

MARCOS BIASIOLI



**COLETÂNEA HISTÓRICA
DA REGULAÇÃO DO TERCEIRO
SETOR DO BRASIL**

Edição 1 (2021)

Direitos Autorais

Com fundamento na Lei 9.610/98, é vedada a reprodução total e/ou parcial desta obra, por qualquer meio (eletrônico, impresso e/ou mecânico) sem autorização do Autor, exceto se for para fazer citações, mediante a indicação da obra e da autoria, como fontes.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Biasioli, Marcos

Coletânea histórica da regulação do terceiro setor no Brasil [livro eletrônico] : regulação do terceiro setor / Marcos Biasioli. -- 1. ed. -- São Paulo : Ed. do Autor, 2021.

PDF

ISBN 978-65-00-19384-8

1. Direito 2. Gratuidade 3. Regulação - Brasil
4. Terceiro setor 5. Terceiro setor - Leis e legislação I. Título.

21-59927

CDU-34:338.46(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Terceiro setor : Regulação : Direito
34:338.46(81)

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964



Prefácio

Há dezoito anos iniciei um projeto ousado em parceria com o comunicador social, Márcio Zepellini, qual seja edificar um veículo impresso para difundir temas, à época, *sui generis* da mídia, notadamente focado para possibilitar o estreitamento das veredas públicas para com as privadas em prol do aprimoramento do desenvolvimento social do Estado, que propiciasse um acervo de informações relacionadas com a: contabilidade social, legalização das operações da obra, mobilização de recursos, notícias, tendências, tecnologia voltada para a administração social e muito mais, ou seja, matérias úteis aos stakeholders engajados na busca da minoração de desigualdades e na erradicação de mazelas de nosso país. Nasceu então, a Revista Filantropia, que rumou para a 90ª edição.

Como operador do direito há mais de três décadas, eu não podia deixar de trazer alguma contribuição científica ao veículo, relacionada a busca da retidão e da consequente legalização da vida das iniciativas sociais, pois ainda que relevada a dimensão das ciências jurídicas, a doutrina inerente tal matize era, e ainda é, escassa. A par disto, me empenhei em emprestar do direito público, teses aplicáveis nas relações privadas sociais.

Procurei então, desde a primeira edição de Agosto/2002, sem a pretensão de abrilhantar a clássica doutrina jurídica, pois a matéria se destinava prioritariamente a atores sociais, trazer luzes para descortinar e pavimentar os caminhos da operação legal da iniciativa do bem, produzindo dezenas de artigos

relacionados com o Direito do Terceiro Setor, com a ajuda de alguns estudiosos que tive o privilégio de trabalhar: Bianca Lucena, Cleber Luis Moreno Pereira, Evandro Luis Desidero da Rocha, Maria Helena Gabarra Osório, Nathaly Borges, Ricardo Curia Montemagni, Rodrigo Pinheiro Nako, Talita Luci Falcão (atualmente - Juíza do Trabalho), Tatiana Magoso Evangelista (atualmente - promotora de justiça) e Thais Jennifer Freire Amâncio da Rocha.

Agora, mediante o incentivo incontido dos juristas e escritores, Drs. Waldir de Arruda Miranda Carneiro e Fábio Hanada, bem como de minha esposa, Denise Padinha Biasioli, resolvi seguir, ainda que de forma desprezenciosa e longe da excelência literária dele, o exemplo do mestre José Eduardo Sabo Paes, pioneiro da melhor doutrina legal em prol do desenvolvimento social do Brasil e, compilar estes artigos dentro deste livro, para servir, ainda que singelamente, de fonte de pesquisa histórica do mapa legal do Terceiro Setor.

Assim, Caro Leitor, você poderá notar que alguns assuntos já estão superados, diante da mutação legislativa e do posicionamento jurisprudencial, porém à época da construção eles refletiam a realidade nua e crua da normativa, o que corroborará para o acervo histórico da pesquisa e para homenagear decisões de outrora, ora tomadas por gestores, pautadas em premissas por mim doutrinadas na Revista Filantropia.

Boa leitura!



Sobre o Autor

Marcos Biasioli

Advogado em São Paulo, formado em 1985 pela então Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, administrador de empresas formado em 1997 pela Universidade Mackenzie, concluiu os créditos de mestrado em Direito pela PUC/SP em 1999, concluiu duas pós-graduações em Direito pela The European/University – Lisboa/Portugal e Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC, técnico contábil inscrito no Conselho Regional de Contabilidade. Fundou em 1998 o escritório de advocacia M.Biasioli Advogados, tido como um dos escritórios pioneiro no Brasil - na área legal do terceiro setor. Foi docente na cadeira de legislação social na FMU e da UniRADIAL, bem como do curso de pós-graduação da UNIP/SP. Foi professor assistente na cadeira de direito empresarial na PUC/SP e professor convidado da Universidade Federal do Espírito Santo, Faculdade UNA de Minas Gerais e da Escola Aberta do Terceiro Setor/SP. Foi o idealizador da Revista Filantropia e o cocriador da primeira Comissão de Direito do Terceiro Setor (em todo o Brasil) por meio da OAB/SP. Foi idealizador e atual coordenador geral do permanente Congresso Brasileiro do Terceiro Setor, o qual está na vigésima edição. Funcionou por nomeação dos juízes de direito da 21ª a 24ª Varas Cíveis do Foro Central da cidade de São Paulo, como administrador de empresas em fase de recuperação judicial, bem como de massas falidas. Antes de enveredar para a área do direito, iniciou sua carreira profissional no Banco Mercantil do Brasil, como office boy, sendo que chegou a gerente adjunto de agência, em seguida foi convidado a assumir a gerência da agência Pamplona/SP do Banco Mercantil de Descontos.

Introdução

A história narra que a promoção humana remonta há milhares de anos, antes de Cristo, trazendo fatos das civilizações egípcias, que fundou o código moral com base na justiça social, perpassou pelo Império Romano, pela Grécia antiga, Índia, notadamente pelo trabalho que fez o imperador Ashoka, ao construir instalações médicas e irrigação de água para servir o seu povo, tal como pelos Judeus que pregavam o direito dos pobres, o trabalho dos mosteiros britânicos em prol dos doentes carentes, que levou a Rainha Elizabeth 1ª, a baixar uma das primeiras leis instituindo o uso de doações para caridade, assomado a todo o trabalho cristão, mormente derivado das iniciativas da Igreja Católica e tantas outras iniciativas aqui não descritas, mas que fizeram história no desenvolvimento humano.

Não obstante a longevidade dos movimentos humanitários, é nítida a necessidade de um recrudescimento dos meios legais, éticos e democráticos, para se personificar as iniciativas atuais.

Assim, os estudos que derivaram os artigos jurídicos aqui reunidos, não tiveram a pretensão de exaurir, tampouco doutrinar a matéria da regulação do terceiro setor no Brasil, mas sim a de iluminar os caminhos para os empreendedores sociais que se encontram num estágio espiritual movidos a valorizar uma obra de solidariedade humana, tal como, se não mais, do que as obras materiais que construíram durante a vida.

É consabido, então, que esta coletânea foi motivada para nortear muito mais quem está chegando no Terceiro Setor, do que aquele que já está vivenciando o dia a dia dele, porém – a título de atualização, ele também é recomendado para aqueles que estão envolvidos com a causa, quer na qualidade de dirigente, conselheiro, associado, membro, voluntário e até beneficiário da iniciativa, vez que procuramos calibrar o estudo em plantas legais e hodiernas.

A construção dos artigos foi, então pautada, nos debates que afligiam os operadores sociais à época, sendo que tratou desde a criação do estatuto, a operação da atividade, os reconhecimentos sociais públicos, a prestação de contas, a responsabilidade do dirigentes, até a separação do carisma da fé para com o social e muito mais. Sendo assim, os artigos coletados não foram aqui aglutinados por tema, mas sim por ordem cronológica, visto que foram enfrentados visando arrefecer os conflitos havidos na época. A organização também foi pautada em trazer as referências bibliográficas do estudo, bem como a inserção de um índice remissivo capaz de contribuir com a pesquisa do leitor.

Índice

Capas da revista filantropia com os artigos publicados	7
Morte da Filantropia	8
Adequação do Terceiro Setor ao novo Código Civil	10
Certificado vitalício?	12
Planejamento legal	13
Sociedade com fins lucrativos	15
Processo no CNAS	17
Manual para a construção de organizações sociais	20
A vez do Idoso	22
Novas regras tributárias afetam entidades beneficentes	23
Parceria Público-Privado	25
A remuneração da vida consagrada	28
Fundações de pesquisa e apoio e a imunidade tributária	30
Participação nos lucros das entidades do Terceiro Setor	32
Recurso público e os reflexos tributários ao Terceiro Setor	34
Transformação de entidade sem fins lucrativos de educação em sociedade	36
Nova versão do Código Civil e as mudanças na vida das instituições	38
Cofins a inconstitucionalidade da limitação da imunidade tributária	40
Organização social	42
Debate sobre a extinção de fundações a partir de 2007	44
O poder das entidades sobre a política de governo	46
Debate sobre a extinção de fundações a partir de 2007	47
Contratação de portadores de deficiência e as entidades beneficentes	48
Parceria ou corrupção: o limiar da escolha das ONGs	50
Aspectos legais da contabilidade do Terceiro Setor	53
Contratação de mão-de-obra diante dos convênios filantrópicos	55
Programas de geração de renda da entidade social e o INSS	57
Fusão e incorporação das entidades filantrópicas	59
A luta pelo desenvolvimento	61
Convênios Públicos: “Presente de grego”	63
As veredas de um novo marco legal para o Terceiro Setor	65
A tesouraria do Terceiro Setor e a teoria ultra vires	67
Refis das entidades beneficentes	69
Organizações sociais	71
A nova Lei da Filantropia	73

O ProUni e a entidade filantrópica	75
Planejamento legal tributário das entidades sociais	77
Ministério público como o novo certificador de qualidade do Terceiro Setor	79
Crash no Terceiro Setor	81
As relações de trabalho da Igreja	83
O funcionamento e a tipificação das entidades de assistência social	85
O aprendiz e a entidade beneficente de assistência social	87
A remuneração do empregado-dirigente do ente social e o risco fiscal	89
O aviso prévio proporcional e as entidades sociais	91
Renovação do Cebas da educação em perigo	93
PROIES: Fortalecimento das instituições de ensino superior ou enfraquecimento da receita tributária?	95
A igreja que virou PUB	98
A ficha limpa das ONGs e a copa do mundo	100
Os aspectos Jurídicos do Financiamento	102
Exclusão dos associados majoritários pelos minoritários	104
O mar revolto chamado CEBAS	106
ReFis da crise	109
Mudanças das regras tributárias do terceiro setor	112
Filantropia e futebol	115
O capitalismo e o fim da escola religiosa	118
A Filantropia que mata	121
Reforma na educação	124
Julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.028	127
Reflexão: polêmicas da (in)segurança jurídica da lei nº 13.019/14	132
A crise migratória e o papel do Brasil e das entidades beneficentes	135
O impeachment presidencial e o terceiro setor	138
Compliance do terceiro setor	141
Filantrópicas no banco dos réus	144
O calvário e as saídas do administrador do ente social	147
A Filantropia entre o céu e o inferno tributário	149
O enquadramento sindical das filantrópica	154
Velar sem “matar” as fundações privadas	158
Acórdãos 822 e 823 do tribunal de contas da união	161
Vistos para missionários religiosos no Brasil	164
Privatização da assistência social no Brasil	167
Terceirização pelo terceiro setor	171
Fundos patrimoniais (Endowment funds)	176
O novo normal do terceiro setor	180

A lei-vilã da Morte da Filantropia

Por
MARCOS BIASIOLI

O hospital filantrópico está comprando uma briga que não é sua, pois está lutando para manter uma saúde pública, quando sua entidade é eminentemente privada



Há um paradoxo nesta questão envolvendo dois atores do social: Estado e entidade beneficente!

Ao Estado cabe, entre outras prerrogativas, o dever de legislar acerca da instituição de impostos⁸, que dela deriva a arrecadação que, por sua vez, é utilizada para promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a servir os interesses da coletividade, visando o seu bem-estar e a justiça social. Nesse diapasão, a Constituição Federal⁷, assim fragmentou a ordem social:

- a. seguridade social, ora formada pela saúde, previdência e a assistência social;
- b. educação, cultura e o desporto;
- c. ciência e tecnologia;
- d. comunicação social;
- e. família, criança, adolescente e idoso;
- f. indígena.

No tocante à saúde, educação e assistência, entre outras, o legislador constitucional, outorgou ao Estado o direito de sub-rogar à

entidade beneficente¹⁰, a tarefa da promoção humana e, como contrapartida, ofertou-lhe o adereço da imunidade tributária.

Pretendeu o legislador maior, s.m.j., que o desenvolvimento social fosse mais sustentado e fortalecido com uma aliança tripartite, contribuinte/Estado/sociedade organizada, esta última representada pelas entidades beneficentes, para juntos criarem uma força motriz visando a erradicação da doença, do analfabetismo e da pobreza.

Contudo, o paradoxo de autoria do Estado reside no fato de renunciar a aliança de fato, não obstante estar consumada a aliança de direito, com os organismos sociais que comungam com ele, do mesmo propósito, que é a produção do bem-estar daquele que dele depende.

O Estado trata a entidade social como concorrente e não como parceira, apesar da ordem constitucional, pois em vez de envolver-se com os seus projetos, opinando, estabelecendo prioridades, financiando, controlando e até mesmo com ela legislando, para aferir os seus resultados almejados no campo do desenvolvimento humano, prefere outorgar aos eficientes, porém parcos técnicos do CNAS, o papel de avaliadores da entidade social, por meio do exame de áridos e burocráticos relatórios, pondo em risco a promoção social organizada.

A atitude do Estado em controlar as atividades das entidades sociais por mera avaliação técnica do CNAS, tirada do exame dos relatórios de prestação de contas, geralmente construídos por voluntários descompromissados com sua ampla fidelidade, por comando do decreto 2.536/98, implica na renúncia da parceria e no represamento do crescimento social.

Caberia ao Estado, em nosso entender, que tanto gosta de legislar, regular a sua intervenção na obra social com mais facilidade, sempre que houver indícios de sua vulneração, por administradores faltosos que, muitas vezes, priorizam suas vaidades acima do comprometimento das vidas veladas pela instituição, visando a manter a atividade em pleno curso de promoção humana, e não simplesmente punir o flagelo, que é a única

Biasioli: "É chegada a hora da carta de alforria que outorgará às filantrópicas continuarem filantrópicas, mas agora sob o crivo de Deus e não do Estado"

No primeiro semestre deste ano, assistimos o Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS, órgão vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social-MPAS, ora instituído pela Lei Orgânica de Assistência Social¹ cassar, entre outros, o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS, vulgarmente conhecido como certificado de filantropia, de um dos complexos hospitalares mais avançados da América Latina, Hospital Sírio Libanês, ante o fato de não ter atendido pacientes do Sistema Único de Saúde, em quantidade mínima de 60% de sua capacidade instalada, ora imposta pela lei².

A consequência de tal decisão impõe a queda de um dos passaportes da imunidade tributária, que não obstante ter sido regulada de forma pragmática pela Constituição Federal³, teve complementada sua regulação, pelo próprio comando da Carta Magna⁴, por leis específicas, entre elas, o Código Tributário Nacional⁵, assomado à lei ordinária⁶, e tantas outras que se filiaram a inspiração do legislador complementar para normatizar o tratamento tributário da atividade social, algumas eivadas até de inconstitucionalidades, e que, segundo o CNAS, não foram respeitadas por tal destacado complexo hospitalar.

Ao que pese esparsas teses de inconstitucionalidade das leis derivadas, objeto até mesmo de resistência judicial coletiva⁷, com efeito *erga omnes*, assomadas das desinteligências da sua interpretação, o CNAS cumpriu sua parte, a exemplo de um magistrado que não possui o poder discricionário de questionar a lei, mas tão somente de aplicá-la.

A decisão do CNAS, mesmo passível de recurso, tanto na esfera administrativa como judicial, desperta incomensurável interesse ao Estado, pois refletirá no ingresso de uma nova fonte de receita e, por isso, causou um *frisson* aos garimpadores da arrecadação pública, eis que se a decisão perdurar, tal entidade social será compelida a ocupar o incômodo lugar no rol dos contribuintes do fisco: federal, estadual e municipal.

vítima, com o saque do passaporte da imunidade fiscal, que anarquiza a sobrevivência da filantropia.

Em havendo resistência do Estado em não encontrar alternativas para a convergência de seus propósitos para com os das entidades filantrópicas, ao nosso juízo, pelo bem da coletividade carente, torcemos pela ruptura da pseudo-parceria, com a conseqüente renúncia do benefício fiscal, não pelo Estado, mas sim por iniciativa das filantrópicas, pois estarão retirando de si, não um direito, mas sim uma obrigação, que é a de produzir o bem em nome do Estado, e poderão modular-se ao público carente sem o peso de um pedágio tão significativo, que muitas vezes engessa até mesmo a sua própria criatividade caritativa.

Enfim, a consumação do paradoxo é que o Estado peca em omitir-se em tão sagrado papel, ao permitir que um simples decreto-lei (2.536/98), destinado a impor requisitos de acesso ao não-pagamento de impostos, possa suplantar o seu dever de cidadania, aniquilando a parceira ordenada pela Constituição, e comprometendo todo o sistema de socorro ao desprovido.

O outro paradoxo é de autoria das próprias entidades, que agarram-se ao fato de que a condição de não pagarem impostos, às custas de uma contrapartida de atenderem aos pacientes do Sistema Único da Saúde, em quantidade nunca inferior a 60%, a sua capacidade instalada, ou em troca da oferta de bolsas de estudo, não inferior a 20% do número de vagas, ou ainda em troca de 20% de sua receita em obras sociais, ainda lhes é salutar.

A opção em manter-se reconhecidamente como filantrópica à luz da lei, talvez seja muito mais filosófica, do que propriamente financeira.

A economia mais significativa está no não-recolhimento das contribuições sociais, que são: cota patronal (20% sobre a folha de pagamento), seguro acidente do trabalho (1 a 3% também sobre a folha) e cofins (3% do faturamento), porém esquecem as filantrópicas que a lei¹² determina que o limite de ações sociais, nunca poderá ser inferior ao *quantum* correspondente às contribuições não-pagas, significando dizer que tudo que deixam de recolher ao cofre do Estado deverá ser empregado na produção do social.

Deriva, então, o entendimento que não há um favor legal do Estado, mas sim há um tabelamento do preço do serviço público social ora desenvolvido pela entidade filantrópica, que luta titanicamente pela manutenção de seu *status* de entidade reconhecida como filantrópica, apenas para fazer uma obra que não é sua ao crivo da lei do homem.

Fazer benemerência é um dever de cidadania, porém falir em nome do Estado, é uma questão de miopia financeira.

Em sendo filosófica, a posição dos fundadores e dirigentes da entidade social quanto à manutenção do estado legal de filantrópica é muito mais salutar permear por outros campos legais que não impõe limites de gratuidades, mas reconhece a obra como uma utilidade pública. A alternativa seria optar em convolar a entidade filantrópica em uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, reconhecida como entidade do Terceiro Setor, cuja obrigatoriedade legal é simplesmente comprovar um trabalho social de interesse público.

O *status* seria o mesmo, porém caberia às filantrópicas recolher aos cofres públicos, impostos que incidam sobre suas atividades que, se somados, poderiam representar menos do que teriam de fazer para manterem-se como filantrópicas à luz da lei.

Prevalendo a competição com o Estado, que dêem graças a Deus - ante a possível cassação do certificado que lhes conferiam o acesso ao benefício do não-pagamento de impostos e devolva ao Estado aquilo que dele nunca deveria ter saído, que é a prática do bem social público, exclusivamente por ele custeado.

Destarte, há males que vêm para o bem. É chegada a hora da carta de alforria que outorgará às filantrópicas continuarem filantrópicas, mas agora sob o crivo de Deus e não do Estado.

Todavia, é necessário que haja uma reflexão acerca dos paradoxos e que haja uma convergência de interesses, na qual o Estado faça sua parte envolvendo-se com a atividade social da entidade filantrópica, ainda que tenha de utilizar-se do Judiciário para tal, trazendo sua colaboração em todos aspectos sociais, e juntos possam trilhar por um Brasil melhor.

Caso contrário, que faça sozinho, alforriando a entidade social das presas anacrônicas que têm engessado sua nobre obra arte de fazer alguém viver.

Por fim, a lei não pode receber a condecoração de "Vilã da Morte da Filantropia" que, se um dia vier a morrer, será para ressuscitar com novos propósitos sociais para salvação da tão sofrida pobreza do povo brasileiro. ☺

SOBRE O AUTOR

Marcos Biasoli é advogado e assessor jurídico de inúmeras entidades filantrópicas. Mestrado pela PUC/SP, administrador de Empresas pela Universidade Mackenzie, pós-graduado pela European University. Foi docente da PUC/SP e da UniFMU/SP na cadeira de Legislação Social.

¹ Lei 8.742/93; ² Decreto-lei 2.536/98, combinado com a Resolução 177/00, § 4º, da lavra do CNAS; ³ Arts. 150, inciso VI, e 195, § 7º; ⁴ § 7º, in fine, do art. 195; ⁵ Arts. 9º e 14º; ⁶ Lei 8.212/91, art. 55; ⁷ Ações Diretas de Inconstitucionalidades, frente ao STF, Processos: 2.028, 2228 2 2.245; ⁸ Art. 145, CF; ⁹ Título VIII, Da Ordem Social; ¹⁰ Cf. arts. 199, § 1º (saúde), 204, inciso I (Assistência Social), 213 (Educação); ¹¹ Parte do Decreto 2.536/98; ¹² Resolução 177/00, do CNAS.

Manual de Orientação Legal para

Adequação do Terceiro Setor ao Novo Código Civil

As entidades beneficentes estão deixando passar despercebido o novo regulamento ao qual estarão submetidas a partir de janeiro de 2003, quando entrará em vigor o novo Código Civil¹.

Três, certamente, são as razões do menosprezo: uma, ante o fato da longevidade do início da vigência da nova Lei, o que tornará compulsória sua aplicação. Duas, pela dedução de que as alterações legislativas apresentadas pelo novo Código apenas implicarão em uma adequação jurídica de seus estatutos. Três, prende-se ao fato da dedução de que o novo regulamento não lhes atingirá, pois apenas as novas instituições é que terão de se alinhar ao novo diploma civil, frente ao entendimento do direito adquirido, ora intocável.

Enganam-se!

As alterações provocarão sérias influências na vida dos agentes do Terceiro Setor.

Vejamos:

Associações

Denominação

Razão social. Muitos organismos do Terceiro Setor batizaram sua obra, precedendo do vocábulo sociedade. Podemos destacar algumas delas de significativo papel no desenvolvimento social: Sociedade Beneficente São Camilo, Sociedade Pestalozzi, Sociedade Civil Irmãs Santa Cruz, Sociedade Paraense de Cultura, Sociedade Bíblica do Brasil, Sociedade Beneficente Israelita e tantas outras.

O velho Código Civil não impõe nenhuma restrição a respeito, sendo endossado pela Lei de Registros Públicos², que também não prevê impedimento. Entretanto, o novo Código Civil, de forma sutil e até imperceptível, introduziu no âmbito do art. 53³, combinado com o art. 981⁴, critérios claros para definir que uma associação está organizada para fins não econômicos, a contrário senso da sociedade, que

deriva de finalidade econômica, com previsão de partilha de resultados, o que é vedado às associações⁵.

Nesse diapasão, todas as entidades que possuam em sua denominação social, a expressão sociedade, deverão proceder a alteração estatutária, para adequar-se à atual legislação.

A alteração implicará em investimento para a difusão da alteração de sua razão social, que certamente coincidirá com sua marca frente aos seus alunos, pacientes, fornecedores, bancos, papelaria de toda instituição, displays, fachadas, registros e tantos outros.

Associados

Inserção estatutária =
admissão/demissão – direitos/deveres.

Pela legislação, tanto os critérios de ingresso e saída como os direitos e deveres dos associados ficavam à mercê do regimento interno da instituição. Entretanto o art. 54, II e III⁶, obriga as associações (exceto fundações) a imprimirem o regulamento no bojo de seu estatuto, sob pena de nulidade.

Essas inserções estatutárias acarretam, além de maior custo operacional, em um engessamento da gestão.

Exercício de direito. O art. 58 da Lei em estudo, também estabelece que: "nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função que lhe tenha sido legitimamente conferido, a não ser nos casos e pela forma previstos na lei ou no estatuto." Não obstante, o fato de que as instituições, na prática, já possuem regulamento a respeito, a lei fortaleceu a figura do associado, que também não poderá ser tolhido de seus direitos, unilateralmente.

Exclusão. Flagra-se também que o novo Código restringiu a exclusão do associado por critério unilateral da direção da entidade beneficente, haja visto a disposição do art. 57⁷, que limitou tal exclusão a duas hipóteses: a) justa

causa (com base no estatuto). b) motivos graves (na omissão do estatuto).

A ausência da previsão estatutária remeterá o julgamento à Assembleia Geral, que deverá deliberar a respeito da exclusão do associado, com a maioria absoluta dos presentes. E relevando que a convocação de uma assembleia é bastante onerosa, torna-se premente o resguardo estatutário.

Cessão de direitos. Outra inovação relacionada com os associados é aquela disposta no caput⁸ do art. 56, que veda a transmissão da qualidade de associado, exceto se houver permissão estatutária. Nesse caso, nem mesmo os sucessores naturais terão iguais direitos, salvo previsão no estatuto.

Participação patrimonial. A associação passou a ter feição de uma sociedade com fins econômicos, apesar de sua natureza não-econômica. Prelecionam o parágrafo único do art. 56, cumulado com o art. 61, a possibilidade de o associado ingressar com uma fração de capital na associação e, quando dela se despedir, levar consigo a importância investida, devidamente atualizada monetariamente.

Em outras palavras, participar de uma associação não só está relacionado com a prática desinteressada de uma atividade, mas também com a prática de um negócio, e muitas entidades não precavidas poderão vir a serem alvos de esvaziamento de seus ativos, caso haja malversação de alguns de seus associados.

O Código primitivo tratava do assunto em seu art. 22, porém, com uma leveza capaz de se suscitar a possibilidade de fracionar o patrimônio social ante à ausência de critérios claros, como os que foram gravados pelo novo Código.

De toda forma, prevalece o imperioso zelo sob aqueles que procuram na associação os interesses pessoais.

Separação de direitos/vantagens. A jovem Lei também facultou às associações, o direito de fragmentarem seu corpo social⁹ em categorias,

outorgando-lhes a prerrogativa de atribuírem direitos iguais, mas vantagens distintas para os associados, que, em suma, deverão ser proporcionais às suas contribuições.

Sustentabilidade

As fontes de recursos para sua manutenção. Não obstante a Lei até então vigente não obrigar a inserção desse tópico no estatuto, na prática, já é comum a inclusão das fontes de recursos. Porém, aquelas instituições que ainda não contemplaram seus estatutos com tais registros estarão obrigadas a fazê-lo por conta do disposto no art. 54, IV¹⁰ do novo Código Civil.

O cumprimento da referida obrigação legal afastará a conotação de sociedade, pois as atividades econômicas eventualmente praticadas pelas entidades sociais serão meio, e não fim. Os frutos serão destinados aos seus próprios propósitos não econômicos, o que afasta, por si só, a possibilidade de serem cerceadas suas atividades econômicas, sob o argumento da vedação imposta pelo art. 53, combinado com o art. 62, da dita Lei.

Gestão

Modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos. O legislador no caso em questão determinou de forma compulsória a inserção no estatuto social, pelo art. 54, V, o modelo de administração da entidade, por intermédio de seus órgãos colegiados.

Assembleia Geral

Com a vigência do novo Código¹¹, não só foi regulamentada a figura da Assembleia Geral, como também sua privativa função, que será: a) Eleger administradores. b) Destituir administradores. c) Aprovar contas. d) Alterar o estatuto.

Além das funções da Assembleia Geral, também foi instituído um quorum necessário para deliberações válidas, que é de dois terços dos presentes, podendo deliberar apenas com a maioria absoluta dos associados, ou com menos de um terço nas convocações seguintes.

A promoção da Assembleia também foi regulada, ficando garantido a um quinto dos associados tal direito.

Fundações

Vocação

Vocação das fundações. Nesse particular, credita-se a maior heresia do legislador, eis que limitou como vocação

fundacional, apenas quatro segmentos: a) Religião. b) Moral. c) Cultura. d) Assistência. Esqueceu-se de outras vocações de relevante valor social, tais como aquelas de pesquisa e meio ambiente.

É certo que a tentativa em albergar todas sob o manto de assistência, que possuirá uma conotação ampla, será uma prática habitual. Contudo, certamente enfrentar-se-á resistência com os agentes do registro público.

Os Bens

Domínio do bem. Em sendo instituída a fundação por agente vivo, por meio de seus bens, o instituidor ficará obrigado a transferir a propriedade que for doada para atender aos fins da obra por ele idealizada para a fundação, sob pena do Judiciário fazê-lo.

Intervenção do Ministério Público

Poderes. Foram estendidos os poderes do Ministério Público no velamento das fundações, como bem percebe-se no parágrafo único, do art. 65 que outorgou a ele o direito de elaborar o estatuto da fundação após 180 dias do prazo assinado pelo instituidor.

Direito da Minoria

Estatuto. A ausência de unanimidade na votação da alteração estatutária da fundação, facultará à minoria impugná-la, desde que o faça no prazo máximo de dez dias. A dedução é que a minoria ficou fortalecida com a nova Lei, o que resulta na seleta admissão de todos os associados, evitando o trauma do embate que muitas vezes é até responsável pela ingovernabilidade da fundação.

Obrigação de Todas Entidades do Terceiro Setor

As alterações edificadas pelo novo Código Civil, certamente, provocarão muitas mudanças na vida de todas entidades sociais, e não somente nas novas que estarão sendo constituídas após a vigência da Lei.

A conclusão não é singular e tampouco teórica ou doutrinária, mas está na própria Lei, que assim aduz: "art. 2.031. As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, terão o prazo de 1 (um) ano para se adaptarem às disposições deste Código, a partir de sua vigência; igual prazo é concedido aos empresários".

Marcos Biasioli:
"As alterações no
Código Civil provocarão
sérias influências
na vida dos agentes
do Terceiro Setor."



No tocante às fundações instituídas com finalidades diversas daquelas previstas no atual Código¹² (religiosos, morais, culturais ou de assistência), serão toleradas pelo legislador, porém, estarão subordinadas ao funcionamento nos moldes da nova Lei¹³.

Dessa forma, as entidades que até janeiro de 2004 resistirem à Lei poderão amargar a nulidade de seus atos e, até mesmo, provocar a responsabilização de seus administradores.

Assim sendo, o ceticismo quanto aos efeitos da Lei, por conta das incontáveis emendas que vêm sofrendo pelo próprio Legislativo, assomado da certeza do direito adquirido, por si só, não serão suficientes para golpear as exigências conferidas na nova norma.

Um bom conselho é que os organismos do Terceiro Setor procurem rapidamente se afeiçoar com a Lei 10.406/02 (novo Código Civil), evitando que o trauma seja menor com a precaução, do que a nulidade sem solução.

SOBRE O AUTOR

Marcos Biasioli é advogado e assessor jurídico de inúmeras entidades filantrópicas. Mestrado pela PUC/SP, administrador de Empresas pela Universidade Mackenzie, pós-graduado pela European University. Foi docente da PUC/SP e da UniFMU/SP na cadeira de Legislação Social.

¹ Lei 10.406/02; ² Lei 6.015/73; ³ Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos; ⁴ Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividades econômicas e a partilha, entre si, dos resultados; ⁵ Cf. art. 14 CTN, Lei 8.212/91, art. 55, e Decretos 2.536/98 e 3.048/99; ⁶ Art. 54. sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterá: ... II – os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados; III – os direitos e deveres dos associados; ⁷ Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, obedecido o disposto no estatuto; sendo esse omissivo, poderá também ocorrer se for reconhecida a existência de motivos graves, em deliberação fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à Assembleia Geral especialmente convocada para esse fim; ⁸ Art. 56. A qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário; ⁹ Art. 55. Os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais; ¹⁰ Art. 54. IV – as fontes de recursos para sua manutenção; ¹¹ Art. 59, I a IV; ¹² Art. 62, § único; ¹³ Art. 2.032.

Filantropias estão dispensadas da renovação do Certificado de Entidade de Assistência Social

Certificado vitalício?

Por

MARCOS BIASIOLI

A entidade beneficente que presta serviços à comunidade carente e que conquistou até 1977 o reconhecimento de utilidade pública federal e, conseqüentemente, o certificado de filantropia, está dispensada de renovar seu certificado. Essa dedução foi extraída das leis que regulam suas atividades, que a Revista Filantropia analisa a seguir.

O decreto 3.577/59 previa que as entidades de fins filantrópicos reconhecidas como de utilidade pública estavam isentas do recolhimento das contribuições previdenciárias.

Mais tarde, outro decreto (1.117/62) regulamentou a norma acima, outorgando ao antigo Conselho Nacional de Serviço Social (atual CNAS) a prerrogativa de certificar a condição de entidade filantrópica para servir de prova à Previdência a que estivesse sujeita à isenção. Portanto, para a obtenção da isenção, era e é necessário possuir o certificado.

Tal sistemática foi adotada até 1977, quando houve a revogação¹ do decreto 3.577/59, que suprimiu das filantrópicas o direito da isenção das contribuições previdenciárias. Contudo, respeitou o direito adquirido daquelas que já tinham na época:

- qualidade de utilidade pública federal; e
- certificado de fins filantrópicos com prazo indeterminado; ou
- certificado provisório de fins filantrópicos; ou
- processo de renovação do certificado provisório de fins filantrópicos, em curso ou em vias de ser proposto (dentro de 90 dias a contar de 1º de setembro de 1977).

Cabe, então, analisar a extensão do direito adquirido das filantrópicas que ultrapassa a manutenção da isenção fiscal e alcança também a vitalicidade do certificado de fins filantrópicos, pois se um dos requisitos para adquiri-la é justamente possuir o certificado com prazo indeterminado, não há como recepcionar o entendimento da lei apenas para preservar o direito da isenção, mas também o da manutenção dos efeitos do certificado.

Nessa lógica, destaca-se a linha do recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça: "As entidades filantrópicas inscritas sob a égide da lei 3.577/59 gozam de direito adquirido, reconhecido pelo STF. Sendo assim, constatado o preenchimento pela entidade do requisito neces-

Não é preciso requisitar a renovação dos certificados com prazo indeterminado de validade, por uma simples razão: eles não têm prazo

sário para obtenção do certificado, está garantida a isenção, pois esse direito já se incorporou ao seu patrimônio, não sendo mais suscetível de ser suspenso ou interrompido por mera inobservância relativa ao requerimento de certidão exigida pelo 1º, § 3º, do DL. nº 1.572/1977. O certificado é simples exteriorização do benefício da imunidade, e essa é que se encontra resguardada pelo direito adquirido."²

Assim, a entidade certificada até 1977, como filantrópica por prazo indeterminado, possui como direito adquirido, além da isenção, a manutenção dos efeitos do seu certificado e não prescinde de pronunciamento do CNAS para ter renovado um direito que já é seu.

Todavia, não há como confundir a extensão do direito adquirido que alcança a isenção fiscal e a ausência de necessidade de renovação do certificado.

Nesse caso, há a necessidade de:

- Comprovação de utilidade pública;
- Preencher aos demais requisitos da lei, em especial promover os 20% de gratuidade;
- Ofertar serviços de saúde pelo SUS;
- Não distribuir resultado a qualquer título;
- Não remunerar dirigentes;
- Prestar contas aos órgãos públicos.

Em suma, assegura o reconhecimento de fins filantrópicos da entidade social, porém não autoriza ela a furtar-se das obrigações legais, em especial de prestar contas aos agentes fiscalizatórios, comprovando o emprego de suas receitas em benemerência.

Assim sendo, não cabe ao CNAS o direito de renovar o certificado, que não prescinde de renovação, mas tão somente monitorar as atividades das filantrópicas.

Não exageramos em apontar grande lacuna nas normas procedimentais do CNAS que, em nenhum momento, prevê tratamento privilegiado às entidades portadoras do direito adquirido. E, por isso, a resolução 177/00, que regula o procedimento de renovação do certificado de entidade filantrópica, não se presta às entidades que possuem tal direito adquirido.

Entretanto, o fato de a lei³ que regula o custeio da Previdência Social impor que um dos requisitos ao reconhecimento da isenção fiscal é a comprovação do certificado de fins filantrópicos⁴, renovado a cada três anos, não é suficiente para derrubar a força do direito adquirido conquistado pelas filantrópicas que possuíam o certificado por prazo indeterminado.

A entidade filantrópica está obrigada a atender aos requisitos da lei para poder gozar do privilégio de não recolher os tributos municipais, estaduais e federais, entre eles possuir o certificado de filantropia, porém não está refém do CNAS, para conferir ou não a renovação de seu certificado que, até que se prove o contrário, é vitalício.

Mesmo não estando obrigadas, é recomendável entregar os relatórios de prestação de contas das ações sociais ao CNAS a cada triênio, porém não devem requisitar a renovação de seus certificados com prazo indeterminado de validade, por uma simples razão: os seus certificados não têm prazo de validade e, via de regra, não padecem de qualquer chancela por parte daquele órgão. E mais: todas aquelas que tiveram seus certificados com prazo indeterminado cassados, ante à alegação de perda de prazo para renovação, devem invocar a prerrogativa que a lei lhes conferiu, com o direito adquirido.

Ao CNAS caberá legislar dentro de suas limitações, acerca do tratamento às entidades filantrópicas possuidoras de direito adquirido, pois, do contrário, estarão cerceados de julgá-las.

O direito adquirido não é uma carta de alforria, mas liberta as entidades filantrópicas das presas anacrônicas da burocracia, assegurando o direito de permanecerem filantrópicas e imunes aos recolhimentos tributários, por sua única e isolada vontade, bastando apenas atender aos requisitos da lei. 

SOBRE O AUTOR

Marcos Biasioli. Advogado e assessor jurídico de inúmeras entidades filantrópicas. Mestrado pela PUC/SP, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, pós-graduado pela European University. Foi docente da PUC/SP e da UniFMU/SP na cadeira de Legislação Social.

1 - Revogado pelo decreto-lei nº 1.572, de 1ª de setembro de 1977

2 - Fonte: Informativo de Jurisprudência - STJ, nº 145/2 a 6/09/02.

3 - Nº 8.212/91, art. 55, inciso II, combinada com o decreto

2.536/98, modificado, em parte, pelos decretos 4.327 e 4.381/02

4 - Atualmente denominado como Certificado de Entidade de Assistência Social (Ceas).

Por
MARCOS BIASIOLI

Planejamento legal

da atividade social filantrópica para 2003

Não é novidade acolher vozes de inúmeros dirigentes de entidades sociais afirmando que suas obras passam por momentos difíceis. E o eco vem de todos os segmentos: educação, saúde e assistencialismo, sendo que o discurso tem dimensões similares com o seguinte escopo:

- As escolas filantrópicas, a exemplo das não-filantrópicas, enfrentam inadimplência, evasão de alunos, reivindicações salariais, achatamento do preço das mensalidades, cobrança por pólos modernos de estudo, incluindo laboratórios tecnológicos e, como se não bastasse, estão compelidas a empregar ao menos 20% de sua receita em bolsas de estudo gratuitas e/ou projetos sociais permanentes.
- Os hospitais filantrópicos, em sua grande maioria, estão sucateados com equipamentos obsoletos, baixo estoque de medicamentos e qualidade de atendimento comprometida, ante às dificuldades da contratação de contingente mais qualificado. Além disso, a exigência de atender aos pacientes do Siste-

Além de planejar-se administrativa e financeiramente, é necessário haver um planejamento legal

ma Único de Saúde – SUS, em níveis muitas vezes impossíveis de serem atendidos, sem falar na irrisória remuneração.

- As entidades assistencialistas, apesar de sua escassez, garimpam por doações, porém enfrentam dificuldades na angariação de fiéis doadores, lutam para responder ao pagamento de suas despesas fixas e, além de tudo, estão obrigadas a comprovar o emprego de, ao menos, 20% de sua receita bruta em ações sociais gratuitas aos seus assistidos.

As dificuldades enfrentadas pelos organismos sociais são atributos da missão, ou seja, perseverar no caminho do bem e vencer a im-

paciência e a intolerância em prol do próximo. Tais tarefas jamais serão fáceis, pois, se assim fossem, não haveria nobreza da purificação do homem, por meio da prática da caridade de forma desinteressada.

Dessa forma, resta uma indagação: como prosperar na obra social mediante tantas dificuldades?

A resposta para quem está de fora parece fácil. Escutamos muitas lições professorais e acadêmicas que profetizam, como saída, a profissionalização da filantropia.

Todavia, para profissionalizar a obra implica em custos que nem todos podem assumir, ainda que sejam recepcionados como um “custo benefício”. Ademais, muitos acadêmicos procuram levar conceitos eminentemente mercantis à obra que foi fundada com propósito único de difundir o amor fraternal aos oprimidos, tornando difícil a coabitação do espírito material com o espiritual.

Em suma, a profissionalização tão ventilada aos quatro cantos do Terceiro Setor, geralmente

SOBREVIVÊNCIA DA OBRA SOCIAL

BENEFÍCIO FISCAL	RECURSOS PRIVADOS	RECURSOS PÚBLICOS	VENDA DE BENS E SERVIÇOS
<p>Se a forma eleita foi a de lograr benefício fiscal, será necessário buscar ou manter:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Reconhecimento de utilidade pública federal, estadual ou municipal; • Conquistar ou manter o Certificado de Filantropia emitido pelo CNAS (Lei 8.212/91); • Não distribuir resultado sob nenhum título aos dirigentes, aplicando o resultado na própria instituição (art. 9 e 14 do CTN); Praticar obras gratuitas de, no mínimo, 20% da receita bruta (Decreto 2.536/98). 	<p>Se for eleito, como fonte de sobrevivência, a captação de recursos da iniciativa privada, somente será factível pugnar por doações de pessoas jurídicas, se possuir, no mínimo, o certificado de utilidade pública federal, pois, do contrário, a empresa doadora não poderá recepcionar o documento para fins de abatimento do Imposto de Renda a pagar, exceto se a doação for destinada a beneficiar a comunidade local em que atua (IN 11/96-SRF). Eis uma dica importante!</p>	<p>Segundo a Constituição Federal, as entidades sem fins lucrativos reconhecidas como filantrópicas terão prioridade nas parcerias com o Estado. Cabe perseguir a titulação de filantrópica.</p>	<p>Havendo pretensão em comercializar e, ao mesmo tempo, manter a qualidade de imune/isenta de tributos, deve-se levar em conta que o impacto da receita advinda das vendas deverá, obrigatoriamente, refletir na obrigação de ações gratuitas não inferiores a 20% de tais receitas (Decreto 2.536/98 c/c Decreto 4.327/02).</p>

atropela conceitos principiológicos que levaram a obra a ser fundada e, por isso, o seu discurso isolado deve ser acolhido com cuidados.

Nasce, então, a premente necessidade da organização de uma diretriz de trabalho, reunindo:

- Respeito aos princípios e vocação da obra social;
- Profissionalismo regrado e dentro da realidade e das condições econômicas da instituição social;
- Planejamentos financeiro, administrativo, comercial, social e, principalmente, legal.

Os planejamentos que visam a administrar a instituição na órbita financeira já são colossais, comuns, e suas técnicas já estão sendo implementadas pelos muitos profissionais da área, que trazem consigo amplas experiências acadêmicas e até mesmo empresariais.

No diapasão do planejamento legal, poucas são as instituições filantrópicas que mergulharam na obstinação de encontrar novos caminhos para a atividade social, senão aqueles ortodoxos ditados pela administração moderna e, por isso, estão sendo desbancadas pelos órgãos fiscalizadores do fisco.

Com o propósito de acalantar luzes aos caminhos das instituições, elencamos abaixo as linhas triviais para a edificação de um planejamento legal.

1ª) Constituição da Instituição Social.

- Antes mesmo de optar por uma vocação social, é necessário que se busque, por

intermédio de pesquisa, como será a sobrevivência dessa, ou seja, quais serão as prováveis fontes de recursos. Para edificar uma obra que não encontrará simpatizantes para colaborar com sua manutenção, ainda que voluntariamente, é melhor não iniciá-la, pois o risco de naufragar é bastante provável.

- Já estando constituída com inúmeras vocações, o caminho deverá ser o mesmo, ou seja, identificar os motivos que estão impedindo ou dificultando a captação de doadores e modificar o estatuto para adequar-se a uma obra financiável.

2ª) Eleição da fonte de sobrevivência

- Quanto mais recursos adentrarem aos caixas da instituição, em tese, será melhor. Essa é a dedução de muitos daqueles que não militam com o social, pois é bom lembrá-los de que, pelas leis da filantropia, quanto maior for a receita, maior terá que ser a oferta de serviços sociais gratuitos, que muitas vezes representam mais do que a própria receita.
- É importante que se faça a eleição das prioritárias fontes de sobrevivência, levando-se em conta o custo para a busca de recursos, sendo ou não nova a obra social.

Para facilitar a escolha, procuramos classificá-las (ver quadro).

Em resumo, é fácil identificar que a busca das certificações públicas descritas na primeira coluna traz incomensurável vantagem em comparação àquelas que não as possuem, porém, o

preço da burocracia e das gratuidades obrigatórias deve ser levado a profunda reflexão.

3ª) Benefícios do reconhecimento do Estado de filantrópica

Não pagar impostos nem contribuições sociais já é grande atrativo para as instituições sociais que possuem ou perseguem tal status, porém, é chegada também a hora de planejar sua ação dentro desse cenário, visando apurar se é ou não vantagem buscar a sobrevivência por meio de benefício fiscal.

As últimas normas regulamentadoras do assunto outorgaram às filantrópicas o direito de agir para manter-se no rol das entidades imunes, ou melhor dizendo, as titulações públicas são outorgadas pela própria instituição, bastando ela atender aos ditames da lei, que irá buscar facilmente seu reconhecimento e, com o planejamento legal aqui recomendado, certamente encontrará as vias mais acessíveis ao comportamento financeiro.

Planejar com a mescla da vocação social, visando fazer gratuidades proporcional à sua receita bruta, sem vinculação com atendimentos aos pacientes do SUS. Não esquecer as vantagens do enquadramento como hospital estratégico.

Ofertar 60% do SUS, e caso não haja teto para pagamento, praticar gratuidades proporcionais à receita bruta.

Por fim, muitas são as opções para a produção do bem. Inovações e criatividade não faltam e jamais faltarão, contudo, o planejamento legal das filantrópicas não poderá, em hipótese alguma, ser desconsiderado ou ignorado, pois, por meio dele, a obra do bem poderá içar o ápice do progresso humano.

SOBRE O AUTOR

Marcos Biasioli. Advogado e assessor jurídico de inúmeras entidades filantrópicas. Mestrado pela PUC/SP, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, pós-graduado pela European University. Foi docente da PUC/SP e da UniFMU/SP na cadeira de Legislação Social.

Assistência Social	Obrigatoriedade de promover 20% da receita bruta em obras sociais gratuitas	Planejar o momento do acolhimento da receita e materializar as gratuidades
Educação	Obrigatoriedade de promover 20% da receita bruta em bolsas de estudo e projetos sociais permanentes	Planejar o incremento das obras assistenciais de menor custo, em vez de investir somente em bolsas de estudo, do acolhimento da receita e materializar as gratuidades
Saúde	Obrigatoriedade de promover 20% da receita bruta em obras sociais gratuitas	Planejar o momento do acolhimento da receita e materializar as gratuidades

Por
MARCOS BIASIOLI

A ilegalidade da transformação da filantrópica em sociedade com fins lucrativos

Passando a instituição a ter fins lucrativos, toda sua essência social estará comprometida, em especial no campo do direito tributário

A Constituição Federal dá plena liberdade à criação de uma associação para fins legais, não lucrativos, vedando a interferência do Estado. Nesse processo, o artigo 44 do novo Código Civil Brasileiro enquadra as pessoas jurídicas sem fins lucrativos como associações (em regra, nasce sem capital) ou fundações (obrigatoriamente, nasce com capital), em entes de direito privado.

Seja a entidade uma associação ou fundação, ambas as formatações são constituídas para o desenvolvimento de um determinado fim, não econômico, visando atender a um grupo.

Para tanto, torna-se preponderante, e atualmente obrigatória, a descrição de seus fins, que podem priorizar o assistencialismo, a tutela ao meio ambiente, a cultura, a pesquisa, ao ensino, a saúde, ao lazer, ao esporte, ao acervo histórico, e muito mais. Ressalvadas as fundações, que, por determinação do art. 62, do novo Código Civil, somente podem ser constituídas para os fins religiosos, morais, culturais e de assistência.

Não obstante os fins de sua criação, geralmente terem sido direcionados ao interesse público, não há como retirar delas, o caráter privado de sua existência, dentro do âmbito do direito civil.

Muito embora se defenda que o caráter

interferência do Estado, ela não é tão intransponível como parece, conforme aprofundaremos o estudo abaixo.

Autonomia e independência da instituição

Partindo do pressuposto que a instituição agirá por sua conta e risco na produção dos seus fins, ou seja, de forma autônoma e dissociada dos recursos públicos, ela terá a plena liberdade de ação sem qualquer interferência do Estado, respeitados os limites impostos pela lei, mormente aqueles de ordem tributários e guardado o acompanhamento do Ministério Público, no caso das Fundações¹.

Perda da Total Independência e do Status de Ente de Direito Privado

De acordo com o novo Código Civil, as entidades devem deixar claras as fontes de recursos de que se utilizam para a consecução de seus fins no exame de seu estatuto social.

Flagrando que a instituição será mantida por fontes diretas (auxílios, subvenções, convênios, patrocínios ou parcerias) ou indiretas (benefício fiscal) oriundas do orçamento público, logo devemos peregrinar na identificação de outra disposição estatutária, que é aquela que regula os seus fins, ou melhor dizendo, sua vocação.

A Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS)² apenas confere o empírico reconhecimento de entidade ou organização de assistência social àquelas que prestarem atendimento e assessoramento não cumulativamente: à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e ao deficiente físico.

Nesta ordem, se a instituição social lança em seu estatuto que manterá a obra através de recursos públicos e também privados, deverá obrigatoriamente prever a extensão de sua assistência nos exatos ditames da LOAS.

A partir do momento que passou a integrar o rol dos tomadores dos recursos públicos, mediante o preenchimento dos todos os requisitos da lei, de forma direta ou indireta, ainda



que na condição de mero repassador por meio de ações sociais, perde parcialmente, no nosso ponto de vista, a condição de ente eminentemente de direito privado, e passa a ter que obedecer, em determinadas ações da vida civil, o mesmo regramento das empresas públicas.

O art. 74, inciso II, combinado com o parágrafo único do art. 70, da Constituição Federal, dispõe que os poderes legislativos, executivo e judiciário, manterão um sistema de controle da legalidade e avaliação dos resultados da gestão financeira e patrimonial, entre outros, das entidades de direito privado, as quais de forma direta ou indireta, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos.

Interpretando a norma ao pé da letra, implica na afirmação que a liberdade de ação conquistada quando da união dos membros para a constituição da instituição, deixou de reinar por absoluto, após a participação na fatia do erário público, eis então a dedução que a entidade passou a ter um capital misto, e por consequência passou a ser um ente público-privado, dentro do ordenamento do direito administrativo.

Vedação Legal da transformação da filantrópica em sociedade de fins lucrativos

Na órbita do estudo acima, focamos que o ingresso do recursos públicos no caixa das entidades sociais, sejam elas de mero assistencialismo, ou de educação ou saúde, desbancam a plena liberdade de ação, em especial no tocante a mutação patrimonial.

Quando falamos da participação das entidades sociais no orçamento do dinheiro público, afirmamos que ela pode ocorrer de duas formas: direta ou indiretamente.

Analisando a participação direta, ou seja, a recepção de uma fatia do dinheiro creditada na conta-corrente da instituição, por meio de um auxílio ou subvenção, detectamos no âmbito da norma constitucional, algumas regras de primária interpretação e dedução ao impedimento da conversão da instituição em uma sociedade com fins lucrativos, senão vejamos:

(a) O art. 213 diz que os recursos públicos somente poderão ser destinados, entre outras, às escolas filantrópicas que comprovarem finalidade não-lucrativa e que aplique seus excedentes financeiros em educação, e mais, que assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola, filantrópica ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

Em arremate ao caso de entidades beneficiárias de educação, destacamos também que a lei federal nº 9.870/99, que regula

o tratamento das mensalidades escolares, prevê em seu art. 7º B, a obrigatoriedade das entidades mantenedoras de instituições de ensino superior, sem finalidade lucrativa, destinar seu patrimônio a outra instituição congênere ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades, promovendo, se necessário, a alteração estatutária correspondente;

(b) O art. 199 dispõe que, entre outras, as filantrópicas e as sem fins lucrativos, poderão participar da assistência à saúde e de forma complementar do Sistema Único de Saúde, porém veda a destinação de recursos públicos às instituições privadas com fins lucrativos.

Na pueril interpretação da Constituição, deduzimos no primeiro caso, que a instituição que resolver por meio do seu colegiado competente encerrar suas atividades, obrigatoriamente deverá delegar sua obra e patrimônio a outra instituição congênere ou ao Estado. Já no segundo caso a norma maior veda a repartição de recursos públicos às sociedades com fins lucrativos.

Na seara da participação indireta, que, no caso, se trata do benefício advindo da imunidade/isenção fiscal, também encontramos outros obstáculos no âmbito das demais legislações³ que regulam o acesso ao favor tributário. A norma cogente prevê que no caso de dissolução ou extinção, o eventual patrimônio remanescente deve ser destinado a entidades congêneres registradas no CNAS ou a entidade pública.

O Código Tributário Nacional⁴, no Capítulo que trata das imunidades tributárias, também prevê que um requisito ao acesso da imunidade é a não distribuição de qualquer parcela do patrimônio da instituição a qualquer título quicá para o caso de transformação da instituição social filantrópica em sociedade com fins lucrativos.

Precisamente em seu art. 7º C, a lei 9.870/99, já mencionada, também determina que as entidades mantenedoras de instituições privadas de ensino superior filantrópicas, entre outras, não poderão ter finalidade lucrativa, e devem obediência ao mencionado Código Tributário Nacional, a exemplo da lei de custeio da seguridade social⁵.

Analisando agora, sob o prisma do direito comercial, destacamos que são cinco as formas de mudança na estrutura jurídica da pessoa jurídica, alienação, fusão, incorporação, cisão e transformação.

Cabe-nos, neste momento, apenas estudarmos o caso da transformação, se é ou não aplicável às associações e/ou fundações.

Em poucas palavras, transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro, segundo o art. 220 da Lei 6.404/76. De forma exemplificativa, uma sociedade LTDA passa S/A, ou vice-versa.

A lei é clara em afirmar que tal prerrogativa somente pertence às sociedades⁶, o que por si só, já afastaria a figura das filantrópicas que não são integrantes da família das sociedades, mas sim das associações e fundações.

Conclusão

Todavia, ainda que fosse possível a transformação da filantrópica em sociedade com fins lucrativos, encontraríamos outros entraves, neste caso intransponíveis, senão vejamos:

- (a) A transformação não gera dissolução da instituição⁷, o que resulta na continuidade de suas atividades, inclusive as de caráter social;
- (b) Passando a instituição ter fins lucrativos, ante os efeitos da transformação, toda sua essência social estará comprometida, em especial no campo do direito tributário, pois estará contrariando aos princípios de sua constituição, bem como o art. 14 do CTN, a exemplo da Lei 8.212/91, sem falar no afronto a LOAS e a todos os regimentos das instituições sociais;
- (c) Por outro lado, se a instituição social que já se beneficiou do dinheiro público por vias diretas ou indiretas, já agregou em seus caixas cifras dissociadas do capital próprio, e assim sendo, transforma-la implicará na privatização do bem público, sem qualquer praxe legal, mormente a licitatória com pronta devolução das riquezas adquiridas aos cofres públicos.

Diante de tudo o exposto, não nos intimidamos em afirmar que é terminantemente vedado por lei a transformação da associação ou fundação social filantrópica, em uma sociedade com fins lucrativos, e qualquer tentativa nesta linha, está sujeita a caracterização do enriquecimento sem causa dos seus protagonistas, que responderão não só civilmente, mas também criminalmente ante a malversação do dinheiro público. 🏠

SOBRE O AUTOR

Marcos Biasoli. Advogado e assessor jurídico de inúmeras entidades filantrópicas. Mestrado pela PUC/SP, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, pós-graduado pela European University. Foi docente da PUC/SP e da UniFMU/SP na cadeira de Legislação Social.

¹ Em alguns Estados, o MP também promove por autorização legal, o acompanhamento das associações; ² Lei 8.742/93; ³ Decreto-lei 2.536/98 – art. 3º, IX; ⁴ Art. 9º combinado com o art. 14º;

⁵ Lei 8.212/91 – art. 5º; ⁶ Rubens Requião, professor e autoridade no assunto, diz que: "A transformação, no texto legal, não constitui um instituto exclusivo das sociedades anônimas: aplica-se a qualquer tipo de sociedade comercial, ..." (Livro Curso de Direito Comercial, p. 205); ⁷ Art. 220, Lei 6.404/76.

Justiça permite que filantrópica suspenda julgamento de processo no CNAS

Falta de objetividade quanto à classificação da gratuidade obrigatória deve garantir às filantrópicas o direito de defesa em função da possível perda do certificado de filantropia

Por
MARCOS BIASIOLI

O principal requisito para a entidade beneficente conquistar o direito ao não pagamento dos tributos, por força da imunidade tributária, é possuir o certificado de entidade beneficente de assistência social (antigo certificado de fins filantrópicos) expedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS.

Ocorre que preencher as exigências para sua conquista não é tarefa fácil e impõe à entidade beneficente muita burocracia e perseverança, uma vez que terá que peregrinar pelo preenchimento de uma série de outros requisitos para poder candidatar-se a tal reconhecimento público e carimbar o passaporte à imunidade fiscal.

O mais polêmico e mais temido dos requisitos é aquele que tem a finalidade de demonstrar que a entidade filantrópica aplicou, ao menos, 20% de sua receita bruta em ações sociais gratuitas.

Nota-se que o mais difícil, em regra, não é praticar ações sociais gratuitas na proporção mínima legal, uma vez que as filantrópicas foram criadas para tal fim, mas de fielmente demonstrá-las, pois não há, ainda, legislação que aponte com exatidão o que é “gratuidade”.

Para sustentar o processo fiscalizatório administrativo, o INSS trouxe, em 2001 (por meio de um parecer da consultoria jurídica do então Ministério da Previdência e Assistência Social, de nº 2414/01), definição de forma singular, o que a entidade

filantrópica não pode reconhecer como gratuidade. Porém, nada trouxe acerca do que ela pode contabilmente lançar como ações sociais gratuitas. Deduz-se, então, que tudo aquilo que não está proibido no parecer, é permitido.

O atributo de classificar o que são ações gratuitas não é papel do INSS, nem tampouco da consultoria jurídica do MPAS, mas do legislador. E como ele ainda não o fez de forma clara, concisa e transparente, o encargo ficou com a própria instituição, que deverá empregar todo o seu bom senso na prática do bem.

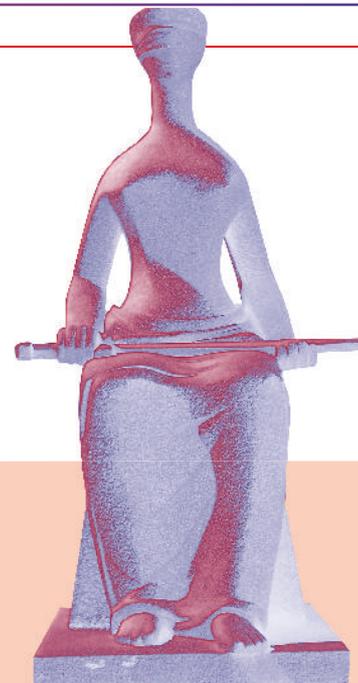
Na opinião de muitos, “gratuidade” é todo custo direto e indireto, comprovadamente despendido na produção do bem social.

Nessa linha de compreensão, cabe à entidade filantrópica, dentro dos princípios contábeis, registrar por meio de centros de custos, todo o dispêndio gerado em cada obra produzida.

Contudo, muitas filantrópicas estão perdendo seus certificados e, por consequência, sua imunidade fiscal, pelo fato de não demonstrarem eficazmente onde e de que forma empregaram seus recursos, o que resulta na maior renúncia ao direito constitucionalmente adquirido, precisamente previsto na Constituição.¹

A lei obriga o emprego de importância mínima em ações sociais gratuitas, porém não classifica o que pode ou não ser reconhecido

“A lei obriga o emprego de importância mínima em ações sociais gratuitas, porém não classifica o que pode ou não ser reconhecido como gratuidade”



Os trabalhadores do Terceiro Setor não possuem direito de reivindicar quanto a participação nos resultados, nem por meio de outra rubrica, tipo “abono especial”

Depois de homologado o acordo pela justiça, não há mais como rechaçá-lo, pois ele vincula as entidades do setor social. Exceto se ficar provado vício de consentimento por parte da instituição ao Sindicato Patronal lhe representar. Nesse caso, cabe ação anulatória para refutar a imposição de tal abono especial, segundo entendimento do TRT1, 2º. Região.¹

Assim sendo, não refutada a tempo, a convenção deve ser cumprida pelo Terceiro Setor, pois ela terá força de lei entre as partes, pois, do contrário, as entidades terão que responder de forma singular ou coletiva o seu descumprimento perante a justiça trabalhista, arcando com os ônus da omissão e da desídia processual.

O que fazer diante de tal impasse?

Comungamos para a solução com a última tese. A saber:

Quarta tese: a Constituição é pragmática, ou seja, não obstante sua soberania, ela mesma remete ao legislador complementar ou ordinário a função de regular o assunto. E assim o fez, no próprio mencionado inciso XI, do art. 7º: “Participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.”

Ao outorgar poderes ao legislador não constitucional, de regular a matéria, assim o fez, por meio da mencionada lei 10.101/00, que exclui o direito do empregado do Terceiro Setor de perceber tal distribuição de resultados, conforme se verifica no próprio teor da lei.

Vejam os que dispõe o parágrafo 3º do art. 2º: “Não se equipara a empresa, para os fins desta lei: I - a pessoa física; II - a entidade sem fins lucrativos que, cumulativamente: a) não distribua resultados, a qualquer título, ainda que indiretamente, a dirigentes, administradores ou empresas vinculadas; b) aplique integralmente os recursos em sua atividade institucional e no país; c) destine o seu patrimônio a entidade congênere ou ao poder público, em caso de encerramento de suas atividades; d) mantenha escrituração contábil capaz de comprovar a observância dos demais requisitos deste inciso, e das normas fiscais, comerciais e de direito econômico que lhe sejam aplicáveis.”

Em respeito à Constituição Federal e à lei em foco, não há sequer de longe como imputar as entidades filantrópicas ao cumprimento dos requisitos impostos pela lei, ou seja, a obrigatoriedade de promover a distribuição de resultados (superávit) aos seus empregados, por uma simples razão: elas não estão compelidas pela lei a fazê-la e a exigência por meio da Justiça do Trabalho, ao meu entender, deve ser amplamente rechaçada. O escudo se retira da própria Carta Magna, em seu art. 5º, inciso II, que aduz: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Não comungo com a quebra do princípio da isonomia entre os trabalhadores, pois todos são iguais perante a lei segundo o diploma constitucional, mas no caso em questão, os trabalhadores do Terceiro Setor não possuem direito de reivindicar quanto a

participação nos resultados, nem por meio de outra rubrica, tipo “abono especial”.

É certo que nada impede que haja acordo coletivo de trabalho no sentido de estipular vantagem e/ou compensação similar, mas jamais poderá invocar a proteção da lei 10.101/00, pois a ele não se aplica.

A organização deve obstar os termos da convenção coletiva, não sob o pretexto de que não auferir lucro, e tampouco sob o manto da política tributária que não pode distribuí-lo, ante o disposto no art. 14 do Código Tributário Nacional, mas sim pelo fato de que não está obrigada a distribuir resultado/lucro, pois a lei assim a excluiu de tamanha encargos.

O enfoque jurídico aqui enfrentado não teve o propósito de incitar o banimento dos direitos do obreiro do Terceiro Setor, que é tão dedicado, senão mais do aquele que milita no Segundo Setor, mas sim de advertir as entidades sociais desavisadas a participarem com mais veemência ao processo negocial trabalhista, evitando amanhã pagar por sua tardância e inércia. 

Marcos Biasoli. Advogado em São Paulo, mestrado em Direito – PUC/SP, pós-graduado em Direito Empresarial – The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, professor do curso de Gestão do Terceiro Setor da Universidade Federal do Espírito Santo e editor da Revista Filantropia.

¹ AÇÃO ANULATÓRIA – CLÁUSULA DE CONVENÇÃO COLETIVA – PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS (OU ABONO ESPECIAL) – ENTIDADE FILANTRÓPICA – SE NÃO DEMONSTRADO O VÍCIO DE CONSENTIMENTO, NÃO PROCEDE AÇÃO ANULATÓRIA PARA INVALIDAR CLÁUSULA DE CONVENÇÃO COLETIVA – QUE DETERMINOU PAGAMENTO DE ABONO A TÍTULO DE PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS – SOB O ARGUMENTO DE QUE A REQUERENTE NÃO SE PRESTA COMO INSTRUMENTO DE LUCRO POR SER RECONHECIDA COMO ENTIDADE DE FINS FILANTRÓPICOS. MATÉRIA QUE DEVE SER APRECIADA, APÓS PROVOCACÃO, POR MEIO DE AÇÃO DE CUMPRIMENTO. (TRIBUNAL: 2ª REGIÃO / ACÓRDÃO NUM: 2001002112 / DECISÃO: 13 09 2001 / TIPO: 14 / NUM: 1999004771 / ANO: 1999 / NÚMERO ÚNICO PROC: 14)



Marcos Biasioli: “gratuidade” é todo custo direto e indireto, comprovadamente despendido na produção do bem social

como gratuidade, cujo atributo cabe tão somente ao técnico contábil, dada a especificidade de cada caso de assistencialismo.

Defendo, então, que todos os processos em curso no CNAS que estejam com parecer pelo indeferimento da renovação do certificado (ou que contenham denúncia por meio de representação do INSS para o mesmo fim) sejam obrigatoriamente convertidos em diligências, visando oportunizar às filantrópicas o pleno e indiscutível direito de produzir todas as provas passíveis de comprovação, em especial a pericial ora produzida por reconhecidos peritos contábeis, visando demonstrar que verdadeiramente empregaram o importe mínimo legal em ações sociais gratuitas.

Tolir o direito em pauta implica cercear a defesa das filantrópicas, violando o art. 7º, parágrafo 1º, do Decreto 2.536/98, e por consequência rasgar a Constituição Federal, que regula em art. 5º, inciso LV, o direito da ampla defesa.

Enfim, a postulação deverá ser direcionada ao CNAS, antes mesmo do julgamento do processo, evitando que haja vício de interpretação pelo colegiado e, caso não seja recepcionado o pedido, certamente o Judiciário será a última via para evitar a retirada de um direito que ninguém pode mover das filantrópicas, que é o da ampla defesa. 

“Muitas filantrópicas estão perdendo seus certificados e, por consequência, sua imunidade fiscal, pelo fato de não demonstrarem eficazmente onde e de que forma empregaram seus recursos”

SOBRE O AUTOR

Marcos Biasioli. Advogado e assessor jurídico de inúmeras entidades filantrópicas. Mestrado pela PUC/SP, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie e pós-graduado pela European University.

1. ARTIGOS 150 E 195, PARÁGRAFO 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Manual para a construção de organizações sociais

Algumas dicas podem ajudar a montar mais facilmente uma entidade

Por
MARCOS BIASIOLI

É notório perceber hoje em dia que muitas pessoas estão procurando se engajar em causas sociais, uma vez que o espírito de solidariedade está impresso no âmago humano. Uma das provas disso está justamente no resultado da última campanha do projeto lançado pela AACD em conjunto com o UNICEF, difundida pela Rede Globo, que arrecadou cerca de R\$ 10 milhões.

O primeiro passo que um interessado na empreitada do bem costuma trilhar é filiar-se a um projeto como voluntário, perpassando para doador, podendo chegar até mesmo a ocupar papel na direção da associação.

No entanto, muitos vislumbram atender outro pólo de carentes sem auxílio de alguma entidade já existente e almejam estruturar a própria instituição para atender às necessidades sociais, quer na comunidade em que vivam, quer na defesa de qualquer outra causa.

Surge, a partir daí, a motivação para a construção de uma entidade sem fins lucrativos, ou seja, uma organização de pessoas com os mesmos ideais, dissociada ou não de qualquer empresa de fins econômicos e livre da vinculação com órgãos públicos. Enfim, uma organização não-governamental independente, autônoma.

Diante da sinergia dos envolvidos, inicia-se a formatação da ONG, que traz muitas dúvidas quando o assunto é a estruturação da obra.

Análise da vocação

As boas intenções não são suficientes para a edificação de uma entidade social. É de suma importância que os participantes tenham em mente a importância da eleição de uma única causa, pois a multiplicidade de propósitos leva ao naufrágio do projeto inaugural.

Eleito o tema, o grupo deve partir para outra análise: a da sobrevivência da obra, antes mesmo de fundá-la.

Fontes de sobrevivência

Atualmente, o próprio Código Civil determina que as instituições sociais insiram em seus estatutos a fonte de sobrevivência. Entretanto, tal assunto está amplamente ligado à construção da obra, já que as ONGs sobrevivem da dotação do fundador, da contribuição dos associados e dos recursos derivados de doações particulares e de empresas ou organismos internacionais tanto privados quanto públicos, este último subdividido em: renúncia fiscal (o não-pagamento de tributos); subvenções e auxílios oriundos do orçamento público; convênios em parceria com o Estado e derivados do orçamento público de outros países.

A definição sobre a montagem de uma organização encontra-se relacionada com a forma de sobrevivência dela, sendo que, sem isso, nenhuma motivação social poderá evoluir.

ONG ou OSCIP?

Caso a instituição pretenda se manter por meio de todos os recursos disponíveis, terá de se estruturar como entidade beneficente sem fins lucrativos, visando assistir ao carente, como determina a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, 8.742/93. Nessa modalidade, não há qualquer possibilidade de gratificar financeiramente associados ou dirigentes.

Já se a opção for remunerar diretores, a organização deverá se estruturar dentro das prerrogativas da Lei 9.790/00, que é a Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs. Contudo, não poderá se aproveitar dos recursos públicos originados da renúncia fiscal, que impede a remuneração de dirigentes (artigos 9º e 14º).

Estrutura jurídica

Existem apenas duas formas da constituição da estrutura jurídica – associação

Deve-se eleger uma única causa, pois a multiplicidade de propósitos leva ao naufrágio do projeto



A Assembléia Geral terá mais poder que o presidente da entidade, tornando-se assim necessária a seleção adequada de seu corpo social, pois integrantes mal intencionados poderão desviar os fins da instituição

ou fundação. A associação, em regra, inicia-se sem capital. Já a fundação deve obrigatoriamente nascer com recursos, pois sua constituição dispensa a escritura pública para solenizar a verba destinada à própria formação. Outra diferença é que a associação é fiscalizada diretamente pelos próprios associados, necessitando estabelecer certa forma de governo e manutenção. A fundação, por outro lado, é velada e fiscalizada pelo Ministério Público e seu modelo de governo e destino do capital devem atender aos anseios do doador, definidos na própria escritura. Na hipótese de dissolução, ambas deverão repassar os bens a entidades congêneres, principalmente se tiverem utilizado recursos públicos. Todavia, o fundador pode regular forma distinta, porém sem desrespeito à hipótese de tomar recursos públicos, que ficará sujeita ao trespasse do patrimônio a outra entidade congênere.

Governo da instituição

O novo Código Civil determina que a organização antecipe a forma que será governada, exigindo a formação do órgão que será supremo, a Assembléia Geral. A Assembléia Geral terá mais poder que o presidente da entidade, tornando-se assim necessária a seleção adequada de seu corpo social, pois integrantes mal intencionados poderão desviar os fins da instituição.

Forma de administração

O governo da entidade deverá ser feito pela diretoria, porém caberá à assembléia, segundo o novo Código Civil, aprovar contas, destituir administradores, alterar estatuto etc. Assim, a eleição da administração deverá ser consignada no Estatuto Social, visando primar pela segurança e manutenção dos propósitos inaugurais dos fundadores, guardada a evolução natural que a instituição sofre em sua vida civil.

Se a assembléia for relegada a um grupo desligado dos propósitos sociais da empreitada eleita pelos fundadores, corre-se grande risco de colisão de ideais e se inicia o precipício do negócio social, já que o órgão colegiado possui mais poderes que os próprios criadores, se dele não fizerem parte.

É notório que muitas ONGs começam com pessoas próximas ou mesmo parentes, que emprestam apenas seus nomes para a edificação da ONG. Entretanto, se a obra se multiplica (transformando-se numa universidade, num hospital etc.) os anônimos do passado passam a engrossar o coro da voz dissonante e podem até mesmo ser extirpados da organização, já que muitos colocam os interesses particulares acima de tudo.

Enfim, o corpo social é a chave do sucesso na construção da ONG, que deve incluir apenas aqueles envolvidos com os ideais propostos.

Legalização

Tomadas todas as cautelas citadas, os idealizadores da instituição poderão construir o Estatuto Social, de maneira a registrar todos os seus anseios. Jamais a redação do mesmo deve ser delegada a um profissional de direito ou de ciências contábeis, pois deve se originar dos propósitos dos fundadores. Todavia, tão logo a minuta esteja exteriorizada, respeitando a espinha dorsal da ONG, deverá ser confiada ao corpo jurídico, visando o correto enquadramento nos ditames da lei.

Registro

Assim que for constituído o estatuto, deve-se promover uma assembléia inaugural para aprová-lo, sendo que ambos deverão ser registrados em cartório para que tenham eficácia no mundo jurídico.

Regularização fiscal

O passo seguinte é buscar a inscrição junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) e ao Ministério da Fazenda, por meio da Secretaria da Receita Federal da sede da instituição, promovendo também a inscrição estadual e até mesmo municipal. É preciso que seja criado um Plano de Contas para registrar os atos e fatos contábeis, a exemplo dos livros contábeis, em especial o diário, que é obrigatório inclusive pelo novo Código Civil.

Regularização Administrativa

É recomendável a criação de um livro de associados registrado em cartório, para espelhar os fatos ocorridos durante a vida da entidade, para que, futuramente, a mesma não fique à deriva de maus feitos.

Certificações Públicas

Dependendo da vocação social eleita, logo após o fechamento do primeiro exercício contábil, a instituição deverá procurar os conselhos de assistência social, municipal, estadual e nacional, para a promoção de seu registro frente a esses órgãos, pretendendo o reconhecimento de Utilidade Pública. Note-se que o reconhecimento de Utilidade Federal é registrado pelo Ministério da Justiça. Já o de Entidade Beneficente de Assistência Social é oriundo do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS).

Ultrapassadas todas essas fases, as organizações poderão funcionar, então, sob o manto e supervisão da lei e com maior facilidade de obter recursos públicos ou privados. ☺

SOBRE O AUTOR

Marcos Biasoli. Advogado e assessor jurídico de inúmeras entidades filantrópicas. Mestre pela PUC/SP, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie e pós-graduado pela European University.

Referendar o Estatuto do Idoso é muito mais uma questão de cidadania do que de legalidade absoluta

Habitação

O idoso tem direito à moradia digna, seja no seio familiar ou em instituições públicas e privadas, que são obrigadas a manter rígido padrão de higiene e de alimentação regular. A assistência integral por entidades será prestada se não houver grupo familiar que ampare.

Transporte

Aos maiores de 65 anos fica garantida a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares. No caso de transporte coletivo interestadual, ficarão reservadas duas vagas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a dois salários mínimos. Excedendo esse número de vagas, os demais terão desconto de 50% na passagem.

Essa é uma inovação sem precedentes em nossa legislação, que confere liberdade e independência de locomoção para quem tem renda tão limitada.

Medidas de proteção

As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nessa lei forem ameaçados ou violados. O objetivo é fortalecer os vínculos familiares e comunitários. Cabe ao Ministério Público e ao Poder Judiciário a devida atenção a tais direitos e, no caso concreto, o requerimento de medidas a serem aplicadas, que podem ser diversas, como o encaminhamento para abrigo em entidade.

Política de atendimento ao idoso

Esta política se dará pelo conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, seguindo as linhas de ações previstas na lei, como políticas sociais básicas.

Entidades de atendimento ao idoso

Tais instituições responderão pela manutenção das próprias unidades. Elas

precisam inscrever seus programas junto aos órgãos municipais e estaduais, especificando os regimes de atendimento.

O estatuto assegura ainda assistência judiciária gratuita às instituições filantrópicas ou sem fins lucrativos prestadoras de serviço ao idoso.

Fiscalização das entidades de atendimento

As instituições serão rigidamente fiscalizadas pelo Ministério Público, Vigilância Sanitária, Conselho do Idoso e outros organismos previstos em lei. Se descumprirem as normas estabelecidas, serão penalizadas, havendo inclusive a responsabilização criminal dos dirigentes ou prepostos. As ONGs poderão ser punidas com suspensão parcial ou total de repasse de verbas públicas e até mesmo sofrerem a interdição da unidade, além da suspensão dos programas assistenciais.

Acesso à justiça

O procedimento sumário previsto no Código de Processo Civil será aplicado naquilo que não contrarie os prazos do estatuto. Resta ao Poder Público a criação de varas especializadas de atendimento ao idoso. Há ainda a prioridade na tramitação de processos em que idosos figurem como parte ou interveniente. A prioridade não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do companheiro(a) com mais de 60 anos. Tal previsão abrange tanto processos judiciais quanto administrativos.

Proteção judicial dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos

Serão aplicadas muitas severas quando houver condenação por ofensa aos direitos do estatuto. Os valores arrecadados serão revertidos ao Fundo do Idoso e ficarão vinculados à aplicação de melhorias nesse setor.



Crimes

O estatuto também inovou em uma seara pouco explorada ao criar tipos legais na penalidade por condutas contrárias a seus preceitos. Estabeleceu punições exemplares para coibir atitudes nocivas aos idosos, como a omissão de socorro; a submissão do idoso à condição desumana ou degradante; discriminação e abandono.

Diante da breve exposição, é preciso que haja uma reeducação social em relação aos idosos. A sociedade deve conscientizar-se da importância de tratá-los com respeito. Não é esmola, mas um direito, reafirmado pela nova norma.

Esperamos que o Estatuto do Idoso não passe de mais uma lei inócua e inoperante, pois envelhecer hoje é sinônimo de padeecer, mas amanhã a justa velhice irá renascer. Acredite! 

Marcos Biasioli. Advogado e assessor jurídico de inúmeras entidades filantrópicas. Mestre pela PUC/SP, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie e pós-graduado pela European University.

¹ DECRETO – LEI 4.567/42, ART. 5º, LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL
² LEI 8.742/93.

Novas regras tributárias afetam entidades beneficentes

MARCOS BIASIOLI

A recente lei 10.833, de 30 de dezembro de 2003, trará mudanças significativas para a vida administrativa da entidade beneficente, que passará a ser a depositária do dinheiro público, a exemplo de todas as demais pessoas jurídicas, multiplicando a responsabilidade de seus administradores.

Apesar de a entidade social ser imune e/ou isenta de tributos, guardados o atendimento aos requisitos da lei, não poderá se eximir de recolher os tributos derivados das retenções de certos pagamentos promovidos em favor de terceiros.

A legislação em estudo visou à minimização do impacto da Cofins nas etapas produtivas e ao barateamento do produto final, contribuindo com o crescimento sustentado da economia (pelo menos foi esse o discurso do governo). No entanto, para muitos segmentos, especialmente àqueles não industriais, como as empresas prestadoras de serviços, o impacto foi de um aumento da carga tributária.

O direito à imunidade/isenção da organização beneficente não foi afetado, porém a rotina contábil e administrativa da mesma passará por mudanças que merecem ser assinaladas.

A partir de 1º de fevereiro, as instituições sociais que mantiverem relações comerciais com empresas de: limpeza; conservação; manutenção; segurança; vigilância; transporte de valores e locação de mão de obra; assessoria creditícia e mercadológica; gestão de crédito; seleção e riscos e administração de contas a pagar e a receber, bem como remunerações de serviços profissionais, estarão

sujeitas à retenção na fonte da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Cofins e do PIS/Pasep.

Em termos práticos, a entidade que contratar, por exemplo, serviços de segurança de uma empresa de vigilância pelo valor de R\$ 1 mil, deverá reter na fonte (ou seja, descontar do valor bruto da nota fiscal) 3% inerente a Cofins, 0,65% relativo ao PIS/Pasep e 1% de CSLL, totalizando 4,65%. Em síntese, a empresa que vendeu os serviços receberá líquido o importe de R\$ 953,50 (R\$ 1 mil - 4,65% desse valor).

A instituição também deverá reter na fonte, conforme o caso (vide art. 647 do Regulamento do Imposto de Renda), mais 1,5% a título de Imposto de Renda, implicando afirmar que a referida empresa receberá líquido da entidade o total de R\$ 938,50.

As organizações beneficentes estão dispensadas de promover a retenção na eventualidade de contratarem serviços de empresa que esteja inscrita no Simples (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte), a exemplo da Itaipu Binacional e de empresas estrangeiras de transporte de carga ou passageiros.

No caso de o pagamento do serviço ser efetuado para empresa inscrita no Simples, a instituição deverá se resguardar e exigir da prestadora do serviço declaração para fins de não incidência na fonte, assinada pelo representante legal da empresa (modelo no Anexo I da IN SRF nº 381/2004). Tal declaração ficará arquivada para eventual apresentação à fiscalização, sob pena de responder isoladamente pela não retenção do tributo.

O direito à imunidade da organização beneficente não foi afetado, porém a rotina contábil e administrativa da mesma passará por mudanças



“O eventual débito decorrente do não repasse das retenções ainda poderá inviabilizar a renovação do pedido de isenção junto ao INSS”

Marcos Biasioli



A lei também determina que as organizações devem promover o recolhimento da retenção¹ até o terceiro dia útil da semana subsequente àquela em que tiver ocorrido o pagamento à pessoa jurídica prestadora do serviço, desde que o valor seja superior a R\$ 10. Se for inferior, a entidade deverá efetuar o recolhimento adicionado às retenções seguintes.

As organizações que possuam filiais devem centralizar o recolhimento na matriz, ante a determinação da Secretaria da Receita Federal.

Em se tratando de operações entre duas entidades beneficentes portadoras da imunidade/isenção fiscal, aquela que tomar o serviço da outra não poderá promover a retenção do Cofins e da CSLL², dado que estão em condição de imunidade tributária. Quanto ao PIS, deverá haver a retenção e pronto recolhimento aos cofres públicos, visto que as instituições estão obrigadas a promover tal recolhimento (ressalvadas aquelas que conquistaram na justiça liminar para não fazê-lo, aventura que não é recomendada).

Outra determinação da lei (complementada pela IN SRF nº 381/2004) é que, anualmente (até o dia 28 do mês de fevereiro do ano subsequente), a fonte pagadora deverá entregar ao contribuinte um Comprovante Anual de Retenção da CSLL, Cofins e PIS/Pasep.

Recomenda-se, também, que tais retenções estejam registradas na contabilidade da instituição e que exista a adequada segregação no plano de contas, para que não haja, no futuro próximo, confusão do

INSS, e tampouco do CNAS em considerar que as retenções fazem parte das isenções usufruídas, aumentando os ônus dos limites de gratuidades que a entidade está obrigada a promover nos termos da legislação vigente, particularmente regulada na IN nº 100/2003, que revogou a IN nº 66/2002, ambas do INSS.

Destaca-se ainda que o eventual débito decorrente do não repasse das retenções ainda poderá inviabilizar a renovação do pedido de isenção junto ao INSS, com fundamento no art. 208, § 3º, do decreto 3.048/98, alterado pelo decreto 4.032/01.

Enfim, a entidade beneficente, além de administrar os problemas sociais, função que caberia ao Estado cumprir, também está obrigada em nome dele a administrar o dinheiro público, recolhendo o fruto daquilo que reteve, cuja remuneração será o aumento dos custos administrativos e o risco de seus administradores responderem pelo crime de apropriação indébita previsto no Código Penal.

É melhor acreditar que, agora que o dinheiro público está em boas mãos, nossos governantes saibam aplicá-los em prol daqueles desprovidos que tanto defendemos. 

Marcos Biasioli. Advogado e assessor jurídico de inúmeras entidades filantrópicas. Mestre pela PUC/SP, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie e pós-graduado pela European University.

1 CÓDIGO NIO DARF – 5.952
2 IGUAL TRATAMENTO AO IMPOSTO DE RENDA

Parceria Público-Privada

A nova vedete do Terceiro Setor

LEONARDO NOVAES

MARCOS BIASIOLI
mbiasioli@mbiasioli.com.br



Parceria Público-Privado

O Estado vem se transformando com velocidade surpreendente, em especial quando o assunto é forma de governo: do imperialismo à monarquia, perpassando pela ditadura, até chegar ao Estado amplamente democrático. O comportamento do Estado também foi compelido a modificações, pois sempre exerceu o papel de ser o dono da sociedade ao ditar, fiscalizar, impor regras e desfilar como algoz de seu povo. Na verdade, sua função deveria ser servir à nação, organizando a máquina estatal, equilibrando e distribuindo as riquezas por meio de mecanismos justos. Um exemplo é a tributação que, infelizmente, em muitos países, é utilizada para pagar uma conta que não é da população em si, mas de enfadonhos administradores públicos que desmantelaram o Estado, e ainda ocupam a tribuna dos protagonistas do Estado-moderno.

No entanto, a mudança do comportamento do Estado tem partido do reconhecimento de que ele não é suficiente para resolver sozinho os problemas do povo e ineficaz na reengenharia da qual o crescimento econômico é refém de uma política de governo.

Não é preciso ir longe para identificar a ineficiência do Estado brasileiro quando assume sozinho o risco de atender as neces-

sidades de seus habitantes. Exemplos vivos da fragilidade estatal podem ser constatados na saúde pública que, não obstante estar muito melhor que uma década atrás, ainda se encontra sucateada, carente de leitos, medicamentos, profissionais habilitados e muito mais. Outro exemplo é o ensino fundamental, médio e até mesmo superior. Do fundamental ao médio, faltam, entre outros fatores, capacitação e incentivo ao docente. O superior é reservado ao grupo abastado: a classe menos afortunada não tem recursos para preparar os jovens a disputar com aqueles com tempo e condições por uma vaga no seletivo processo admissional. A segurança pública também está tateando por melhora, pois a criminalidade cresce de forma desproporcional à estrutura policial, cuja gênese não está ligada apenas à falta de segurança, mas à correta política da erradicação da pobreza, principal fabricante da marginalização.

Assim, numa nação como a nossa, de aproximadamente 170 milhões de brasileiros, o Estado sozinho, isolado, jamais vencerá o braço de ferro dos anseios de seu povo e será sempre arremessado à falência. O que fazer?

No livro *Reinventing Government* (Reinventando o Governo, Ed. MH Comunicação,



A novidade para o Terceiro Setor é que as parcerias antes priorizadas às Oscips serão estendidas às demais instituições sociais de interesse público

R\$ 33), os pesquisadores David Osborne e Ted Gaebler escreveram: “É preciso reinventar o Estado; modificar seu relacionamento com o cidadão; privatizar sua gestão; retirar-lhe a arrogância e a onipotência, que não combinam com a democracia; submetê-lo à restrita obediência das normas jurídicas”.

A partir da Constituição Federal de 1988, que marcou o pleno exercício do Estado democrático, também ficou selada a oportunidade conferida ao Estado de viabilizar melhor relacionamento com o povo, deixando de lado sua “arrogância e onipotência”, como lecionam Osborne e Gaebler. Uma das maiores conquistas com a Carta Maior foi a garantia de poder outorgar ao setor privado a gestão do crescimento econômico, fortalecendo o caminho das parcerias.

A desestatização não implica no retrocesso, na venda ou entrega das riquezas do país às multinacionais, como os radicais defendiam. Isso representa, na realidade, grande avanço ao verdadeiro crescimento econômico, uma vez que o Estado não é indústria, nem locomotiva comercial ou empreendedor de serviços: é o pêndulo do equilíbrio humano e social. Nessa linha de raciocínio, o professor Caio Tácito nos legou com maestria em sua obra que “a abertura da economia e a relativa retirada do Estado na prestação de serviços econômicos é uma das manifestações desta dança do pêndulo entre extremos em busca do equilíbrio estável da perfeição”.

O Brasil tem dado ouvidos ao legislador constitucional de 1988 e aos grandes tratadistas do direito administrativo, bem como às experiências internacionais, para aprumar seu crescimento econômico por meio das parcerias com a iniciativa privada.

Por falar em experiências internacionais, destacam-se grandes modelos que têm tonificado a pretensão de fortalecer o Estado por meio de parcerias. Pode-se citar o caso da Inglaterra, que foi uma das pioneiras nas Parcerias Público-Privadas (PPP), cuja formatação visou ao financiamento da obra pública pelo setor privado, em vez de esvaziar os cofres públicos com obras privadas de caráter público.

A lei 8.987/95, complementada pela lei 9.074/95 e outras regulações, formalizou a Parceria Público-Privada (PPP). Depois da madura relação entre o público e o privado, surge o projeto de lei 2.546/2003, que complementa e formaliza as Parcerias Público-Privadas, de autoria do Poder Executivo, já aprovada pelo Plenário e remetida ao Senado Federal para aprovação final. Segundo o projeto, “a PPP constitui modalidade de contratação em que os entes públicos e as organizações privadas, mediante compartilhamento de riscos e com financiamento obtido pelo setor privado, assumem a realização de serviços ou empreendimentos públicos”.

O ponto alto do projeto é que, com o advento dessa lei, o Estado, que sempre

financiou as obras públicas e assumia praticamente sozinho o ônus do empreendimento, inclusive na órbita da Lei de Responsabilidade Fiscal, compartilha com o setor privado tais tarefas: o organismo privado se encarregará do empreendimento em nome do Estado, porém por própria conta e risco.

A contraprestação da administração pública nos contratos de PPP poderá ser feita por: pagamento em dinheiro; cessão de créditos não-tributários; outorga de direitos em face da administração pública e outorga de direitos sobre bens públicos.

É importante destacar também que o Estado poderá até mesmo fornecer garantias aos entes privados, ou seja, caso a iniciativa privada promova alguma obra em prol do Estado, e a financie junto aos bancos, os empenhos relativos às contraprestações passarão a ser liquidados diretamente aos financiadores, o que facilita a conquista da linha de crédito.

A novidade para o Terceiro Setor é que as parcerias antes priorizadas às Oscips (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público) serão estendidas às demais instituições sociais de interesse público

Em termos práticos, vamos supor que um hospital filantrópico possua um projeto de construção de unidade para multiplicar seus beneficiários, e não haja recursos públicos para tal. A solução pode ser permear pela contratação por meio da PPP e buscar junto aos bancos o financiamento, cuja garantia será honrada pelo Estado.

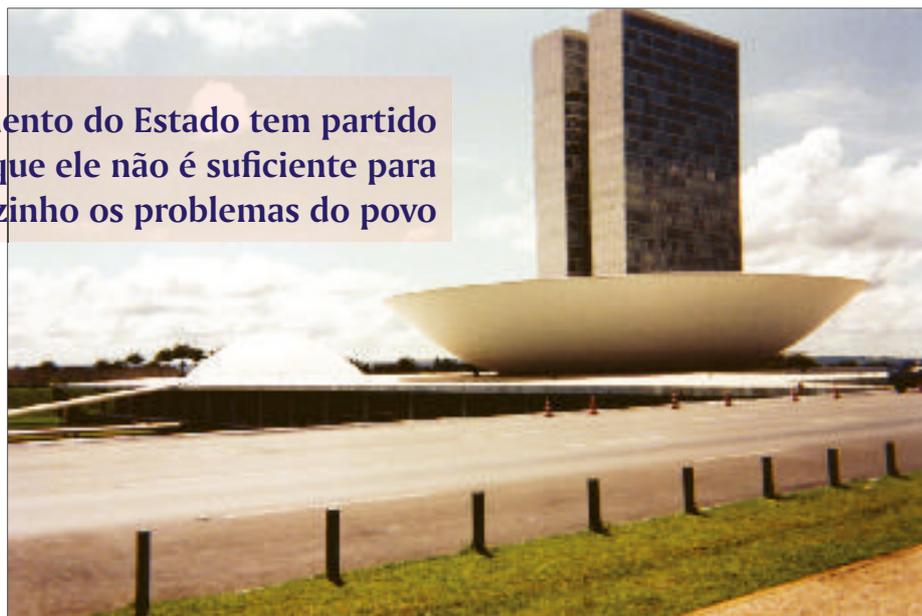
A recomendação é que os atores do Terceiro Setor aproveitem a grande oportunidade de articular o crescimento do bem por meio do perseguido apoio público e das Parcerias Público-Privadas (PPPs), que passaram a ser as grandes vedetes da assistência social. 

1 APUB, DIREITO DE PARCERIA E A LEI DAS CONCESSÕES, ARNALDO WALD
2 O RETORNO DO PÊNDULO: SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESA PRIVADA
3 A EXPERIÊNCIA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO REINO UNIDO, ROGER McCORMICK

Marcos Biasoli. Advogado e assessor jurídico de inúmeras entidades filantrópicas. Mestre pela PUC/SP, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie e pós-graduado pela European University.



A mudança do comportamento do Estado tem partido do reconhecimento de que ele não é suficiente para resolver sozinho os problemas do povo



a remuneração da vida consagrada

MARCOS BIASIOLI
mbiasioli@mbiasioli.com.br

O sistema tributário do Brasil tem assumido a sobrevivência dos missionários (religiosos enviados pela competente autoridade eclesiástica para realizar a obra das missões ou membros de institutos da vida consagrada¹), levando-os a viver de forma clandestina como se fossem tiranos.

Para que possamos aprofundar o estudo e contribuir para descortinar tal assombração, teremos que, inicialmente, trazer alguns conceitos de ordem tributária nos quais as instituições religiosas e seus membros estão enquadrados.

A Constituição Federal, em seu art. 150, dispõe que é vedado ao poder tributante cobrar impostos dos templos de qualquer culto. Todavia, para que possam usufruir tal direito, estão compelidos a atender aos requisitos da lei complementar (mais precisamente, o Código Tributário Nacional, art. 14), que estão assim classificados:

- I não distribuir qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;
- II aplicar integralmente no país os recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;
- III manter escrituração das receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Em face da previsão do referido inciso I, assomado ao voto de pobreza dos missionários, as entidades religiosas não remuneram seus integrantes, porém lhes custeiam o mister religioso. No entanto, não há dentro do ordenamento legal definição acerca da extensão de tal financiamento.

Devido à incipiência da precisão da lei, o INSS (Belo Horizonte) recentemente cassou o direito à isenção de uma grande instituição religiosa daquela cidade, pois entendeu que o custeamento do transporte de um de seus missionários caracterizava distribuição de resultado e violava o artigo 14, do Código Tributário Nacional, além do art. 55, da Lei 8.212/91, ou seja, não

classificou a despesa como financiamento do mister religioso.

Diante de tamanhos desatinos, a vida consagrada tem sido cada vez menos atrativa e sedutora na conquista de nossos missionários, e aqueles que já fazem parte da instituição estão cada vez mais confinados ao hipócrita sistema legal que os convidam a transgredí-lo, por meio do não-transito de parte dos parcos recursos que recebem e pelo caixa da instituição, a fim de custear o próprio ofício.

O que fazer para regularizar a remuneração da vida consagrada dos missionários?

É importante ressaltar, a princípio, que existem direitos invioláveis diante da lei² do homem, entre eles: direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O direito à liberdade, entre outros, também abrange o direito de consciência, crença religiosa e, em especial, o livre exercício de qualquer trabalho.

O voto de pobreza representa a crença dos religiosos, pois, salvo engano, é um dos atributos da vida consagrada e, assim sendo, está amparado por lei. **Mas em que consiste tal voto de pobreza?**

O homem, por mais probo e fiel que seja a sua crença, não pode sobreviver sem: alimento, vestuário, moradia, saúde, higiene, educação e transporte, eis que representam itens básicos à sua existência.

Neste diapasão, entendemos que voto de pobreza é antônimo de voto de riqueza, porém não alcança a renúncia de recursos por necessidades básicas, e tampouco está englobada a humilhação do religioso da mendicância de vinténs para sua manutenção.

Não há como aceitar, portanto, que o religioso que trabalha quase que ininterruptamente na atividade pastoral, em prol de fiéis e dos carentes de espiritualidade, possa renunciar uma remuneração básica e ínfima para se manter, afinal, acreditar que a fixação de um módico salário ao missionário viola a lei fiscal e o voto de pobreza é endossar o retorno da escravatura e rasgar a maior lei que é a nossa Constituição Federal.



Acreditar que a fixação de um módico salário ao missionário viola a lei fiscal e o voto de pobreza é endossar o retorno da escravatura e rasgar a maior lei que é a nossa Constituição Federal

Defendemos, então, que toda instituição religiosa fixe um **salário mínimo** para seus membros, não pelo trabalho espiritual e tampouco por sua condição de dirigente da instituição religiosa, mas sim para custear o seu mister religioso.

E mais, somos da opinião que o fato jurídico deve ficar consignado nos assentos contábeis sob a rubrica “**Financiamento de Mister Religioso**”, pois não há o que esconder, uma vez que é perceptível que a fixação de tal remuneração não afeta sequer de longe o disposto no art. 14, I, do CTN, isto é, não representa distribuição de patrimônio e/ou resultado.

Aliás, o artigo 76 da CLT, na tentativa de regulamentar a ordem constitucional³, define que o salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga para suprir as necessidades básicas do trabalhador.

Ademais, a Lei 10.170/02, que regula o tratamento fiscal da remuneração do religioso, dispõe em seu artigo 1^o⁴ que: “§ 13. *Não se considera como remuneração direta ou indireta, para os efeitos desta Lei, os valores despendidos pelas entidades religiosas e instituições de ensino vocacional com ministro de confissão religiosa, membros de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa em face do seu mister religioso ou para sua subsistência desde que fornecidos em condições que independam da natureza e da quantidade do trabalho executado*”.

É importante enfatizar o trecho final da lei: “*desde que fornecidos em condições que inde-*

pendam da natureza e da quantidade do trabalho executado”. Isto significa que o financiamento do mister religioso está dissociado da remuneração de trabalho profissional.

Sendo assim, entendemos que as entidades religiosas estão autorizadas, e até obrigadas por lei, a promover o pagamento de, ao menos, um salário mínimo aos seus missionários, em vez de submetê-los ao ato vexatório da obrigação de apresentar nota fiscal de consumo inerente ao suprimento de suas necessidades triviais.

Assim, defendemos que no financiamento do mister religioso está incluída a necessidade básica, e o agente fiscal que assim não entender, como foi aquele mineiro desavisado, está pondo em risco a soberania do maior instituto legal – que é o direito à vida.

Por outro lado, caso o missionário exerça atividade de cunho profissional ante sua formação acadêmica, tal como: professor, psicólogo, administrador, advogado, nutricionista etc, somos também da opinião que ele deva ser remunerado diante da prestação de serviços de tais atividades, pois, entre as liberdades previstas na Constituição Federal, está a liberdade do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão⁵.

Entendemos então não haver, também neste caso, nenhuma violação ao malsinado art. 14, I, do CTN, que, de forma explícita, declina vedação à distribuição de parcela de patrimônio a qualquer título, inclusive remuneração. Porém, presumimos que o

espírito do legislador foi impedir que a remuneração se transviasse em forma de distribuição disfarçada de patrimônio e/ou resultado, que no caso em tela não ocorrerá, pois a remuneração aqui defendida diz respeito à contraprestação ao trabalho de ofício previsto constitucionalmente.

Todavia, apesar de justa e legal a remuneração do missionário que exerce trabalho de ofício dentro da própria instituição religiosa, entendemos que ela não é ética, pois haverá sempre a confusão entre empregador/empregado, podendo transparecer que o próprio missionário se auto-remunera. Para dissuadir tal infração ética, sugerimos a desvinculação dele da condição de associado da instituição civil, deixando-o restrito no lastro da instituição religiosa, por meio dos estatutos da vida consagrada.

Enfim, o financiamento do mister religioso por meio de salário, não é só uma obrigação da entidade religiosa, mas sim um direito de cidadania do missionário.

Acredite! 

1 SEGUNDO O ART. 784 DO CÓDIGO CANÔNICO.

2 ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

3 ART. 7º, IV, DA CF.

4 ALTEROU A LEI 8.212/91, INSERINDO O PARÁGRAFO 13º.

5 ART. 5º., INCISO XIII, CF/88.

Marcos Biasoli. Advogado em São Paulo, mestrado PUC/SP, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie/SP, pós-graduado em Direito Empresarial – The European University, Editor da Revista Filantropia

Fundações de pesquisa e apoio e a imunidade tributária

MARCOS BIASIOLI
marcos@mbiasioli.com.br

No II Congresso Paraense do Terceiro Setor, realizado pela Fundação Instituto para o Desenvolvimento da Amazônia (Fidesa) e com o apoio da Universidade da Amazônia (Unama), que aconteceu em 29 de outubro deste ano, travou-se um debate sobre a extensão da imunidade e isenção tributária às fundações de apoio e pesquisa, sendo que não houve consenso dos palestrantes acerca do tema.

Defendi o seguinte ponto de vista na mesa diretora e mantenho minha posição após ampla reflexão.

Com relação à isenção tributária, não há o que se discutir, pois ela deriva de lei e cabe ao legislador municipal e estadual, no exercício legítimo de seu poder de tributar, ora conferido pela Constituição Federal, art. 155, letra g, isentar ou não o contribuinte do recolhimento de tributo de sua competência.

Neste diapasão, as fundações de apoio poderão ou não ser contempladas pela isenção de determinados tributos, desde que atendam aos anseios da lei que perfilar os requisitos da isenção.

Todavia, no que diz respeito à imunidade tributária, que, no meu entender, quanto às entidades de assistência social e de educação, não representa apenas a limitação ao poder de

tributar, mas também a contrapartida imposta ao contribuinte para fazer as vezes do Estado, nem todas as fundações poderão estar albergadas pela imunidade constitucional diante das reflexões apresentadas a seguir.

A imunidade tributária de impostos, ora prevista na Constituição Federal, art. 150, VI, abrange o patrimônio, a renda e os serviços das entidades de assistência social e educação, e veda a instituição de qualquer imposto aos templos de qualquer culto.

No que tange à imunidade das contribuições sociais, prevista no art. 195, § 7º do mesmo diploma constitucional, o legislador apenas a reservou para as entidades de assistência social, ainda que vista no sentido lato da palavra.

Diante de tais invocações constitucionais, poderíamos precocemente fulminar as pretensões das fundações de apoio que, em regra, não são de assistência social e tampouco de educação, aspectos que as afastariam da imunidade tributária.

Contudo, a gênese da questão não se prende ao fato de a vocação social da fundação estar vinculada a “apoio” ou à “pesquisa”, mas a outro muito mais relevante, que diz respeito ao destino de sua vocação.

O assistencialismo intrinsecamente deve ser direcionado ao carente, ou seja, para aquele

Negar o reconhecimento da imunidade à fundação que pesquisa e apóia causas sociais e atende aos ditames da lei, implica em violar a própria Constituição Federal





que não possui meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

A Loas define que a assistência social tem por objetivo suprir os carentes por meio da proteção à família, maternidade, infância, adolescência e velhice; da habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e da promoção de sua integração à vida comunitária.

Partindo do pressuposto que a fundação de apoio ou pesquisa destine seus fins a pessoas carentes na forma da lei e preencha os requisitos do art. 14 do Código Tributário Nacional, assomado aos pressupostos da lei 8.212/91, art. 55 combinada com o decreto nº 2.536/98, não vejo como repelir o direito constitucional da imunidade tributária de impostos e contribuições sociais a tais instituições.

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 202.700-6, reconheceu que a imunidade tributária não é extensiva às entidades fechadas de previdência privada, ante ao fato de restringir a concessão de benefícios aos filiados mediante recolhimento das contribuições pactuadas, não se enquadrando no núcleo das entidades de assistência social, que “trazem ínsito em suas finalidades a observância ao princípio da universalidade, da generalidade e concede benefícios a toda a coletividade, independentemente de contraprestação”.

Emprestando a decisão do Pretório Excelso à composição final de nosso estudo, ressaltamos que cabe às fundações de apoio e pesquisa tutelar

o próximo carente, ainda que por meio de sua própria vocação social, para ver reconhecido seu direito à imunidade tributária.

Negar, portanto, o reconhecimento da imunidade à fundação que pesquisa e apóia causas sociais e atende aos ditames da lei implica em violar a própria Constituição Federal, cujo antídoto será bater as portas do judiciário para repelir a teratologia daqueles desavisados que faltaram à aula primária de direito público. 

Marcos Biasioli. Advogado em São Paulo, mestrado PUC/SP, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie/SP, pós-graduado em Direito Empresarial – The European University, editor da Revista Filantropia.

Lei 8.742/93, ART. 2º.

AINDA QUE SUPERADA A TESE DE QUE AS IMUNIDADES CONSTITUCIONAIS NÃO PODEM SER REGULADAS POR LEI ORDINÁRIA, ANTE O ADVENTO DO ART. 146, II, DA CF/88.

Participação nos lucros das entidades do Terceiro Setor

Teses apontam considerações importantes sobre distribuição de resultados

MARCOS BIASIOLI
marcos@mbiasioli.com.br



Não há como imputar as entidades filantrópicas ao cumprimento dos requisitos impostos pela lei, ou seja, de promover a distribuição de resultados a seus empregados



A repartição dos lucros da empresa a seus funcionários já foi largamente debatida e o assunto está por demais ultrapassado. Parte-se da premissa que a primeira norma a regular a matéria de forma específica foi editada em 1994, por meio da Medida Provisória nº 194, que foi reeditada treze vezes e se converteu em lei em 2000 (nº 10.101/00), e que a Constituição Federal de 1988 também já havia regulado o assunto por meio do art. 7º, inciso XI.

Todavia, quando atraímos o assunto para debate quanto sua aplicação ao Terceiro Setor, sempre há novas e amplas reflexões que merecem ser exauridas, pois anualmente, em regra, às vésperas dos dissídios coletivos dos empregados, surgem infundáveis dúvidas e inconformismo com as decisões tiradas das convenções coletivas que vinculam as entidades sociais. Diante de tal obscuridade, vamos tentar minimizar a tônica do calor do debate por meio de algumas considerações de teses de singela contribuição.

Partindo do exame da lei 10.101/00, que instituiu a obrigatoriedade da distribuição de lucros das empresas, logo poderíamos refutar sua aplicação às entidades do Terceiro Setor. Vejamos o que diz a lei: “Art. 1º – Esta lei regula a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade, nos termos do art. 7º, inciso XI, da Constituição.”

A primeira tese que, via de regra, se sustenta ante o jargão de que as instituições não produzem lucro e, com isso, não estão

incorporadas ao regramento legal, está superada, pois a lei aduz “lucros ou resultados”. Assim sendo, ainda que não gere lucro, e sim superávit, este não deixa de ser um resultado que impõe distribuição.

A segunda tese inicia-se pelo exame da Constituição Federal de 1988, que prevê o direito em estudo a todos os trabalhadores. A saber: “Art. 7º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.”

Pela interpretação isolada da Carta Política, não há como afastar o empregado das instituições sociais de tal direito constitucional, pois ele também é um trabalhador e, pelo princípio da isonomia, deve ter igual direito àqueles que labutam no Segundo Setor.

De acordo com a terceira tese, o legislador ao promulgar a lei em comento incluiu no art. 2º, incisos I e II, o direito das empresas de estabelecerem, por meio de comissões formadas pelas partes, convenções ou dissídios coletivos critérios para a distribuição dos lucros/resultados. Neste diapasão, as instituições do Terceiro Setor, que em sua grande maioria são omissas por advento das negociações coletivas, estão sendo forçadas a recepcionar as decisões derivadas dos acordos sindicais, ora até homologados pelo TRT, que as obrigam a promoverem a dita distribuição sob a rubrica de “abono especial”.



Os trabalhadores do Terceiro Setor não possuem direito de reivindicar quanto a participação nos resultados, nem por meio de outra rubrica, tipo “abono especial”

Depois de homologado o acordo pela justiça, não há mais como rechaçá-lo, pois ele vincula as entidades do setor social. Exceto se ficar provado vício de consentimento por parte da instituição ao Sindicato Patronal lhe representar. Nesse caso, cabe ação anulatória para refutar a imposição de tal abono especial, segundo entendimento do TRT1, 2ª. Região.¹

Assim sendo, não refutada a tempo, a convenção deve ser cumprida pelo Terceiro Setor, pois ela terá força de lei entre as partes, pois, do contrário, as entidades terão que responder de forma singular ou coletiva o seu descumprimento perante a justiça trabalhista, arcando com os ônus da omissão e da desídia processual.

O que fazer diante de tal impasse?

Comungamos para a solução com a última tese. A saber:

Quarta tese: a Constituição é pragmática, ou seja, não obstante sua soberania, ela mesma remete ao legislador complementar ou ordinário a função de regular o assunto. E assim o fez, no próprio mencionado inciso XI, do art. 7º: “Participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.”

Ao outorgar poderes ao legislador não constitucional, de regular a matéria, assim o fez, por meio da mencionada lei 10.101/00, que exclui o direito do empregado do Terceiro Setor de perceber tal distribuição de resultados, conforme se verifica no próprio teor da lei.

Vejamos o que dispõe o parágrafo 3º do art. 2º: “Não se equipara a empresa, para os fins desta lei: I - a pessoa física; II - a entidade sem fins lucrativos que, cumulativamente: a) não distribua resultados, a qualquer título, ainda que indiretamente, a dirigentes, administradores ou empresas vinculadas; b) aplique integralmente os recursos em sua atividade institucional e no país; c) destine o seu patrimônio a entidade congênere ou ao poder público, em caso de encerramento de suas atividades; d) mantenha escrituração contábil capaz de comprovar a observância dos demais requisitos deste inciso, e das normas fiscais, comerciais e de direito econômico que lhe sejam aplicáveis.”

Em respeito à Constituição Federal e à lei em foco, não há sequer de longe como imputar as entidades filantrópicas ao cumprimento dos requisitos impostos pela lei, ou seja, a obrigatoriedade de promover a distribuição de resultados (superávit) aos seus empregados, por uma simples razão: elas não estão compelidas pela lei a fazê-la e a exigência por meio da Justiça do Trabalho, ao meu entender, deve ser amplamente rechaçada. O escudo se retira da própria Carta Magna, em seu art. 5º, inciso II, que aduz: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Não comungo com a quebra do princípio da isonomia entre os trabalhadores, pois todos são iguais perante a lei segundo o diploma constitucional, mas no caso em questão, os trabalhadores do Terceiro Setor não possuem direito de reivindicar quanto a

participação nos resultados, nem por meio de outra rubrica, tipo “abono especial”.

É certo que nada impede que haja acordo coletivo de trabalho no sentido de estipular vantagem e/ou compensação similar, mas jamais poderá invocar a proteção da lei 10.101/00, pois a ele não se aplica.

A organização deve obstar os termos da convenção coletiva, não sob o pretexto de que não auferir lucro, e tampouco sob o manto da política tributária que não pode distribuí-lo, ante o disposto no art. 14 do Código Tributário Nacional, mas sim pelo fato de que não está obrigada a distribuir resultado/lucro, pois a lei assim a excluiu de tamanha encargo.

O enfoque jurídico aqui enfrentado não teve o propósito de incitar o banimento dos direitos do obreiro do Terceiro Setor, que é tão dedicado, senão mais do aquele que milita no Segundo Setor, mas sim de advertir as entidades sociais desavisadas a participarem com mais veemência ao processo negocial trabalhista, evitando amanhã pagar por sua tardança e inércia. 

Marcos Biasoli: Advogado em São Paulo, mestrado em Direito – PUC/SP, pós-graduado em Direito Empresarial – The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, professor do curso de Gestão do Terceiro Setor da Universidade Federal do Espírito Santo e editor da Revista Filantropia.

¹ AÇÃO ANULATÓRIA – CLÁUSULA DE CONVENÇÃO COLETIVA – PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS (OU ABONO ESPECIAL) – ENTIDADE FILANTRÓPICA – SE NÃO DEMONSTRADO O VÍCIO DE CONSENTIMENTO, NÃO PROCEDE AÇÃO ANULATÓRIA PARA INVALIDAR CLÁUSULA DE CONVENÇÃO COLETIVA – QUE DETERMINOU PAGAMENTO DE ABONO A TÍTULO DE PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS – SOB O ARGUMENTO DE QUE A REQUERENTE NÃO SE PRESTA COMO INSTRUMENTO DE LUCRO POR SER RECONHECIDA COMO ENTIDADE DE FINS FILANTRÓPICOS. MATÉRIA QUE DEVE SER APRECIADA, APÓS PROVOCAÇÃO, POR MEIO DE AÇÃO DE CUMPRIMENTO. (TRIBUNAL: 2ª REGIÃO / ACÓRDÃO NUM: 2001002112 / DECISÃO: 13 09 2001 / TIPO: 14 / NUM: 1999004771 / ANO: 1999 / NÚMERO ÚNICO PROC: 14)

Recurso público e os reflexos tributários ao Terceiro Setor

MARCOS BIASIOLI
marcos@mbiasioli.com.br

É público e notório que as entidades sociais do Terceiro Setor concluíram, após séculos de existência, que o mero altruísmo não é suficiente para manter a causa da promoção humana. É cediço, então, que passaram a profissionalizar sua atuação, a fim de capacitar a gestão da missão, arregimentar fortes parceiros e tonificar as alianças de sustentabilidade.

No diapasão da velha teoria que “dois pobres não se sustentam”, a profissionalização, em especial da área de mobilização de recursos, tem ocupado cada vez mais o pólo de vedete das instituições sociais. A volúpia do “salve-se quem puder” tem levado à miopia muitas gestões de entidades, que em regra não percebem a via sinuosa em que estão adentrando na saga por recursos em prol da missão social.

Podem-se destacar exemplos pontuais, como: emprego na obra social de recursos espúrios (tráfico de drogas, roubo, furto, extorsão, comércio ilegal de mercadorias apreendidas etc.); co-participação na compra de votos eleitorais por meio da instituição, mediante o fetiche da contrapartida futura do político; empréstimo da imunidade tributária para fins genuinamente econômicos; assumir a responsabilidade do emprego do recurso público.

Dentre esses vários exemplos, o mais preocupante, por ser habitual, é o último item, tendo em vista que a responsabilidade do fiel depositário do dinheiro público é muito delicada e perigosa.

Lei de Diretrizes Orçamentárias

A municipalidade, a exemplo do Estado e da União, por determinação constitucional e legal, está compelida a anualmente orçar suas receitas e despesas. O resultado é a prolação das famosas LDOs, ou seja, Lei de Diretrizes Orçamentárias, e pior, a organização está obrigada a atendê-las sob pena do representante do executivo responder os ônus contidos na lei de responsabilidade fiscal.

Consta nas LDOs orçamento para o social e, muita vez, o executivo, até mesmo por comando da lei, o emprega por meio das entidades do Terceiro Setor via convênios, subvenção, auxílio, contrato e outras formas.

A instituição social que contém em seu âmago a complementação das ações estatais

recebe com sede os recursos públicos – que na maioria das vezes são parcos – e, em ato contínuo, os empregam na obra social. O ingresso do recurso público no caixa da instituição reflete, imediatamente, na base de cálculo das aferições tributárias.

Destacam-se aquelas de maior impacto:

Cofins

A MP 2.158-35/01 confere que a isenção da Cofins alcança apenas as instituições de educação e assistência social sem fins lucrativos, que preencham os requisitos do art. 55, da lei 8.212/91, que contém, entre outros, a obrigatoriedade de possuir o certificado Ceas, expedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social.

Quanto à base de cálculo, a Secretaria da Receita Federal, por intermédio da Instrução Normativa 247¹, entende que estão abrangidas pela isenção somente as receitas derivadas de atividades próprias da entidade, como as decorrentes de “contribuições, doações, anuidades ou mensalidades fixadas por lei, assembleia ou estatuto, recebidas de associados ou mantenedores, sem caráter contra-prestacional direto, destinadas ao custeio e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais” (art. 47, parágrafo 2º).

E mais, entende a SRF, em especial na referida IN 247, que as receitas financeiras e as receitas oriundas de programas de geração de renda (como prestação de serviços e venda de produtos) não estão abrangidas pela benesse, e são, portanto, tributáveis.²

A conclusão é que os recursos públicos compõem a base de cálculo da receita para fins do recolhimento da Cofins. A entidade do Terceiro Setor que não estiver entre as imunes, e não preencher os requisitos da lei destacada acima, terá de devolver aos cofres públicos parte do recurso recebido via partilha do orçamento.

PIS

A lei 10.637/02 instituiu um sistema duplo de tributação em relação às entidades do Terceiro Setor, quanto ao PIS, de acordo com sua classificação. Determina que as entidades com finalidades educacionais e de assistência social continuam regidas pela MP

Revista Filantropia

O ingresso do recurso público no caixa da instituição reflete, imediatamente, na base de cálculo das aferições tributárias



2.158-35, antiga MP 1.212/95, que determina o pagamento do PIS no índice de 1% sobre a folha de pagamento, desde que cumpram os requisitos da lei 8.212/91.

Já as entidades que não se enquadram nessa classificação estão sujeitas ao pagamento do PIS, desde 1º de dezembro de 2002, sobre seu faturamento mensal. É necessário fazer a ressalva de que a base de cálculo da referida exação abrange o total das receitas auferidas pelo contribuinte. Uma vez que a lei não faz qualquer exclusão específica, integram a base de cálculo os valores decorrentes de doações, aplicações financeiras, aluguéis, prestação de serviços, venda de mercadorias e, obviamente, os recursos públicos, ainda que seu resultado seja revertido integralmente para os fins sociais da entidade.

Cota Patronal

A lei 8.212/91 e o decreto 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social) determinam respectivamente em seus artigos 55 e 206 as condições para que as entidades de “direito privado beneficente de assistência social” usufruam o benefício da isenção. Entre os requisitos, estão a declaração de utilidade pública federal e o Ceas, exarado pelo CNAS.

Ocorre que, em geral, as prefeituras dos municípios contraem convênios com as entidades sociais, a fim de atender os anseios sociais da sociedade carente local. Nessa relação, repassam verbas para os fins do convênio, obrigando-as a contratar mão-de-obra específica, tais como médicos, enfermeiras, assistentes sociais etc. E por ser, em regra, imune, a instituição não promove o recolhimento da cota patronal de tais contratados.

O recurso público, apesar de entrar na base de cálculo para os tributos já assinalados, não compõe a base de cálculo da receita para fins de cálculo da gratuidade³, o que em tese passa a ser um grande atrativo para as entidades sociais.

Todavia, as entidades desavisadas esquecem que não obstante o recurso público não adentrar na base de cálculo para fins de gratuidade, as contribuições usufruídas, ou seja, aquilo que se deixa de recolher aos cofres públicos, nunca poderá ser inferior ao valor aplicado em ações sociais gratuitas.⁴

Como o recurso público não agrega a base de cálculo da receita para apuração das gratuidades, ele por consequência não pode justificar as ações sociais gratuitas, visto que o conceito que defendemos de gratuidade é o sacrifício econômico da instituição, ou melhor,

o que reflete na diminuição de seu ativo, e não a prestação de serviços com dinheiro alheio.

Nesse caso, a sugestão é que, antes de saciar os anseios com a recepção de recursos públicos, a instituição deve se debruçar na aritmética para identificar se o não pagamento da cota patronal é superior ou igual a 20% das ações sociais gratuitas praticadas – sem considerar aquelas promovidas com o dinheiro público, pois, do contrário, terá que majorar o sacrifício econômico da instituição para suprir a defasagem com as contribuições usufruídas, sob pena de rigorosa autuação fiscal.

Recomenda-se também que a meta das entidades sociais seja sempre de interesse público, mas que redobrem o cuidado no momento da mobilização de recursos, em especial os públicos, para não transformar a aparente auto-sustentabilidade em um presente de regalo. 

Marcos Biasoli. Advogado em São Paulo, mestrado em Direito – PUC/SP, pós-graduado em Direito Empresarial – The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, professor do curso de Gestão do Terceiro Setor da Universidade Federal do Espírito Santo e editor da Revista Filantropia.

¹ PARCIALMENTE ALTERADA PELAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS 358 E 464.

² ENTENDIMOS QUE QUANDO A INSTITUIÇÃO FOR IMUNE, A REGRA DA LN 247/SRF NÃO É APLICÁVEL PELAS RAZÕES DO ACÓRDÃO DO PLENO DO STF, RE 210.251.

³ VIDE DECRETO 2.536/98, ART. 3º, INCISO VI.

⁴ VIDE DECRETO 2.536/98, ART. 3º, INCISO VI – *IN FINE*.

Transformação de entidade sem fins lucrativos de educação em sociedade

Prouni abre oportunidade

para organizações

educacionais promoverem

a passagem do

capital público-privado

da instituição para

patrimônio de indivíduo

MARCOS BIASIOLI

marcos@mbiasioli.com.br

O Código Penal estabelece como crime o desvio de recursos públicos¹. O professor Celso Delmanto, em sua obra clássica *Direito Penal Comentado*, atribui como sujeito ativo do crime em questão apenas o funcionário público, que ora possui o poder de disposição de verbas ou rendas públicas².

Todavia, o mesmo diploma legal, no art. 327, parágrafo primeiro, aduz: “Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da administração pública”.

Partindo da premissa que as entidades de interesses sociais nada mais são que pessoas jurídicas de direito privado com interesse público, que complementam as ações sociais do Estado – recebendo parca verba pública ou sendo beneficiadas por meio de convênio, subvenção, auxílio e até mesmo por via da famigerada renúncia fiscal –, entende-se que seus dirigentes equiparam-se a funcionários públicos para fins de aplicação de delito penal em foco, caso venham a desviar verba ou renda pública das reais finalidades a que elas se destinam.

Aspecto criminal

No diapasão desse entendimento lógico jurídico, a entidade de interesse social, seja benéfica ou não, que celebra parceria (no sentido lato da palavra) com o Poder Público, passa a ser dele refém quanto à mutação patrimonial, visando a não consumação delituosa.

A razão da exação do assunto criminal se fez necessária para que se possa advertir, em especial, as entidades sociais de educação, que estão em processo de transformação, ou seja, de associação/fundação para sociedade e, por conseqüência, promovem a passagem do capital público-privado da instituição para patrimônio de indivíduo.

É sabido de todos que o pretoriano decreto 2.207/97 autorizava a transformação da estrutura jurídica das entidades de educação

para empresa com fins lucrativos. Todavia, o diploma legal fixou prazo improrrogável de 120 dias para tal evento, a contar de sua promulgação, que ocorreu em abril de 1997.

Assim, de agosto de 1997 a dezembro de 2004 defendia-se³ a posição de que as entidades que utilizam direta ou indiretamente as verbas ou rendas públicas para seus fins sociais, para contribuir com a edificação de sua obra educacional, não obtinham mais dentro do ordenamento jurídico a faculdade de transformar em patrimônio de indivíduo parte do dinheiro público empregado na instituição, pois, do contrário, seus dirigentes estariam enquadrados na lei penal em comento.

Além do aspecto criminal, encontrava-se sustento às considerações no art. 213 da Constituição Federal, nos art. 9 e 14 do Código Tributário Nacional e na lei 9.870/99, que até então regula em art. 7º, alínea b, a obrigatoriedade de as entidades mantenedoras destinarem seu patrimônio a outra instituição congênere ou ao Poder Público, no caso de encerramento das atividades, assomado com a previsão do mesmo artigo, na alínea c, que proíbe as mantenedoras educacionais filantrópicas de terem finalidade lucrativa.

Prouni

Para a surpresa da maioria, a lei 11.096/05, que institui o Prouni⁴, a partir de janeiro deste ano, permite às associações/fundações o direito de transformar em patrimônio de indivíduo os bens da entidade educacional. Em decorrência da evasiva previsão legal do *modus operandi* da prevista transformação, muitas instituições sociais educacionais estão na saga da modificação de suas estruturas jurídicas.

No afã da súbita mudança, certamente algumas instituições educacionais estão atropelando dois princípios, um de natureza criminal e outro, fiscal. Não obstante a lei do Prouni ter facultado tal modificação, ela não autorizou a transformação do bem público em privado, por uma simples razão, que é a vedação constitucional.



A confusão patrimonial entre bens provindos dos instituidores e os decorrentes de seus esforços (auto-sustentabilidade), para com aqueles adquiridos com recursos de verba ou renda pública, poderá frustrar a dita transformação.

Vejam: na seara criminal, se os dirigentes desviarem bens públicos (bens gravados em nome da instituição, porém adquiridos direta ou indiretamente com recursos públicos), para o patrimônio de indivíduo por meio da formação de uma sociedade, estará incurso nas penas da lei penal, ante o crime capitulado no art. 315 já citado.

Na órbita tributária, a entidade social, em especial de educação, desde o seu nascituro, é imune a impostos sobre a renda, serviços e patrimônio, conquanto que “não distribua qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas a qualquer título”⁵. E dentro dessa premissa, recebeu indiretamente recursos para a construção patrimonial.

Dentro da lei

A Constituição Federal aduz no art. 213, inciso II, que é assegurado o recurso público direcionado à escola confessional, comunitária ou

filantrópica, desde que ela destine, na hipótese de extinção, seu patrimônio a outra instituição congênere ou ao Poder Público. A transformação da associação/fundação para sociedade não deixa de caracterizar uma extinção, pois sua finalidade social desaparecerá⁶ e, com ela, todo o patrimônio, em pura violação constitucional.

Segregando-se “o joio do trigo”, ou seja, reconhecendo na contabilidade o patrimônio social do patrimônio público privado⁷, entendemos, agora sim, que a lei do Prouni se aplica apenas ao dito patrimônio social, autorizando a transformação de associação/fundação para sociedade.

Cabe assinalar, nessa hipótese, que as transformação se subsume à tributação, em especial do Imposto de Renda, na ordem de 15% a incidir entre a diferença do valor em dinheiro ou do valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa física, a título de devolução de patrimônio, para com o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio.

Sustento, enfim, que as instituições de educação devem realmente aproveitar a oportunidade legal para transformar a es-

trutura jurídica da entidade em sociedade, visando maior transparência patrimonial e evitando o estigma de que seu crescimento decorreu do favor do Estado. Sobretudo, não se pode esquecer a imprescindível obrigação de segregar o reconhecimento patrimonial, e que não é possível transformar bem público em privado, pois, do contrário, terão de “ver o sol nascer quadrado”.

Marcos Biasoli. Advogado em São Paulo, mestrado em Direito – PUC/SP, pós-graduado em Direito Empresarial – The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, professor do curso de Gestão do Terceiro Setor da Universidade Federal do Espírito Santo e editor da Revista Filantropia.

¹ CÓDIGO PENAL, ART. 315: “DAR ÀS VERBAS OU RENDAS PÚBLICAS APLICAÇÃO DIVERSA DA ESTABELECIDA EM LEI”.

² P. 527, 5ª EDIÇÃO, EDITORA RENOVAR.

³ PARA REFORÇAR A TEORIA QUE DEFENDÍAMOS FOMOS CONVIDADOS A PUBLICAR CONCISO ARTIGO NA EDIÇÃO 5, ANO 2, DA REVISTA FILANTROPIA, P. 22/23.

⁴ PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS, DE AUTORIA DO GOVERNO FEDERAL.

⁵ ENTRE OUTROS REQUISITOS, ORA PREVISTOS NO ART. 14, DO CTN.

⁶ RESSALVADO O RESPEITO AO PROUNI.

⁷ FORMADO COM BENS ADQUIRIDOS, DIRETA OU INDIRETAMENTE COM VERBAS/RENDAS PÚBLICAS.

Nova versão do Código Civil e as mudanças na vida das instituições

Associações devem se atentar à última versão da legislação, que modificou, entre outros, artigos referentes à atuação da assembléia geral das associações

MARCOS BIASIOLI
marcos@mbiasioli.com.br

Nos tempos atuais em que se presencia a bancarrota do legislativo brasileiro ante o lamaçal da corrupção, coloca-se em xeque a legitimidade das normas emanadas de um poder parcialmente suspeito e vil. Nem as pretorianas teorias jurídicas, que predominaram no século 20, nos dariam guarida para sustentar tal legitimidade, pois o jusnaturalismo defendia que a “lei só é válida se é justa” (Gustav Radbruch); o positivismo jurídico pregava que “a justiça das normas se reduz ao fato de que elas são fixadas por quem tem a força para fazer respeitá-las” (Augusto Comte); e o realismo jurídico afirmava que “o direito não é norma justa ou norma válida, mas sim regra eficaz que emerge da vida vivida pelos homens” (Savigny).

Partindo da premissa de que muitas leis emanadas pelo atual legislativo não são justas, pois foram construídas por quem tem moral discutível e, por consequência, não têm força para fazer respeitá-las, elas não teriam pilares para se sustentar. Além disso, não foram completamente edificadas com base na vida de seus destinatários, pois muitas delas chegam a até mesmo contrariar os costumes dos cidadãos.

Todavia, o que conforta e remete a população a respeitá-las é que grande parte não nasceu nessa legislatura, foram apenas por ela reformadas e/ou complementadas, visto que se originaram do legislativo de outrora de maior lisura – ao menos é o que eu presumo. Nesse diapasão, pode-se aplicar por equidade o chamado **direito pretoriano**², derivado do **direito romano**, que foi originado do impulso dos pretores para ajudar (*adjuvandi*), suprir (*supplendi*) e corrigir (*vel corrigendi*) o **direito civil**.

Emprestando o véu pretoriano ao atual legislativo federal, e assumindo que o Código Civil brasileiro primitivo é de 1916, analisa-se a seguir a extensão da nova correção (*vel corrigendi*) aplicada pelo atual legislativo ao diploma civil nacional.

O histórico das reformas legais do novo Código Civil

O novo Código Civil foi instituído pela lei 10.406/02, que entrou em vigor há pouco mais de 2 anos e já passou por quatro minirreformas. A primeira, de maio de 2003, veio para revogar o artigo 374, suprimindo dele matéria de compensação tributária. A segunda ocorreu no mês de dezembro do mesmo ano e teve o propósito de ressuscitar a existência no mundo jurídico de dois entes que haviam sido soterrados pelo novo Código: as organizações religiosas e os partidos políticos³. A terceira, em 2004, teve o intuito de modificar a regulação dos condomínios edilícios. E, agora no final de junho de 2005, a população se depara com a quarta reforma, que teve os condões especiais de alterar os atos da vida civil das associações, para a qual estão voltadas as atenções nesse momento.

Os sujeitos da última reforma

Tanto as organizações religiosas, assim constituídas, como as fundações⁴, não estão abarcadas nas modificações contidas na última reforma oriunda da lei 11.127/05. Quanto às religiosas, foram, como logicamente deveriam ser, alforriadas das



presas do Estado por força do comando constitucional⁵, que veda a interferência estatal em seus atos civis. Já as fundações, por serem originadas com bens de um ou mais instituidores, o legislador reservou a elas o direito de estabelecerem critérios de gestão e funcionamento.

Todavia, a nova reforma trouxe sensíveis mudanças nos atos da vida civil das associações de grande impacto na seara de suas deliberações, que se pretende exaurir a seguir.

Impacto da minirreforma no estatuto social das associações

Pela primitiva redação do art. 54 do Código Civil de 2002, deveria constar no estatuto social da associação, entre outros assuntos, o modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos. No entanto, a nova redação do inciso V do referido artigo, em pura redundância do legislador, suprimiu o órgão administrativo e, em outras palavras, o incluiu em novo inciso, o VII. Ou seja, nada se alterou, apenas foi promovida nova alocação ao assunto e, assim sendo, as associações nada terão que retificar em seus estatutos quanto a esse assunto.

A outra inovação trazida no referido art. 54 reside no fato de que deverá constar obrigatoriamente no estatuto a forma de aprovação das contas pelos órgãos deliberativos, o que antes não era preciso⁶.

Conforme será exaurido no próximo item, o estatuto também deverá contemplar, a partir da nova reforma, um quorum para destituir os administradores e reformar o estatuto social, não existindo mais a obrigatoriedade de atender aquele mínimo estabelecido por lei de dois terços dos associados.

A adoção de critérios para a eleição do administrador também passa a ser exigida no bojo do estatuto, conforme veremos. É importante destacar desde já que as alterações estatutárias decorrentes da última minirreforma terão de ocorrer até 11 de janeiro de 2007, conforme previsto na nova redação do art. 2.031 do Código Civil.

Das deliberações das associações Exclusão de associado

Outra significativa mudança recaiu no art. 57. O legislador suprimiu o direito da assembleia geral de julgar a exclusão de associado faltoso, cujo encargo lhe pertencia. A alteração, em foco, enfraqueceu um dos maiores colegiados, tido como órgão supremo das associações⁷.

A redação atual do art. 57 impôs à associação a prerrogativa de estabelecer os procedimentos de exclusão, preservando o princípio do contraditório ao associado faltoso, porém em nenhum momento há obrigatoriedade da intervenção da assembleia geral, exceto se houver previsão estatutária em tal sentido.

O ponto negativo da alteração é que o direito do associado está ameaçado, em especial quando o estatuto relegar o julgamento de seus atos aos órgãos deliberativos de menor quorum, como a diretoria. Assim, as eventuais dissidências com os componentes do órgão julgador poderão acarretar a sua supressão do quadro social, guardado o direito de ampla defesa, que também poderá ficar comprometido – caso também couber ao órgão que processa a exclusão o papel de julgar os recursos do associado faltoso. Com isso, somente a justiça poderá reparar eventual ilicitude.

Eleição dos administradores

Ainda na seara das deliberações, nota-se que a antiga redação do art. 59, do novo Código Civil, previa que caberia exclusivamente à assembleia geral, entre outras atividades, eleger os administradores. Entretanto, com a atual redação, ela apenas passará a ocupar o papel de aprovar os critérios da eleição. Visto que estes devem, obrigatoriamente, constar no estatuto e considerando que a ela cabe privativamente alterá-lo, implica afirmar que é ela quem estabelece tais critérios. Todavia, não se subsume mais ao crivo da assembleia geral a eleição dos administradores.

Quorum para deliberações

Com relação ao quorum das deliberações da assembleia geral, também houve modificação, pois a redação originária estabelecia um quorum de no mínimo dois terços dos associados presentes na assembleia especialmente convocada para destituir administradores e/ou reformar estatuto, ou de no mínimo um terço nas seguintes convocações. Contudo, a nova disposição contida no parágrafo único do art. 59 relegou ao estatuto o direito de estabelecer um quorum mínimo.

A avaliação dessa alteração de certa forma é positiva, pois a associação passará a ter maior autonomia na mudança do administrador e nas alterações estatutárias. Contudo, não se pode deixar de assinalar que a liberdade pode gerar libertinagem, eis então a premência de maior zelo na reconstrução estatutária.

Aprovação de contas

A maior inovação e o maior retrocesso destacados é a supressão do poder da assembleia de aprovar as contas da associação, conforme a nova redação do art. 59. Considerando-se que é facultativa a criação do conselho fiscal – exceto para as Oscips, para as quais é obrigatório a instalação de tal colegiado –, as contas poderão ser aprovadas por quem deve prestá-las, ou seja, pelo próprio administrador – a diretoria, na maioria dos casos.

A recomendação é que se consolide a criação e funcionamento de um conselho fiscal, evitando a degradação patrimonial que nem sempre ocorre em decorrência de desvio de finalidade, mas, em especial, por falta de competência administrativo-financeira dos gestores.

Convocação de colegiados

A minoria dos associados, ou seja, aquela que represente no mínimo um quinto dos associados, outrora podia convocar assembleia geral. Agora conquistaram o direito de convocar não só a assembleia geral, mas também a diretoria e eventuais outros órgãos deliberativos, ressalvadas as limitações da forma que deverá ser efetuada contida no estatuto.

Reflexões finais

As alterações impostas pela última minirreforma de nosso novo Código Civil possuem, sem dúvida, um avanço quanto à maior autonomia das associações, já que reduziu a burocracia e até mesmo o custo de seu funcionamento.

Por outro lado, deve-se salientar que o estatuto, antes recepcionado apenas como elemento burocrático de criação da associação, passou a representar ainda mais a pedra fundamental da gestão e democracia da associação. Por tudo isso, o envolvimento de todos os associados na sua reconstrução é medida de urgência e zelo na saga da perpetuação da obra do bem. 

Marcos Biasoli. Advogado em São Paulo, mestrado em Direito – PUC/SP, pós-graduado em Direito Empresarial – The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, professor do curso de Gestão do Terceiro Setor da Universidade Federal do Espírito Santo e editor da Revista Filantropia.

¹PRINCIPAIS DEFENSORES DA TEORIA.

²LEMBRADO PELO PROFESSOR ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, EM SEU ARTIGO: O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS.

³ASSINALO QUE PREFERIA QUE NEM TODOS FOSSEM REAVIVADOS, DIANTE DO ESCÂRNIO PÚBLICO QUE A NAÇÃO ESTÁ TESTEMUNHANDO.

⁴EXCETO NO QUE DIZ RESPEITO À PRORROGAÇÃO DO PRAZO PARA SE AJUSTAREM AOS PRENÚNCIOS DO NOVO CÓDIGO, QUE FOI MAJORADO PARA 11/01/07.

⁵VIDE ARTIGO 19, I.

⁶EXCETO PARA FINS DE REGISTRO PÚBLICO, CUJO REQUISITO TEM SIDO EXIGIDO POR ALGUNS CARTÓRIOS, ANTE A PREVISÃO DO ARTIGO 46, COMBINADO COM OS ARTIGOS 120 E 121 DA LEI 6.015/73 – LRP, QUE TRADUZ REGRA GERAL A TODAS AS PESSOAS JURÍDICAS, INCLUSIVE AS SEM FINS ECONÔMICOS.

⁷CONFORME ARTIGO 121, DA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS – LEI 6.404/76, QUE SE APLICA, IN CASU, SUBSIDIARIAMENTE.

Cofins

a inconstitucionalidade da limitação da imunidade tributária

MARCOS BIASIOLI
marcos@mbiasioli.com.br

As entidades beneficentes de assistência social e educação estão sendo autuadas pela Receita Federal do Brasil por não recolherem aos cofres públicos a Cofins incidente sobre as receitas não próprias, tais como locação de imóveis e ativos financeiros, além de atividades com contrapartida financeira, sob fundamento de que estão violando a instrução normativa nº 247/02¹, que aduz no art. 47 o seguinte:

“As entidades relacionadas no art. 9º desta instrução normativa: I – não contribuem para o PIS/Pasep incidente sobre o faturamento; e II – são isentas da Cofins em relação às receitas derivadas de suas atividades próprias. Parágrafo 2º – Consideram-se receitas derivadas das atividades próprias somente aquelas decorrentes de contribuições, doações, anuidades ou mensalidades fixadas por lei, assembleia ou estatuto, recebidas de associados ou mantenedores, sem caráter contraprestacional direto, destinadas ao seu custeio e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.”

Retrospectiva legal

A Constituição Federal de 1988 inovou, se comparada com as constituições pretéritas, trazendo uma política social de caráter público, regulando a ordem econômica, a competência e o financiamento das ações sociais. Ao prever o último assunto, ou seja, o financiamento, impôs por meio do art. 195 que “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, e das seguintes contribuições sociais: I – dos empregados, incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; II – dos trabalhadores...”

À guisa de estender a base de cálculo das contribuições sociais, o texto primitivo da Carta Política foi alterado pela Emenda Constitucional nº 20/98, cujo teor dos incisos do art. 195 assim ficaram: “I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste

serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento...”

Com o intuito de buscar uma fonte de custeio para a seguridade social, a esteio da previsão do referido art. 195, da CF/88, foi sancionada a Lei Complementar nº 70/91, que institui a Cofins (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social), que veio substituir o Finsocial, criado em 1982 por meio do Decreto-lei nº 1.940/82. O art. 6º da referida LC 70/91 dispunha que estariam isentas da Cofins: inciso III: “as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”.

Em 27 de novembro de 1998, foi editada a lei 9.718, regulando a matéria tributária, majorando a alíquota da Cofins de 2% para 3% e ampliando a base de cálculo da incidência tributária, pois a lei determinava que a contribuição deveria incidir sobre a receita bruta e não sobre o faturamento, que são distintos. Isso porque o faturamento advém de fatura, ou seja, decorrente da venda, e a receita bruta engloba não só o produto de venda, mas também outras entradas, tais como rendimentos financeiros, frutos de locações e/ou arrendamento de bens, ganhos de capital etc. Assinala-se que a mencionada lei 9.718/98 não recepcionou a isenção outorgada pela LC 70/91 às entidades beneficentes de assistência social, porém também não a revogou.

Por advento do art. 14, inciso X, da medida provisória nº 1.807/99 (atual MP nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001), foi reconhecida a isenção da Cofins decorrente das receitas relativas às atividades próprias das instituições de: (a) educação e assistência social (imunes nos termos dos arts. 150, inciso VI, alínea c, e 195, parágrafo 7º, da CF); (b) instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico e associações isentas ao Imposto de Renda e CSLL (vide art. 15 da lei 9.532/97); (c) fundações de direito privado criadas pelo poder público.

Em face da previsão contida na medida provisória, a Secretaria da Receita Federal² baixou a fatídica instrução normativa nº 247/02, que prevê no seu art. 47, como mostrado, a restrição da isenção a receitas



derivadas tidas como não-próprias, ou seja, aquelas derivadas de vendas e outros rendimentos, que não originários de seus doadores e associados.

Em outubro de 2003, foi editada nova medida provisória de nº 135, que criou a Cofins não-cumulativa³, o que resultou na obrigatoriedade do recolhimento da contribuição na base de 7,6% sobre o faturamento, sendo excetuada apenas as entidades beneficentes imunes a impostos (assistência social e educação, que preenchem o disposto nos arts. 9º e 14º do Código Tributário Nacional), que continuaram obrigadas a recolher 3%, porém, somente das receitas advindas de atividades não próprias.

Já em 29 de dezembro de 2003, a referida MP foi convertida na lei 10.833, que manteve a sistemática anterior de regulação da Cofins, ou seja, aquela prevista na MP 2.158-35, que impunha o recolhimento de 3% a incidir sobre as referidas atividades não-próprias, a qual é válida até então.

Conclusão da Receita Federal

A Receita Federal já se manifestou sobre o assunto por meio de Consultas Públicas. “As entidades isentas estão sujeitas à incidência não-cumulativa da Cofins sobre as receitas não relativas às atividades próprias. Não integram a base de cálculo da Cofins as receitas não-operacionais decorrentes da venda de bem do ativo permanente.”

“A pessoa jurídica isenta da Cofins sobre as receitas das atividades próprias fica submetida ao regime da não-cumulatividade dessa contribuição, a partir de fevereiro de 2004, quanto à totalidade das receitas não oriundas da atividade.

A partir de 2 de agosto de 2004, ficou reduzida a zero a alíquota da Cofins incidente sobre as receitas financeiras das pessoas jurídicas sujeitas à não-cumulatividade, exceto as receitas oriundas de juros sobre capital próprio e as decorrentes de operações de *hedge*.”

“As receitas financeiras auferidas por associações civis sem fins lucrativos que prestem os serviços para os quais houverem sido instituídas e os coloquem à disposição do grupo de pessoas a que se destinam, a que se refere o art. 15 da lei nº 9.532, de 1997, visto não serem relativas às suas atividades próprias, são tributadas pela Cofins.

Consideram-se receitas derivadas das atividades próprias somente aquelas decorrentes de contribuições, doações, anuidades ou mensalidades fixadas por lei, assembléia ou estatuto, recebidas de associados ou mantenedores, sem caráter contraprestacional direto,

destinadas ao seu custeio e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

Tais entidades sujeitam-se à incidência não-cumulativa da contribuição em apreço, vez que dela não foram legalmente excluídas. Porém, a partir de 2 de agosto de 2004, fica reduzida a zero a alíquota da citada exação incidente sobre as mencionadas receitas financeiras (exceto as oriundas de juros sobre capital próprio e as decorrentes de operações de *hedge*), desde que auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas, ainda que apenas em parte, ao regime de cobrança não-cumulativa da contribuição.”

“Em conclusão a Receita Federal tem entendido que a receita não proveniente das atividades próprias é tributada pelo princípio da não-cumulatividade, ou seja, em 7,6% a incidir sobre a receita de atividades não próprias.”

O que muda em face das últimas decisões do STF?

No recente julgamento dos Recursos Extraordinários nº 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840, havidos em 9 de novembro de 2005, o Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou como inconstitucional o art. 3º da lei 9.718/98, que, como vimos, ampliou a base de cálculo do recolhimento da Cofins, pois igualou a definição de faturamento à receita bruta.

Na prática, as pessoas jurídicas que recolheram a contribuição com base na receita bruta, e não no faturamento, poderão perseguir igual tutela na justiça para restituir o valor pago a mais ou, caso estejam sendo cobradas por tal diferença, poderão escudar sua defesa com base na decisão do STF.

Quanto às entidades beneficentes, o ponto nuclear a ser abstraído do mérito das decisões do STF é o controle da imunidade tributária que somente pode ser operado por meio de lei complementar⁴, o que elimina a possibilidade da imposição de requisitos por meio de lei ordinária como, por exemplo, a lei 8.212/91.

No caso da Cofins, a imunidade constitucional das contribuições sociais é total, não há divisão a se auferir entre **receitas próprias** e **não-próprias**, pois se nem o legislador ordinário possui tal poder, quicá o Executivo na edição de Medida Provisória (MP 2.158) e quanto menos a Receita Federal (IN 247/02).

Assinala-se ainda que até mesmo as imposições conferidas pela lei 8.212/91 assomadas pelo decreto 2.536/98 galgaram golpe fulminante, pois são os símbolos do controle da imunidade das entidades beneficentes, e agora, com maior força, poderão ser combatidas na Justiça.

As decisões em foco não são extensivas às entidades beneficentes, pois se tratam de decisões tiradas de outros litigantes, cujos efeitos somente serão aproveitados por eles, e não se prestam a elas, exceto se obedeceram ao tratamento geral e não especial (das entidades imunes) quando do recolhimento da Cofins.

Todavia, no diapasão da discussão acerca da incidência da Cofins, as entidades beneficentes deveriam buscar isoladas ou coletivamente a tutela judicial, visando o reconhecimento da imunidade tributária a incidir sobre a integralidade das receitas auferidas, com o fito de evitar serem surpreendidas por eventual autuação por parte do Fisco Federal, que tem insistido em segregar as receitas para sustentar os autos de infrações.

Conclusão

1. As entidades beneficentes são imunes a Cofins, entre outros tributos.
2. São exclusivamente reféns dos requisitos impostos pela Lei Complementar (CTN), segundo o STF, no que se refere à imunidade tributária.
3. Não precisam se submeter à MP 2.158 e por supedâneo à IN 247/02, desde que o façam por meio judicial.
4. Como zelo e legalidade, devem incluir em seus estatutos todas as fontes de sustentabilidade, evitando a segregação forçada derivada de eventual autuação.

Por fim, enquanto houver o judiciário, as entidades **comprovadamente** beneficentes serão preservadas dos ataques de esquizofrenia arrecadatória do Estado, o que me leva a assinalar às palavras do poeta Justice Oliver Wendell Holmes, Jr.: “O poder de tributar não significa nem envolve o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta Corte Suprema”⁵. 

Marcos Biasoli, Advogado em São Paulo, mestrado em Direito – PUC/SP, pós-graduado em Direito Empresarial – The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, professor do curso de Gestão do Terceiro Setor da Universidade Federal do Espírito Santo e editor da Revista Filantropia.

¹ PARCIALMENTE ALTERADA PELAS INSTRUÇÕES Nº 358/03 E 464/04.

² ATUALMENTE DENOMINADA RECEITA FEDERAL DO BRASIL.

³ O TRIBUTO INCIDENTE SOBRE AS OPERAÇÕES DE COMPRA PODE SER APROVEITADO NAS OPERAÇÕES DE VENDAS. ASSIM, O TRIBUTO INCIDE, NA PRÁTICA, SOMENTE SOBRE O VALOR AGREGADO A BENS E SERVIÇOS.

⁴ VOTO DO MIN. RELATOR, CELSO DE MELO, RE 346.084: “NÃO CUSTA ASSINALAR, NESTE PONTO, QUE TRADUZ SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE A EDIÇÃO, PELO ESTADO, DE LEI ORDINÁRIA, QUANDO ESTA É EDITADA PARA REGULAR MATÉRIA POSTA SOB A RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR...”.

⁵ JULGAMENTO DE 1928 DO CASO “PANHANDLE OIL Co. v. STATE OF MISSISSIPPI EX. REL. KNOX [277 U.S. 218]. APUD VOTO DO MINISTRO RELATOR, CELSO DE MELO, RE 346.084-6.

Organização social:

MARCOS BIASIOLI E MARIA HELENA GABARRA OSÓRIO

marcos@mbiasioli.com.br – mhelena@mbiasioli.com.br

Recentemente o Município de São Paulo, na esteira do que já ocorria com o Estado de São Paulo, aprovou a lei¹ que qualifica como organizações sociais as entidades sem fins lucrativos, cujo objetivo social seja voltado para a prestação de assistência à saúde².

Não obstante a ausência do pioneirismo no assunto, pois a União Federal, os estados de São Paulo, Pernambuco, Pará, Maranhão, Bahia e Minas Gerais e as cidades de Curitiba e Rio de Janeiro já implementaram propostas similares, o episódio foi suficiente para acalorar o debate em pleno ano eleitoral. Como pano de fundo, a legislação municipal, a exemplo das outras, regula a transferência de recurso público para a gestão privada que opera em prol da sociedade e mais, foi sancionada pelo principal oponente do governo federal.

Ocorre que no atual cenário nacional, em que as Comissões Parlamentares de Inquéritos (CPIs) tentam desbaratar organizações criminosas que operavam com facilidade a malversação de verbas, falar na repartição de recurso público gera urticária, e o meio político para tentar resgatar a seriedade e se fingir de guardião da sociedade já emprega a máxima de Spencer Johnson *Quem mexeu no meu queijo?* (*best-seller* americano). Oded Grajew, desmantelando a empreitada política, assinala “que a sociedade brasileira paga as instituições para proteger os recursos públicos, mas o que acontece é que o cachorro não late, o guarda não apita e os alarmes não tocam”³.

Assim, para que possamos tentar decifrar o enigma das vias sinuosas das organizações sociais, à guisa de soar o alarme quando constatada a abertura das comportas do orçamento público, se torna indispensável a construção de uma breve digressão sobre o tema, a iniciar por sua conceituação.

Conceito de organização social

O diploma civil divide as pessoas jurídicas em cinco espécies: sociedades; associações;

fundações; organizações religiosas; e partidos políticos. Com exceção feita às sociedades, as demais pessoas jurídicas não vislumbram lucro. Para ter maior credibilidade, as fundações e associações buscam junto à União, aos estados e municípios certificações de reconhecimento público tais como Declaração de Utilidade Pública⁴, entidade beneficente de assistência social⁵, organização da sociedade de interesse público (Oscip)⁶ e organização social (OS)⁷.

Enfim, organização social é uma qualificação obtida por pessoas jurídicas sem fins econômicos, que cumprem os requisitos legais, e são administradas por membros do próprio poder público, da sociedade civil, por pessoas de notória capacidade profissional e ilibada idoneidade moral. Elas têm como objetivo social complementar as ações do Estado, o que lhe faculta a celebração de “contratos de gestão” para administrar bens e serviços públicos.

Modelo de gestão

A implementação do modelo de gestão por intermédio das OSs se insere no contexto da reforma do aparelho do Estado, que historicamente é menos eficaz que a iniciativa privada. A transferência da gestão para as organizações não deve ser confundida com privatização, uma vez que não ocorre a efetiva cessão dos bens do Estado, mas sim a celebração de uma permissão de uso.

As organizações se constituem na *publicização* ou institucionalização das entidades de direito privado, uma vez que é realizada a destinação de um bem público para uma instituição pública não-estatal, devidamente qualificada, estabelecida mediante a celebração de um contrato de gestão.

Este modelo de gestão visa atribuir autonomia administrativa e agilidade, a fim de desburocratizar e, em especial, garantir maior flexibilidade na administração dos recursos humanos atrelados à área. As organizações sociais, muito embora sejam entidades não-estatais, possuem



a via sinuosa do desenvolvimento social

forte dependência do poder público concedente, uma vez que a legislação que as regula determina especificidades sobre funcionamento, composição de órgãos e deliberações, corpo decisório, além da participação obrigatória de membros do poder público em sua constituição.

A interferência do poder estatal se justifica, em grande parte, ante ao fato de que os serviços transferidos para a gerência da OS, muito embora não sejam serviços de competência exclusiva do poder público, são atividades de claro interesse público, como é o caso da saúde. Visa, sobremaneira, a garantia de qualidade de serviços e acesso dos segmentos excluídos da sociedade aos serviços prestados, privilegiando os atendimentos em relação à demanda diante da realidade da comunidade atendida.

Um exemplo de experiência malsucedida é a vivida pelo Reino Unido a partir de 1986, quando o governo de Margareth Thatcher aprovou a criação dos “corpos públicos não-departamentais”, também denominados de *quangos*. Houve uma grave redução da efetividade das políticas públicas, notadamente no que se refere ao *National Health Serviced*, que no passado representava um dos melhores serviços públicos da Europa, mas acabou perdendo seu conceito após a administração pelos *quangos*⁸.

Controle das organizações sociais

A via sinuosa das organizações sociais centraliza-se no fato de que as legislações das três esferas (Federal, Estadual e Municipal) em nenhum momento determinam a obrigatoriedade da realização de licitação para a celebração do contrato de gestão – nem para contratações de mão-de-obra ou realização de compras –, o que oportuniza compras fraudulentas e generalizado nepotismo com salários milionários.

Tal fato afronta, em parte, a Lei de Licitações¹⁰, e indiretamente ao que determina a Constituição Federal⁹. O Superior Tribunal de Justiça, julgando a constitucionalidade da

lei licitatória, aduz com proeza na lavra do voto do Ministro Relator, Américo Luz: “A escolha final há de recair sempre na proposta mais vantajosa para a Administração”¹¹.

A lei municipal paulistana nada regula quanto à licitação para compras e realização de concurso público para admissão de pessoal, mas determina a abertura de processo de seleção se houver mais de uma OS habilitada a gerir os hospitais públicos em uma mesma região. Embora não se regule pela lei de licitações, tal diploma ao menos procura preservar, em parte, os princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade e eficiência pelos quais deve se pautar a administração pública.

Por sua vez, em relação às compras e contratações realizadas com recursos públicos, posteriores à assinatura do contrato de gestão, muito embora também não dependam da realização de concursos e licitações, deverão também se pautar pela preservação dos princípios já destacados, conforme decisão proferida inclusive pelo Tribunal de Contas da União¹².

Ademais, as organizações sociais, no âmbito dos contratos de gestão, estão sujeitas aos controles contábil-financeiros exercidos pelo controle público, que possui dois papéis: evitar a malversação do recurso público e chancelar a boa administração.

Desenvolvimento social

A inserção dos entes que compõem o Terceiro Setor na reconstrução do aparelho do Estado, entre eles as organizações sociais, é sinal de crescimento do desenvolvimento social e de aplicação da Carta Política, pois do contrario representaria um retrocesso no processo e uma violação a lei.

Assim, temos que as OSs, se bem fiscalizadas e orquestradas por um Conselho Fiscal atuante, que preserve os bens públicos por meio da iniciativa privada, que adote uma política licitatória em todos os seus atos,

apesar da legislação assim não obrigá-las, que seja monitorada pelos Tribunais de Contas e pela própria sociedade, ainda que por meio do Ministério Público, certamente poderão vir a representar um verdadeiro sinônimo de desenvolvimento social.

A partir de então, se passará a distinguir, na prática, políticas de Estado e de governo, que ainda não é cristalina, como bem define em outras palavras Maria Luiza Mestriner: “Assistência, filantropia e benemerência têm sido tratadas no Brasil como irmãs siamesas, substitutas uma da outra”¹³. Enfim, o Brasil precisa de mais esta via sinuosa para o seu crescimento, porém, com a cautela que lhe faltou em outras empreitadas evitando novas mazelas. 

Marcos Biasioli. Advogado em São Paulo, mestrado em Direito – PUC/SP, pós-graduado em Direito Empresarial – The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, membro do conselho científico da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP, idealizador e editor da Revista Filantropia.

Maria Helena Gabarra Osório. Advogada graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com especialização em Direito do Terceiro Setor pela FGV/SP. É membro da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP e advogada associada da M.Biasioli Advogados Associados.

¹ Lei MUNICIPAL Nº 14.132, de 24 de Janeiro de 2006.

² A LEGISLAÇÃO PAULISTANA LIMITA A ATUAÇÃO DAS OS À ÁREA DE SAÚDE, ENQUANTO A LEGISLAÇÃO FEDERAL PERMITE AINDA SUA ATUAÇÃO EM ÁREAS COMO PESQUISA CIENTÍFICA, DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO, PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE E CULTURA.

³ JORNAL FOLHA DE SP, 1º/11/05, CADERNO OPINIÃO – PÁG. A3.

⁴ EXARADA PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (ÂMBITO FEDERAL), PELAS ASSEMBLÉIAS LEGISLATIVAS (ÂMBITO ESTADUAL) E CÂMARAS (ÂMBITO MUNICIPAL).

⁵ EMITIDA PELO CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL – CNAS.

⁶ RECONHECIDA PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA.

⁷ RECONHECIMENTO EXARADO PELO PODER EXECUTIVO.

⁸ ARTIGO O PROGRAMA DE PUBLICIZAÇÃO E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS, DE LUIZ ALBERTO DOS SANTOS.

⁹ TANTO É VERDADE QUE A LEI FEDERAL DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL ESTÁ SENDO PALCO DE DISCUSSÃO ACERCA DE SUA CONSTITUCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR MEIO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE, Nº 1.943-1 E 1.923-5.

¹⁰ Lei 8.666/93.

¹¹ STJ – PLENO – MS 5.602 – DJ 4/1/98.

¹² DECISÃO PLENÁRIA DO TCU Nº 907/97. “[...] EMBORA NÃO INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MAS COMO DESTINATÁRIOS DE RECURSOS PÚBLICOS, ADOTEM, NA EXECUÇÃO DE SUAS DESPESAS, REGULAMENTOS PRÓPRIOS E UNIFORMES, LIVRES DO EXCESSO DE PROCEDIMENTOS BUCROCRÁTICOS, EM QUE SEJAM PRESERVADOS, TODAVIA, OS PRINCÍPIOS GERAIS QUE NORTEIAM A EXECUÇÃO DA DESPESA PÚBLICA.”

¹³ O ESTADO ENTRE A FILANTROPIA E A ASSISTÊNCIA SOCIAL, PÁG. 14, ED. CORTEZ, 2ª EDIÇÃO.

Debate sobre a extinção de fundações a partir de 2007

MARCOS BIASIOLI

marcos@mbiasioli.com.br



A mudança introduzida no Código Civil, pela Lei nº 10.402/02 – fartamente debatida pela doutrina, tribunais e mídia –, trouxe uma série de novas nuances da vida civil das pessoas físicas e jurídicas. Contudo, não obstante a mutação já estar por completar seu terceiro aniversário, ainda pairam muitas dúvidas quanto à extensão das modificações. Dentre elas, a aplicação do parágrafo único do art. 62, que regula a área de atuação das fundações, restringindo à vocação religiosa, moral, cultural ou assistencial.

Considerando que as pessoas jurídicas possuem prazo até 2007¹ para se adequarem às novas regras, surge como principal tônica das suscitações o destino das fundações que não possuem como vocação nenhum dos requisitos previsto naquela lei. Dentre muitos exemplos, é possível destacar as fundações voltadas para o meio ambiente, outras idealizadas para servirem de mantenedoras de entidades educacionais, por força da determinação da Lei de Diretrizes e Bases (LDB), e aquelas fomentadas para apoiar projetos.

Caso o estudo fosse focado apenas na redação do parágrafo único do referido art. 62, de pronto não se titubearia em sustentar a necessidade da extinção das fundações que não se enquadram nos estreitos limites da lei, já a partir do ano de 2007. Todavia, a extensão do exame vai além, pois é necessário reunir outros conceitos e disposições legais para se deduzir com eficácia os seus limites. Para isso, os advogados devem, por dever de ofício, analisar primitivamente a gênese fundacional.

Síntese da evolução histórica das fundações brasileiras

Romão de Matos Duarte, que segundo o promotor de Justiça de fundações, Edson José Rafael, foi o primeiro milionário brasileiro nos idos de 1738 que resolveu separar parte de seu patrimônio para formar um fundo, a fim de possibilitar tratamentos de saúde de forma digna junto à Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro. Assim, nascera a fundação que levou o seu nome.

O modelo de Duarte impulsionou a vinculação de fortunas transferidas por meio de testamentos às obras sociais, especialmente

destinadas às Santas Casas de Misericórdia, e motivou a formatação jurídica das fundações. A Lei nº 173 de 10/09/1903, promulgada pelo governo de Rodrigues Alves, foi a primeira legislação que reconheceu a personalidade jurídica a entidades sem fins lucrativos, científicos e religiosos, e que contribuiu como texto orientador à elaboração do Código Civil de 1916.

O Estado neoliberalista conferido pela Carta Política de 1988 outorgou o direito ao indivíduo da autonomia da vontade para instituir pessoas jurídicas, com fins econômicos ou altruísticos: “ganhar na terra um pouco de eternidade a que todo o homem aspira”². Porém, como o princípio da liberdade está condicionado ao da legalidade, o condicionou a obedecer limites de forma e objeto. E assim o fez por meio da nova Lei nº 10.402/02, que reformou o Código Civil.

Limites legais da instituição fundacional

As fundações, como mostrado, não se originam de uma aglomeração de pessoas naturais, mas de um acervo de bens que, por meio de uma dotação de seu instituidor, adquire a faculdade de agir no mundo jurídico, observando, em tudo, as finalidades a que visou o seu fundador. Diz o art. 62 do novo Código Civil: “para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la”.

Observa-se, então, que pelo dispositivo do diploma civil, cabe ao instituidor o papel de impor limites aos fins da instituição, não sendo, portanto, atributo do Estado, tampouco do Ministério Público e muito menos do administrador. Entretanto, a lei aparentemente veio violar cláusula pétrea da Constituição Federal, que regula e resguarda o direito fundamental de se associar para fins lícitos, bem como a liberdade constitucional, que imprime o conceito de que “tudo o que não é proibido é permitido”.

A limitação imposta pelo legislador está centrada no parágrafo único³ do art. 62, que restringe a atuação fundacional em: religião, moral, cultural ou de assistência. Ao analisar o referido parágrafo isoladamente, pode-se facilmente deduzir que o legislador quis impor tal limitação para as



As fundações erigidas pela lei anterior constituem ato jurídico perfeito e os seus direitos e obrigações estão insertos no rol dos direitos adquiridos, sendo vedada à limitação imposta

novas fundações e não para aquelas já existentes, isto porque imprime que a “fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”.

Ocorre que no limiar da própria legislação, encontramos a redação do art. 2.031, que aduz com veemência que, entre outras, as fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar às disposições do Código até 11 de janeiro de 2007.

A segurança que construímos com a mera leitura do parágrafo único do art. 62, de que as fundações já existentes não careciam de se adaptar ao novo mandamento legal, caíra por terra ante a circunscrita leitura do mencionado art. 2.031, que obriga as instituições remanescentes a se adequarem à nova regra, entre elas mudar sua vocação para uma daquelas escudadas no parágrafo único do art. 62.

Mas para a surpresa dos consumistas da regulação, a própria reforma lança na redação do art. 2.032 que: “as fundações, instituídas segundo a legislação anterior, inclusive as de fins diversos dos previstos no parágrafo único do art. 62, subordinam-se quanto ao seu funcionamento”. Com isso, extrai-se nova dedução, que as fundações constituídas anteriormente à vigência do novo Código,

não estão sujeitas a mudar sua vocação para fins de atender ao anseio do parágrafo único do art. 62. Todavia, seu funcionamento está subordinado às demais regras do diploma.

Tal entendimento vem de encontro com a postura dos próprios curadores de fundações, que reunidos em Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, prolataram por unanimidade a redação de um enunciado a ser aplicado pelo Ministério Público, que apesar de não ser vinculante, ao menos delineia a performance do fiscal da lei em face das fundações. O teor seria: “Enunciado 8 – art. 62, parágrafo único: a constituição de fundação para fins científicos, educacionais ou de promoção do meio ambiente está compreendida no CC, art. 62, parágrafo único.”

José Eduardo Sabo Paes, em sua clássica obra *Fundações e Entidades de Interesse Social*, Tomáz de Aquino Resende⁴ e Maria Helena Diniz⁵ não destoam da conclusão do Ministério Público. Assomada à construção da exegese da lei que alarga seu conceito frente aos limites, edificada pela doutrina, invoca-se também a maestria da Lei de Introdução ao Código Civil, que no art. 6º determina a subordinação da nova lei ao respeito pelo direito adquirido e ao ato

jurídico perfeito. Em outras palavras, as fundações erigidas pela lei anterior constituem ato jurídico perfeito e os seus direitos e obrigações estão insertos no rol dos direitos adquiridos, sendo vedada à limitação imposta.

Derradeiramente, conclui-se que as limitações infraconstitucionais, ora previstas no novo Código Civil, se aplicam somente em face da constituição de novas fundações, pois aquelas que se apresentavam quando do início da vigência do diploma, não se subsumem as presas anacrônicas da Lei nº 10.406/02, ao menos quanto a sua constituição. Assim sendo, é utópico o discurso acerca da necessidade da extinção da fundação instituída na vigência do Código de 1916, para fins não estribados nos atuais limites da nova lei. 

Marcos Biasoli. Advogado em São Paulo, mestrado em Direito – PUC/SP, pós-graduado em Direito Empresarial – The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, membro do conselho científico da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP, idealizador e editor da Revista Filantropia.

¹ PRAZO MAJORADO POR ADVENTO DA LEI Nº 11.127/05.

² CAETANO, MARCELO. *DAS FUNDAÇÕES: SUBSÍDIOS PARA A INTERPRETAÇÃO E REFORMA DA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA*. EDIÇÕES ÁTICA.

³ TRAMITA NO CONGRESSO NACIONAL O PROJETO DE LEI Nº 7.160/02, DO DEPUTADO RICARDO FIUZA, PARA A SUPRESSÃO DO REFERIDO PARÁGRAFO, O QUAL ESTÁ PARA NA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA.

⁴ ARTIGO. WWW.MP.PR.GOV.BR/CIDADANIA/FUNDAÇÕES.

⁵ CURSO DE DIREITO CIVIL, TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL, 1º VOLUME, EDITORA SARAINA.

O poder das entidades sobre a política de governo

Ao compreender sua responsabilidade pública, entidades beneficentes de assistência social assumem papel de fiscalizadoras do Estado

Marcos Biasioli
marcos@mbiasioli.com.br



No dia 22 de maio, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por iniciativa da Comissão de Direito do Terceiro Setor, promoveu um caloroso debate acerca do desenvolvimento social do Estado e suas políticas sociais. O tema debatido pela mesa diretora foi “O poder das entidades beneficentes de assistência social sobre a política de governo”, que será também o ponto cume do presente artigo.

O professor Celso Ribeiro Bastos, citando Jorge Miranda¹, aduz que “Estado é comunidade e poder juridicamente organizados”. Acreando esse pensamento com a Constituição Federal, encontramos no seu art. 3º que o Legislativo, o Judiciário e o Executivo compõem os poderes da União.

Em outras palavras, formam o poder juridicamente organizado. Já a comunidade, é indiscutivelmente o povo, que junto com os três poderes constitui o Estado. O Judiciário é o mandatário da comunidade para preservar seus direitos, o Legislativo é o anfitrião da regulação dos direitos e o Executivo coloca em prática tais direitos por meio de uma política democrática.

Considerando que o Brasil adotou como regime de governo a República, dirigida por um presidente, insta destacar que ele assume uma dualidade de papéis, ou seja, chefe de Estado e chefe de governo. A chefia de Estado visa a representação externa e interna da unidade do Estado, e a chefia de governo implica na liderança da política nacional².

Quanto à chefia de Estado, a comunidade tem pouco a interferir, ante a soberania por ela mesma outorgada ao seu mandatário. Porém, quanto à chefia de governo, que implica na outorga de poderes para a adoção de políticas democráticas com a finalidade de implantar a justiça social, a ela cabe não só interferir como também delinear os parâmetros de tais políticas. Para tanto não se pode perder de vista a máxima: “Todo poder emana do povo”.

Nesse divisor de poderes do mandatário – que é o presidente da República –, há de se afirmar que o Estado democrático de direito implementou, entre outras, ao menos duas políticas: de Estado e de governo. Dada a outra máxima que externa que “o poder corrompe”, a política de Estado é justamente aquela que traça limites à política de governo – pois ela deriva do mandamento constitucional – e impõe regras e procedimentos para a aplicação das metas legais em benefício da comunidade. Possui como principal característica a sua perenidade e não está vinculada a qualquer ideologia que não aquela outorgada pelo povo.

Política de Estado

Como exemplo de política de Estado, podemos destacar o regramento constitucional previsto no art. 196, que prevê: “A saúde é um direito de todos e dever do Estado”. Outro exemplo encontra-se no art. 205, que disciplina: “A educação, direito de todos e dever do Estado”. E mais, dispõe o art. 213: “Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei”. Enfim, a lei maior introduz ao chefe de Estado e de governo uma política uníssona a ser por ele implementada.

Ante os parâmetros da política de Estado, o seu chefe poderá adotar uma política própria para implementá-la. Eis, então, a denominação de política de governo, que nada mais significada que um sistema de gestão de política de Estado. Em outras palavras, ao governo cabe implementar aquilo que está determinado na lei, ainda que seja por meio de uma metodologia por ele elaborada, com a ajuda de seu ministério.

Política de governo

A título de exemplo de política de governo, podemos destacar os programas sociais já vistos pelo Brasil, como Bolsa-Família,



A comunidade organizada é pessoa legítima a exigir o cumprimento pelos representantes do Poder Executivo acerca da implementação da política de Estado, ora prevista na Constituição Federal

Horta Comunitária, Programa Aquisição de Alimentos, Programa Universidade para Todos (Prouni) e Sistema Único de Assistência Social (Suas).

Ocorre que a liberdade outorgada ao homem público, a começar por sua imunidade e foro privilegiado de julgamento, muitas vezes se sobressai à política de governo, alijada à política de Estado, dando passagem a vaidades, ideologias partidárias, promessas de campanha, palanques eleitorais e tantas outras.

Não só quando há exacerbação da política de governo em detrimento da política de Estado, mas em especial quando ela existe, a comunidade organizada pode e deve exercer a prerrogativa de seu direito no sentido de exigir a retomada do cumprimento da política de Estado, sob pena da derrogação dos poderes de seu mandatário.

Poder

Eis então a razão do título: “O poder das entidades sobre a política de governo”. A comunidade organizada, por meio das entidades sociais, é pessoa legítima a exigir o cumprimento pelos representantes do Poder Executivo, não só na órbita federal, mas em especial nas searas estadual e municipal, acerca da implementação da política de Estado ora prevista na Constituição Federal.

Relevando que tanto a Constituição Federal como também a Lei Orgânica de Assistência Social (Loas)³ parametrizam a política social de Estado – definindo quem são os beneficiários da promoção, a forma de custeio de tais ações em nome do Estado, a participação das entidades sociais como intermediárias da política e outras regulações – não há como conceber a inércia do povo à impunidade dos ladinos do erário público, em detrimento da obra social.

A sociedade organizada, muitas vezes em face de desconhecer os meandros da via punitiva do chefe de governo, que promove a tergiversação da política de Estado, acaba declinando seu

direito e se refestela apenas na teoria do “passar o pires”, visando colher quirelas para a obra social e manter a política da boa vizinhança, e, assim, acaba por colocar um Band-Aid na responsabilidade social do Estado.

Aceitar, por exemplo, o atendimento de pacientes financiados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) ao custo imposto pelo gestor, permitir a falência da instituição hospitalar em nome do Estado e aceitar ainda óbito por falta de estrutura e medicamentos implicam não só na quebra da responsabilidade civil objetiva do dirigente, mas também do chefe do governo, que caso instado a socorrer a entidade de saúde, ironizou o problema com sua inércia.

A entidade de assistência social que padece em face da não-ajuda financeira do Estado para a consecução de seus fins sociais e nada faz para exigir a implementação da política de Estado, levando a instituição ao escabroso estado de calamidade da coabitação, alimentação, cuidados médicos e outros de seus assistidos, é tão comparsa ao descaso com a pessoa humana que o próprio chefe do governo.

O exercício do poder das entidades beneficentes se faz pelo controle jurisdicional da administração pública, que pode ser exercido de várias formas. No âmbito extrajudicial, por meio de um acirrado controle da renda pública e dos critérios de sua repartição. E na seara judicial, deve se valer dos instrumentos jurídicos já insertos no mapa processual para a exigência da implementação da política de Estado, entre eles: ação popular, ação de obrigação de fazer, mandado de segurança (na hipótese da resistência da autoridade co-autora negar a repartição do recurso público), ação civil pública (por meio do Ministério Público) e ações de natureza criminal.

Enfim, é hora de se quebrar o velho paradigma acima que aduz “o poder corrompe”, substituindo-o por “o poder constrói o bem”. ☺

Regras básicas sobre como utilizar o poder

- Integração com o Conselho Municipal de Assistência Social.
- Participação nas reuniões do conselho que possuem como pauta o fundo de assistência social.
- Verificar a lei orçamentária do município, a fim de identificar a destinação de recurso para o social, e caso seja ínfima ou não esteja prevista, deve haver reação extra e/ou judicialmente na busca de uma melhor otimização orçamentária.
- Interceder junto ao representante político local para inserir na Lei Federal de Diretrizes Orçamentárias o orçamento para a assistência social local.
- Participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.
- Acessar com frequência os sites www.transparencia.gov.br, <http://siops.datasus.gov.br> e www.fnnde.gov.br, além das páginas dos ministérios e secretaria estaduais, para verificar a dotação orçamentária devida ao município e para qual fim, a guisa de identificar recursos para o social e por supedâneo para a entidade beneficente.
- Exigir a cotização dos custos dos programas sociais, de saúde e educação, dos chefes de governo, nos âmbitos municipal, estadual e federal, de forma extra e/ou judicial.
- Continuar a produzir o bem!

Marcos Biasoli. Advogado em São Paulo, mestrado em direito – PUC/SP, pós-graduado em direito empresarial – The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, membro do conselho científico da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP, idealizador e editor da Revista Filantropia.

¹MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, T.3, PÁGS. 20, 21 e 24.

²SEGUNDO A PRÓPRIA DOUTRINA, CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, MANOEL G.F. FILHO, T.1, PÁG. 220.

³Lei 8.742/93.



Contratação de portadores de deficiência e as entidades beneficentes

Por assistirem as pessoas deficientes, as organizações do Terceiro Setor estão dispensadas da Lei de Quotas

Marcos Biasioli
marcos@mbiasioli.com.br



Tatiana Magosso Evangelista
tatiana@mbiasioli.com.br



A Assembléia Geral das Nações Unidas proclamou em 1981 o Ano Internacional das Pessoas Deficientes, com o tema Participação Plena e Igualdade. Tal fato teve grande influência em todos os países signatários, no tocante a busca de normatização de isonomia de direitos das pessoas portadoras de deficiência (PPDs). Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o mundo possui cerca de 600 milhões de deficientes, e, segundo o último censo demográfico, 24 milhões são brasileiros.

No Brasil, destacando as principais legislações sobre o tema, registra-se que, em 1989, a lei nº 7.853 regulou o apoio às pessoas portadoras de deficiência, com previsão sobre sua integração social e a criação da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (Corde), além de estarem previstos justiça social, respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros princípios gerais de direito aos deficientes. Foram reguladas também as situações pertinentes à educação, saúde e trabalho, e, ainda, definidos como crime diversos atos atentatórios às pessoas portadoras de deficiência.

Em 1991, com o advento da lei nº 8.213, determinou-se a proteção ao trabalho das PPDs, uma vez que as empresas foram obrigadas legalmente a empregar esse público, de acordo com a proporção apresentada no quadro ao lado.

Já no ano de 1993, foi instituída a política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência pelo decreto n.º 914. No ano de 1999, o decreto nº 3.298 regulou a lei nº 7.853, que definiu a atuação da política nacional para a integração das PPDs e adequou a lei à situação real da população, de acordo com sua evolução, prevendo, ainda, sobre o acesso à cultura, ao desporto, ao turismo e ao lazer.

A inclusão das PPDs no mercado trabalho

Por conta da regulação legal e da não efetividade da norma, muitas empresas e entidades sociais estão recebendo notificações do poder público convocando seus representantes a comprovarem a inserção de pessoas portadoras de deficiência em seus quadros funcionais, de acordo com a quota mínima instituída por lei. O fato certamente deriva da iniciativa do governo federal que, em 1998, decidiu fiscalizar a aplicação da lei e, para tanto, baixou a portaria nº 4.677 do antigo Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), publicada no DOU em 30/7/98. Tal portaria determinou o prazo de 30 dias para que o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) estabelecesse uma sistemática de fiscalização, avaliação e controle das empresas, para o fiel cumprimento dessa obrigação.

O ato da administração pública tem acirrado a discussão entre os entes sociais, perante o entendimento de que tal previsão somente se aplica às empresas. Pelo novo conceito civil¹, a empresa é aquela que exerce profissionalmente atividade econômica, ou seja, que produz lucro. Sendo assim, as instituições que possuem em sua gênese a não-geração de qualquer fim econômico não podem ser equiparadas às empresas, o que lhes desobriga de respeitar a Lei de Quotas de PPDs.

Outro entendimento quanto à não-sujeição que tem tido eco é o argumento de que as instituições sociais, por complementarem as ações de promoção humana em nome do Estado, entre elas a tutela às PPDs, não podem ser compelidas a também contratá-las como empregados, pois seria um verdadeiro contra-senso.

Assim, nosso principal desafio é contribuir abaixo para o desfecho desta acalorada polêmica.

Reflexão sobre a Lei de Quotas

Partindo da premissa preambular de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza², a própria carta magna ordenou em seu art. 24, XIV, poderes ao Estado legislar sobre a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência, visando justamente a isonomia de direito e o aniquilamento de qualquer discriminação.

Não obstante ser do Estado³ a responsabilidade da tutela às PPDs, o legislador também invocou a participação da sociedade para tal fim. Dentro do princípio geral da atividade econômica, encontramos que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III – função social da propriedade; VII – redução das desigualdades regionais e sociais (...)”⁴.

Em outras palavras, a propriedade, ora derivada da própria atividade econômica das empresas, não pode se prestar a tão somente produzir dividendos aos seus acionistas, mas em especial contribuir com a minoração das desigualdades, entre elas, as atinentes às PPDs.

Assim, não há qualquer suscitação sob o ponto de vista legal quanto ao fato de que a previsão de quota mínima para a contratação de mão-de-obra de PPDs deve ser respeitada pelas entidades sociais, pois reflete a função social da iniciativa pública/privada, não só pelo Segundo Setor (empresas), ante a previsão contida no art. 93, da referida lei nº 8.213/91, mas em especial pelo Primeiro Setor (Estado), dada as previsões constitucional⁵ e legal consoantes, que se verifica na lei nº 8.112/90.

O próprio Superior Tribunal de Justiça referendou a previsão constitucional ao julgar a proteção ao trabalho das PPDs⁶, cuja ementa parcial assim aduz: “Deve o administrador reservar percentual das vagas destinadas a concurso público, às pessoas portadoras de deficiência, nos limites estabelecidos em lei, regulando o acesso quanto à compatibilidade das atribuições do cargo e as deficiências de que são portadoras.”.

Polêmica entre as entidades sociais

Ante a teoria acima erigida, entendemos o seguinte:

1. Não consta na lei que a entidade social esteja obrigada a respeitar o limite de quotas para inserção no seu quadro de pessoal as PPDs, mas, sim, que elas poderão intermediar a modalidade de inserção laboral na contratação para prestação de serviços, por entidade pública ou privada, da pessoa portadora de deficiência física, mental ou sensorial, e na comercialização de bens e serviços decorrentes de programas de habilitação profissional de adolescente e adulto portador de deficiência em oficina protegida de produção ou terapêutica⁷.
2. Para este fim, ela não pode ser equiparada a uma empresa, pois:
 - a) A finalidade de toda entidade beneficente de assistência social é a promoção humana. Visa à proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, à integração ao mercado de trabalho e, principalmente, à habilitação, reabilitação e integração à vida comunitária das pessoas portadoras de deficiência.
 - b) A sua função social é de assistir a pessoa humana, especialmente a PPD, que não possui condição mínima de suprir suas necessidades básicas como de alimentação, vestuário, saúde, educação e locomoção.
3. A instituição não constitui patrimônio de indivíduo, pois tudo que adquire se reverte para a própria finalidade, ou seja, toda a sua propriedade possui função social.

Neste diapasão, entendemos que pelo princípio da igualdade de direitos, as PPDs possuem a prerrogativa de se candidatarem a prestar serviços em prol das entidades sociais, em especial daquelas que possui missão de tutelá-las, e qualquer indício de discriminação nesta busca poderá refletir sanção punitiva, inclusive na seara criminal.

Por outro lado, as entidades beneficentes também por ordem legal⁸ possuem o dever de assistir as PPDs, mesmo porque se coaduna com a gênese de sua própria missão. Porém, em face de toda a construção doutrinária acima, elas não se subsumem, ou seja, não estão obrigadas a cumprir o art. 93 da lei nº 8.213/91, para a contratação de pessoas portadoras de deficiência. Exigir delas o contrário implicará no fomento da sanha arrecadatória do Estado e no desvio de sua função social de assistir e não empregar. 

É importante saber determinar o que medir, quais os indicadores são mais relevantes e quais fundamentos serão usados nessa mensuração

Número total de empregados	Vagas para PPDs em relação ao total
100 a 200	2%
201 a 500	3%
501 a 1.000	4%
1.001 ou mais	5%

Marcos Biasioli. Advogado em São Paulo, mestrado em Direito – PUC/SP, pós-graduado em Direito Empresarial – The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, membro do conselho científico da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP, idealizador e editor da Revista Filantropia.

Tatiana Magosso Evangelista. Advogada da M. Biasioli Advogados Associados, graduada pela PUC/SP, especialização em Direito do Terceiro Setor pela FGV/SP e pós-graduanda em Direito Processual Tributário na PUC/SP.

¹ ART. 966 E SEQUENTES DO CÓDIGO CIVIL.

² ART. 5º E 7º, XXXI, DA CF/88.

³ ART. 208, III, 227, PARÁGRAFO 2º E 244, DA CF/88.

⁴ ART. 5º, XXIII, COMBINADA COM O ART. 170 DO MESMO DIPLOMA CONSTITUCIONAL.

⁵ ART. 7º, XXXI, 37, VIII.

⁶ EMENTÁRIO STJ, Nº 19/008 – RMS Nº 2.480-5/DF.

⁷ DECRETO Nº 3.298/99, QUE REGULA A LEI Nº 7.853/89, ART. 35.

⁸ LEI ORGÂNICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (LOAS), Nº 8.742/93.

Parceria ou corrupção: o limiar da escolha das ONGs

Cuidados indispensáveis para entidades que pretendam trabalhar em cooperação com o Poder Público

Marcos Biasioli
marcos@mbiasioli.com.br



Alessandro Rodrigues Melo
alessandro@mbiasioli.com.br



Mesmo nos tempos atuais, ainda encontramos nos países tidos como de Primeiro Mundo situação caótica de desenvolvimento humano. Segundo o relatório encomendado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), constatou-se que, na totalidade, as nações mais ricas do mundo albergam mais de 100 milhões de pessoas com rendimentos abaixo do nível da pobreza; além disso, 37 milhões estão desempregadas, 100 milhões não têm abrigo e 200 milhões têm uma expectativa de vida inferior aos 60 anos.

No Brasil, um outro dado histórico também merece amplo destaque, com relação a rendimentos abaixo da pobreza. Foi apontado no Relatório sobre a Situação dos Direitos da Criança e do Adolescente, entregue no Comitê da ONU, que cerca de 2,9 milhões de crianças e adolescentes trabalham como domésticos e em lixões, com ínfima remuneração, o que provoca o uso desenfreado de entorpecentes para enganar a falta de comida.

Em face de tal dado, entre outros, o Pnud estima que somente em 2015 o Brasil reunirá condições de minorar, ao menos pela metade, a proporção da população com renda inferior a um dólar per capita por dia, e, por consequência, erradicar a população que sofre de fome em igual proporção.

A expectativa vislumbrada pelo Pnud traz consigo ícone implícito de relação econômica. Coincidência ou não, nos últimos 26 anos, o Brasil teve um crescimento pífio do PIB per capita, de apenas 0,6% ao ano, muito inferior à média nos países subdesenvolvidos. Dado este que o levou a cair no ranking econômico mundial – ocupava a posição de oitava economia do mundo na década de 1980 e, agora, ocupa

a desconfortável 14ª posição. Assim, não há como dissociar a economia do desenvolvimento humano.

Partindo desse diapasão, as vozes da população são uníssonas no sentido que o crescimento econômico é a principal vitamina que a sociedade necessita para minimizar as desigualdades, dados os reflexos na oferta de emprego, a exemplo do enriquecimento dos cofres públicos, ante a sua política predatória de arrecadação, o que gera, em tese, a otimização por consequência das políticas públicas de desenvolvimento.

Política pública social e a porta da corrupção

É cediço que o mero crescimento econômico não é o bastante para erradicar nossas desigualdades e até mesmo a fome. É indispensável, entre outras ações: a) adoção de políticas públicas austeras, mormente no enxugamento do custo da máquina estatal; b) combate da corrupção que assalta os cofres do Estado em proporções incalculáveis; c) ajuste da política fiscal à guisa de minorar a carga tributária; d) redução do excesso de burocracia; e) que haja, em especial, a interface com a sociedade civil organizada, principalmente quando o assunto é política social.

Adentrando apenas no tema relacionado às políticas sociais, é certo que o Estado, no seu moroso processo de amadurecimento, já vem identificando que é incapaz resolver sozinho as causas e os efeitos das desigualdades. E, em face de a sociedade estar legitimada na formulação de políticas e controle das ações em todos os níveis, ele está buscando outorgar a ela a responsabilidade indireta na administração dos problemas sociais, até mesmo por determinação da Constituição Federal¹ e da Loas².

A medida é extremamente salutar, visto que indiretamente está se processando uma desestatização parcial das políticas públicas, em especial de assistência social, cedendo espaço à iniciativa privada, que, em regra, é muito mais eficaz, profissional e econômica que a máquina administrativa estatal.

Todavia, tal política de cooperação implica também na dicotomia do orçamento público, descentralizando recursos do Estado em prol das ONGs para que elas promovam a direta aplicação nas finalidades constantes dos limites da parcerias. Detalhe: a cifra entre 2001 até 2005, em âmbito federal, alcançou a monta de aproximadamente R\$ 2 bilhões³ por ano⁴, sendo que, na média, metade dos repasses não guarneceram de licitação. Para tanto, solenizam entre si instrumentos jurídicos capazes de justificar a mútua participação por meio de variados modelos, entre eles: termos de parcerias, convênios, subvenções e contratos.

Eis, então, a porta da possibilidade concreta de se imperar a corrupção, que já tem sido frontalmente atacada, em especial pelo Ministério Público, ante ao novo modismo de se esvaziar o erário em prol de interesse privados, por intermédio de ONGs fabricadas apenas para recepcionar levandades desta natureza, que acabam contaminando a boa relação das entidades sérias com o Estado.

Limites sinuosos da cooperação social com o Estado

Quando contratadas pelo Estado para consecução de fins de interesse público, muitas ONGs acabam seduzidas pela possibilidade de fortalecer o caixa tão acostumado com o eco do vazio, esquecendo-se que a parceria pública também lhe insere nos quadrantes da co-responsabilidade estatal, e o que parece a “salvação da lavoura” se materializa, em alguns casos, em um pesar.

Para que as ONGs não embarquem nesta toada, assumimos aqui o desafio de contribuir com a exacerbação da lisura de muitas instituições que obram com muito mais propriedade e fidelidade que o próprio Estado. Recomendamos que, a fim de evitem maiores e futuras seqüelas, promovam prioritariamente o seguinte *check-list* antes de recepcionarem o recurso público em seus caixas:

- O ente público donatário obedeceu os princípios basilares que regem a administração pública, tais como:

legalidade (o repasse deve decorrer de lei que o autorize), impessoalidade (deve possuir finalidade pública e não relacionada com interesse privado), moralidade (lícito / honesto), publicidade (a sociedade tenha acesso a todos os parâmetros da contratação) e eficiência (presteza / resultado)?

- Há contrapartida exigida pelo donatário que contrarie os princípios acima enaltecidos?
- O recurso está relacionado com os seus fins sociais?
- Há limitações impostas para o dispêndio do recurso?
- Está investida de *expertise* capaz de autorizar a parceria em detrimento de outras?
- Os valores envolvidos estão paritários com os de mercado?
- Observar se o ente público contratante atendeu aos ditames da Lei 8.666/93, que impõe requisitos a contratação de ONGs sem licitação, ou seja: a) ter em seu estatuto ou regimento ao menos uma das seguintes finalidades: pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional, recuperação social do preso ou oferta serviços de pessoas portadores de deficiência física; b) praticar preço de mercado; c) possuir reputação ilibada; d) possuir natureza singular e notória especialização⁵ na atividade.

Realizado o referido *check-list*, e aceito o recurso, a sugestão é que a organização promova a contabilização e o controle financeiro totalmente segregado das demais receitas, a fim de se facilitar a prestação de contas públicas. No entanto, há franca necessidade de se redobrar os cuidados quando há ligação da ONG com o Estado, principalmente quando não estiver provido de processo licitatório, pauta esta que debatemos a seguir.

Prestação de contas

A prestação de contas é outro ponto que deve ser realizado com a máxima acuidade. Por muitas vezes a organização utiliza corretamente o recurso público, porém, cai na “malha fina” por não atender às minúcias da lei.

Embasamento legal da prestação de contas

Primeiramente, deve-se identificar a forma correta de prestação de contas em relação ao instrumento jurídico que autorizou o repasse do dinheiro público. Foi um convênio? Então deverão ser atendidas

todas as exigências da instrução normativa nº 1/97, da Secretaria do Tesouro Nacional. Foi um termo de parceria? Busque então seguir as normas da lei nº 9790/99 e do decreto nº 3100/99.

Independente dos formulários, siga sempre precauções básicas, como solicitar notas fiscais ou recibos; se preocupar para que estes documentos fiscais contenham informações específicas que possam comprovar o uso do recurso na sua finalidade; manter os recursos recebidos em conta bancária específica etc.

Terceirização

Sugere-se, ainda, que a ONG tomadora do recurso público não terceirize os serviços essenciais. Se assim o fizer, estará descaracterizando a sua contratação pelo Estado, o que pode consumir em um desvio de finalidade e ocasionar na obrigatoriedade da devolução dos recursos recebidos, sem falar na responsabilização pessoal dos dirigentes, inclusive de cunho criminal.

Todavia, caso haja no instrumento jurídico firmado, ainda que de forma implícita, permissão de subcontratação de serviços com guardada especificidade, recomenda-se que a organização promova ao menos tomadas de preços, para fins de tornar público o ato, e aplique no que couber a todos os referidos princípios da administração pública.

Tomada de preços

Nas compras e serviços, a ONG deverá observar as determinações do termo de parceria e/ou convênio para não incorrer em problemas no momento da prestação de contas. O contrato obriga que se sigam as normas da lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações)? É obrigatória alguma modalidade específica de licitação?

Lembramos que, na ausência de previsão contratual, não se presume obrigatória à realização de licitação nos exatos moldes da lei. Deve-se, sim, prezar pela comprovação do uso do recurso público com eficiência e economicidade, buscando realizar sempre uma tomada de preços e uma verificação da qualidade dos fornecedores que vier a contratar.

É de se ressaltar que essas providências têm sido consideradas como suficientes por nossos tribunais, que não enxergam nas ONGS obrigatoriedade legal para se aterem a todos ditames da Lei das Licitações, já que esta tem como sujeitos apenas entes que de alguma forma tenham natureza pública⁶.

Ônus da renúncia fiscal

As ONGs imunes de contribuições sociais também terão que se atentar ao comando do contrato celebrado. Se o recurso visa albergar toda a folha de pagamento dos contratados para o programa social financiado, é recomendável que se defina com acuidade, quando da solenização, se o recurso liberado alcança o pagamento dos encargos sociais. Apesar de inusitado, mesmo sendo imune a organização estará compelida a promover o cabal recolhimento, sob pena de se caracterizar desvio de finalidade, exceto se promover a sua devolução residual ao donatário.

Conclusão

Enfim, a tomada do recurso público pelas ONGs, para fins da consecução das políticas sociais, é um direito e não um favor do Estado, dada sua investidura constitucional. Entretanto, sua aplicação disforme dos limites da parceria e longe dos princípios da administração pública – privilegiando, por exemplo, ideologias ou partidos políticos, apadrinhando partidários, remunerando dirigentes, financiando campanhas, distribuindo resultados, desviando a finalidade das verbas, entre outros –, será caracterizada como um verdadeiro *dèsjá vu* da famosa corrupção, o que a levará sozinha diretamente ao banco dos réus. 

Marcos Biasioli. Advogado em São Paulo, mestrado em Direito – PUC/SP, pós-graduado em Direito Empresarial – The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, professor do curso de pós-graduação de gestão do Terceiro Setor na Universidade Federal do Espírito Santo, membro do conselho científico da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP e do conselho editorial da Revista Filantropia.

Alessandro Rodrigues Melo. Advogado em São Paulo e no Rio de Janeiro, graduado pela Universidade Federal Fluminense (RJ), especializado em prática no Terceiro Setor pela Escola Superior de Advocacia – OAB/SP e membro da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP.

¹ Art.: 199, 204, 213, ENTRE OUTROS.

² Lei nº 8.742/93, ART. 5º, II.

³ SEM CONSIDERAR O MONTANTE DERIVADO DA RENÚNCIA FISCAL.

⁴ INFORMAÇÃO CONSTANTE DO SISTEMA INTEGRADO DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA (SIAFI) DO TESOURO FEDERAL.

⁵ NESTE CASO, A ASSOCIAÇÃO DEVE ESTAR PREPARADA PARA COMPROVAR TÉCNICAMENTE E DOCUMENTALMENTE A ESPECIFICIDADE DO SERVIÇO PRESTADO, ALÉM DE INDISCUTÍVEL KNOW HOW E EXPERTISE NO ASSUNTO ENVOLVIDO, PARA QUE NÃO SEJA FUTURAMENTE QUESTIONADA.

⁶ CONFORME SEGUINTE ENTENDIMENTO DO STJ: ECONOMIA MISTA. SOCIEDADE CIVIL. LICITAÇÃO. DISPENSA. A SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS QUE CONGREGA, EM ASSOCIAÇÃO, SERVIDORES DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA, NÃO ESTÁ SOB O FOCO DE INCIDÊNCIA DO PARÁGRAFO 1º DO ART. 1º DA LEI Nº 8.666/93. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. [STJ] – 4º TURMA – RELATOR MIN. CÉSAR ASFOR ROCHA, J. 21/06/2001; DJ 22/04/2002, p. 211) (G.N.).



Aspectos legais da contabilidade do Terceiro Setor

Diretores de entidades que não se envolvem com os assuntos contábeis, deixando-os totalmente a cargo do contador, podem enfrentar problemas fiscalizatórios

Marcos Biasioli
marcos@mbiasioli.com.br



O maior problema são os vícios contábeis, cometidos não pela ausência de tecnicidade, mas, em grande parte, pela falha de comunicação entre os agentes sociais que militam em prol da instituição e o setor contábil

A contabilidade surgiu na antiga Babilônia, por advento do reinado do imperador Nabucodonosor, que após reconstruir e cercar com muralhas e portas de bronze, passou a incentivar o desenvolvimento do comércio, o que levou sua cidade a ser considerada a mais rica da Ásia. E, para controlar e registrar sua riqueza, Nabucodonosor idealizou táboas pequenas de barro. Essa prática foi copiada e aprimorada pelos reis e comerciantes da época, tendo um grande impulso nos séculos 15 e 16, quando o mundo passou por consistentes modificações científicas, entre outras, dando azo à atual ciência contábil que tem a função primitiva de manter um controle permanente do patrimônio da empresa.

Protraindo a função da contabilidade desde seu surgimento, 520 a.C., identificamos, então, que ela visa a preservação do patrimônio e, assim sendo, deveria ser eleita pela direção das empresas e entidades sociais e religiosas como o cérebro da instituição, e não como uma autora meramente coadjuvante.

O saudoso jornalista e colunista social Ibrahim Sued dizia nos seus comentários esportivos: “o pênalti é tão importante que o presidente do clube é quem deveria cobrá-lo”. A contabilidade é o pênalti da entidade social e cabe ao dirigente convertê-lo.

Neste diapasão, destacamos que muitas entidades reconhecidas como beneficentes de assistência social e educação – em face de possuírem a prerrogativa de não recolherem aos cofres públicos tributos relacionados com seu patrimônio, renda e atividade, ante ao fato de estarem albergadas pelo benefício tributário da imunidade¹ – acabam, em regra,

se refestelando em tal condição e, por consequência, não se envolvem com os assuntos contábeis, sob manto que cabe a tão somente ao contador tal árdua tarefa. A inércia pode resultar em amargas seqüelas, não por falta de tecnicidade do profissional, mas por ausência de envolvimento, comprometimento e comunicação, que poderiam ser evitadas caso houvesse uma maior interação da direção.

Diante de tal cenário, sentimo-nos desafiados a desenvolver o tema para uma conjunta e proativa reflexão.

Seqüelas contábeis

É notório que muitas entidades beneficentes estão deixando de ser reconhecidas como tal, ou seja, estão perdendo o Ceas (mais conhecido como certificado de filantropia), seja por não terem comprovado que realizam ações gratuitas na proporção mínima exigida por lei; ou por atenderem com recursos derivados da renúncia fiscal pessoas que não estão sob vulneração de risco social, em outras palavras, pessoas não-carentes; ou, ainda, por distribuírem resultados a associados; e outras tantas anomalias.

Em verdade, o que leva a instituição a sofrer repúdio de entes fiscalizatórios nem sempre é a prática de atos disformes da lei. O maior problema são os vícios contábeis, cometidos, na maioria das vezes, não pela ausência de tecnicidade, como já enfatizamos, mas, em grande parte, pela falha de comunicação entre os agentes sociais que militam em prol da instituição e o setor contábil.

É cediço que cabe à contabilidade, entre outras funções, promover a classificação

contábil das receitas e despesas. Porém, nem sempre a contabilidade poderá identificar com acurácia a verdadeira origem da receita/despesa, o que leva a uma classificação viciada, que pode impactar de forma negativa nos resultados obtidos.

Eis, então, a premência do envolvimento da direção na interface dos agentes com o setor contábil.

Contabilidade de custos

Nos tempos atuais, é impossível administrar sem a instalação de uma contabilidade de custo, em especial em uma instituição que não possui finalidade econômica e que possui áridas fontes de rendas, além do fato de que muitas sobrevivem de recursos públicos, cuja prestação de contas é determinante para a continuidade do programa.

Grupo das despesas

Assim, recomendamos que as entidades sociais e religiosas adotem a política de custos, segregando as despesas por meio de centro de custos. Cada programa deve ter um centro de custos e, ali, devem ser lançadas as despesas oriundas daquele programa. É importante não haver contaminações com despesas de diversa natureza que não estejam relacionadas com os programas, tais como serviços de contabilidade, auditoria, jurídico, reformas, despesas financeiras etc.

Os programas desenvolvidos com recursos públicos devem possuir um centro de custos segregado dos demais. Eventuais despesas tidas como “comuns” também devem ser rateadas na proporção de cada programa, evitando-se, por exemplo, que a contabilização de alimentos que são direcionados aos assistidos do programa e aos funcionários seja lançada na nota fiscal dos fornecedores, no caso de centro de custos de programas realizados com recursos públicos. É obrigatória a separação, pois, do contrário, recursos do convênio estarão sendo utilizados para fins distintos daquele contratado, o que caracteriza violação a lei.

As despesas derivadas de compra de equipamentos, reformas, consertos de veículos, sistema de refrigeração da instituição e investimentos em parque tecnológico não são despesas, mas, sim, custos de investimento. Assim, não podem, salvo melhor juízo, serem classificados no centro de custo dos programas, uma vez que eles possuem apenas o objetivo de avaliar o custo per capita do assistido e não da instituição, que possui outras ferramentas para tal.

Para as entidades imunes e comprovadas a comprovar gratuidade aos órgãos públicos, defendemos que os custos acima enaltecidos sejam levados à conta de patrimônio, cuja depreciação defendemos que recaia no cômputo de tal gratuidade. Enfim, a adoção de tais centros de custos facilitará a contabilidade na correta classificação, corroborando com a manutenção dos benefícios fiscais.

Grupo das receitas

Nem tudo o que a entidade recebe deve ser recepcionado no grupo de receitas, e um erro classificatório pode levar a aumentar a base tributária e, por consequência, aumentar a incidência fiscