendo que sim.

Reza o artigo 150, inciso VI, letra "c", da lei suprema, o seguinte:

"Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

...

VI. instituir impostos sobre:

...

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei".

Toda a questão reside em saber se as associações de classe são entidades sindicais, visto que a consulente é uma associação civil.

Na mesma linha de raciocínio desenvolvido no início do presente parecer, entendo que a expressão "entidades sindicais" é mais ampla que a de "sindicatos", visto que abrange todas as entidades de trabalhadores reunidos em uma entidade de defesa de seus interesses.

É de se lembrar que o artigo 8º da Constituição Federal principia com a informação de que é livre *a associação profissional ou sindical*, colocando no mesmo nível de liberdade de adesão e de representação as associações e os sindicatos representantes dos trabalhadores[1].

Por esta razão, estou convencido que a imunidade do artigo 150, inciso VI, letra "c", refere-se aos dois tipos de associações, a saber: a sindical e a profissional, lembrando-se que o inciso II do artigo 8º proíbe a criação de mais de uma organização sindical para cada categoria — com o que se justifica a formação de associações profissionais, com mais liberdade de representação[2]

Assim é que o estatuto da própria consulente, fundada antes da criação da CLT e dos sindicatos do moderno direito do trabalho, declara em seu artigo 2º que é a "entidade representativa" da categoria, até hoje permanecendo nesta condição[3].

Federal, em 2ª Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, negar provimento ao agravo regimental.

Brasília, 15/12/1998.

NÉRI DA SILVEIRA — Presidente

CARLOS VELLOSO — Relator".

1 Amauri Mascaro Nascimento ensina: "Segundo a Constituição, a lei não obrigará ninguém a filiar-se a um sindicato ou a manter a sua filiação, com o que assegura a liberdade sindical individual, que consiste exatamente na faculdade de filiação ou desfiliação de um sindicato.

A liberdade sindical individual é princípio declarado pela Convenção nº 87, da Organização Internacional do Trabalho (art. 1º), ao dispor que os trabalhadores e os empregadores têm o direito de filiar-se às organizações que estimarem convenientes, com a única condição de observar-lhes os estatutos.

Essa faculdade compreende o direito de ingressar, de .desenvolver atividades sindicais e de deixar as entidades em que se inscreveram, num sentido amplo, uma vez que sua plena realização pressupõe mecanismos de apoio suficientes para que cada pessoa possa exercer uma ação coerente com a sua condição de associada de um sindicato" (Direito do trabalho na Constituição de 1988, Ed. Saraiva, 1989, p. 238).

2 O artigo 8º "caput" e inciso II da Constituição Federal estão assim redigidos: "Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

...

II. é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município".

3 Estão assim redigidos os artigos 1º e 2º do Estatuto da consulente: "TÍTULO I — DA CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE — CAPÍTULO ÚNICO — CONSTITUIÇÃO, SEDE E DURAÇÃO.

Art. 1º. A Associação dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, que adota a sigla AFPESP,

Preenche, pois, todos os requisitos de "entidade sindical", embora não seja um sindicato, podendo gozar da imunidade a que faz menção a letra "c" do inciso VI, do artigo 150, da Constituição Federal.

É de se lembrar que, ao contrário das isenções, em que a interpretação é restrita (artigo 111 do CTN), a imunidade permite uma interpretação extensiva, quase sempre sendo esta a técnica de que os exegetas se utilizam para compreender o intento do constituinte.

Em outras palavras, por ser a imunidade uma vedação constitucional ao poder de tributar, não pode ficar ao alvedrio do legislador infra-constitucional a determinação dos limites em que se deva dar, visto que os crônicos "déficits públicos" das diversas esferas de governo poderiam levar à redução da imunidade a expressão quase nenhuma[1].

Por esta razão, a interpretação que oferto está na linha de uma interpretação mais abrangente, até porque não teria sentido que os sindicatos gozassem de imunidades e as entidades representativas dos trabalhadores não, quando a intenção nítida do constituinte foi a de fortalecer a união de trabalhadores, concedendo a livre liberdade de associação[2].

E, no caso da consulente, com muito mais razão, na medida em que é mais antiga que a própria lei sindical, visto que a CLT é que criou o regime jurídico dos sindicatos no país.

E, à evidência, a lei a que se refere o artigo é a lei complementar, no caso o CTN, em seu artigo 14, assim redigido:

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

I. não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado;

II. aplicarem integralmente, no país, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III. manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do art. 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea "c" do inc. IV do art. 9º são, exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos"[3].

Já a Suprema Corte declarou que a lei que

fundada em 05 de novembro de 1931, reconhecida de utilidade pública pelo Decreto Federal nº 6.969, de 14 de março de 1941; pela Lei Estadual de São Paulo nº 1.704, de 25 de agosto de 1952; pelo Decreto do Município de São Paulo nº 9.118, de 7 de novembro de 1970, é uma sociedade civil, sem fins lucrativos, com sede, administração e foro na Capital do Estado de São Paulo.

Art. 2º A AFPESP, entidade representativa da categoria, constitui-se de funcionários e servidores públicos civis dos Três Poderes do Estado de São Paulo, de seus Municípios e respectivas Autarquias, ativos ou aposentados, inscritos no Quadro Social".

1 Na linha da interpretação ampla das imunidades, leia-se a ementa do REO nº 80.603-SP, DJU de 245/05/79, pg. 4.090: papel de imprensa — ato inexistente — interpretação literal.

Não são as dimensões (variáveis segundo o método industrial adotado) que caracterizam o papel para impressão. Ao contrário da isenção tributária, cujas regras se interpretam literalmente, a imunidade tributária admite ampla inteligência" (os grifos são nossos).

2 O artigo 5º, inciso XVII, determina: "XVII, é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar".

3 Rogério Vidal Gandra da Silva Martins e José Ruben Marone escreveram: "O art. 9º, cumprindo a função de norma estabilizadora (lei complementar), explícita o dispositivo constitucional supracitado, ressaltando a imunidade constitucional, desde que "observados os requisitos fixados na Seção deste Capítulo" (art. 9º, IV, "c"). Percebe-se, assim, que a imunidade de tais instituições já está condicionada ao atendimento de determinados requisitos por disposição da própria Constituição. Se a Constituição não

determina as condições de gozo da imunidade é a lei complementar, cabendo à lei ordinária apenas cuidar de aspectos formais não condicionantes. Assim se manifestou o Ministro Sepúlveda Pertence, na ADIN 1802/98:

"nela, para o gozo da imunidade, impõe-se à instituição:

"f) recolher tributos sobre os rendimentos por ela pagos ou creditados e a contribuição para a seguridade social relativa aos empregados, bem assim cumprir as obrigações acessórias daí decorrentes".

Cuida-se de norma sancionatória de responsabilidade e obrigações tributárias, principais e acessórias, das entidades imunes de imposto e que, nada tendo a ver com os limites objetivos da imunidade — *de regulamentação, aliás, só permitida à lei complementar* —, nem com a sua identificação como instituições de educação ou assistência social sem fins lucrativos, a que se *reduz o âmbito material dos requisitos subjetivos do gozo da imunidade cuja fixação se remeteu à lei ordinária.*

Creio mesmo que, tratando-se de imunidade constitucional, *não há que falar propriamente em suspensão. Ou estão reunidos, em determinado momento, os seus pressupostos objetivos e subjetivos, ou não se aplica a regra de imunidade. Mas, até onde a regra de imunidade alcançar, a sua suspensão não pode ser usada como sanção de coisa alguma.*

Na mesma linha, parece extravasar da esfera de competência da lei questionada os arts. 13, "caput", e 14, "verbis" — f. 5 e 6:

"Art. 13 Sem prejuízo das demais penalidades previstas na lei, a Secretaria da Receita Federal suspenderá o gozo da imunidade a que se refere o art. anterior, relativamente aos anos-calendário em que a pessoa jurídica houver praticado ou, por qualquer forma, houver contribuído para a prática do ato que constitua infração a dispositivo da legislação tributária, especialmente no caso de informar ou declarar falsamente, omitir ou simular o recebimento de doações em bens ou em dinheiro, ou de qualquer forma cooperar para que terceiro sonegue ou pratique ilícitos fiscais.

Art. 14 À suspensão do gozo da imunidade aplica-se o disposto no art. 32 da Lei 9.430, de 1996".

Essa Lei 9.430/96 prevê a suspensão da imunidade tributária por falta de observância dos requisitos do art. 9º, § 1º, e 14, do CTN, claramente enquadráveis no campo que vimos considerando facultado até à lei ordinária.

A norma agora impugnada, contudo, uma vez mais, instrumentaliza a suspensão da imunidade tributária como sanção dos ilícitos fiscais que não dizem com os pressupostos do benefício constitucional" (grifos meus),

e acrescenta:

"Resta o § 1º do art. 12 — f. 4:

"Art. 12 ...

§ 1º Não estão abrangidos pela imunidade os rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável".

Aqui, afigura-se-me chapada a inconstitucionalidade formal e material da exclusão questionada.

Inconstitucionalidade formal, porque a norma atinente à delimitação do objeto da imunidade supera a alçada da lei ordinária e se reserva — segundo o parâmetro do precedente acolhido — à lei complementar.

Mas ao primeiro exame, há também inconstitucionalidade material: "rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras" são renda, alcançados, pois, pela imunidade constitucional, quando beneficiário dela a instituição imune e, portanto, não subtraíveis, sequer por lei complementar, do âmbito da vedação constitucional de tributar.

impusesse tais limites, em nosso entender, o CTN, mesmo com força de lei complementar, não poderia restringir um benefício que a Constituição não restringiu. Isto porque a única gênese normativa possível de imunidade tributária é a Lei Suprema. O Codex, neste caso, apenas, explicita, mas não cria a imunidade tributária.

Cumprindo a determinação constitucional, o art. 14 elenca os requisitos a serem preenchidos pelos partidos políticos e suas fundações, entidades sindicais dos trabalhadores e instituições de educação e assistência social" (Comentários ao Código Tributário Nacional, Ed. Forense, 1997, p. 60).

Uma das informações prestadas questiona se as aplicações no mercado financeiro são atividades próprias de instituição beneficente sem finalidade lucrativa.

Como antes ficou dito, o que descaracteriza, para o fim da imunidade, a instituição de fins não lucrativos não é que ela possa ter resultados financeiros positivos, mas, sim, que se destine a distribuir esses resultados como lucros aos seus associados" (grifos meus)[1].

Condições só podem ser definidas por lei complementar. Formalidades aplicacionais não restritivo podem ser definidas por lei ordinária.

Goza, pois, a entidade, a meu ver, da imunidade a que se refere o artigo 150, inciso VI, letra "c", lembrando-se que, nos Estatutos Sociais, a alínea "d" do artigo 7º assim redigida:

"No cumprimento de seu programa de atividade, a AFPESP propõe-se a, dentro de suas possibilidades financeiras, por intermédio de seus órgãos especializados e obedecido o Regulamento Geral:

...

d) incentivar a cultura intelectual, artística, física e o aprimoramento profissional dos associados, seus dependentes e familiares;

...".

permite também o enquadramento como entidade de assistência social, à luz do disposto no artigo 203, item III, assim redigido:

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

...

III. a promoção da integração ao mercado de trabalho;

..."[2].

À evidência, a formação cultural dos dependentes dos funcionários objetiva a integração deles no mercado de trabalho futuro, estando, portanto, a exercer também funções de entidade de assistência social.

Nada obstante, o Decreto nº 3.039/99 e a lei 9.732/98 terem procurado restringir o conceito de entidade social, para efeitos de gozo da imunidade do art. 195, § 7º, estou convencido que não só aqueles diplomas são inconstitucionais, como não podem atingir entidade que atue na assistência social, à luz do que dispõe a Constituição Federal[3].

Para concluir, considero que na expressão "entidades sindicais" é de se compreender

1 Informativo do S.T.F. nº 129 de 26 a 30 de outubro, dada 4/11/98 (transcrições).

2 Wagner Balera assim comenta o dispositivo: "Promover a integração de alguém no mercado de trabalho significa adaptá-lo, treiná-lo, instrui-lo... Formar mão-de-obra, mediante programas regionais e locais de treinamento. Em suma: igualdade de oportunidades para quantos estejam fisicamente habilitados ao trabalho.

Considerada a oitava potência do universo, a economia brasileira deve criar, a cada ano, mais de um milhão e meio de novos empregos. Estímulos e incentivos deve fornecer o Estado para que haja esse desenvolvimento mínimo do mercado de trabalho que, corresponde à exigência de integração, ofereça resposta a todos quantos busquem inserir-se no processo produtivo, através de ocupações compatíveis com suas aptidões" (A Seguridade Social na Constituição de 1988, Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 11).

3 O artigo 1º do Decreto 3.039/99, que tenho por inconstitucional, tem a seguinte dicção, em seu início: "Art. 1º. Os arts. 30 a 33 do Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social, aprovada pelo Decreto nº 2.173, de 5 de março de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação: "Art. 30. Fica isento das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a pessoa jurídica de direito privado beneficente de assistência social que atenda, cumulativamente, aos seguintes requisitos: I — seja reconhecida como de utilidade pública federal; II — seja reconhecida como de utilidade pública pelo respectivo Estado, Distrito Federal ou Município onde se encontrar a sua sede; III — seja portadora do Registro e do Certificado de Entidade de Fins Filantrópica fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos; IV — promova, gratuitamente e em caráter exclusivo, a assistência social beneficente a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência; V — aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção

entidades profissionais e os sindicatos, entidades estas consideradas com os direitos a que se referem o art. 8º da Constituição Federal. E a consulente é uma entidade profissional representativa dos servidores públicos do Estado de São Paulo em todo país.

É, pois, a consulente, salvo melhor juízo, entidade de natureza sindical e representativa de categoria. Embora não seja um sindicato, goza da imunidade a que se refere o artigo 150, inciso VI, letra "c" da "Lex Magna".

S.M.J.

São Paulo, 10 de junho de 1999.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,

Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional.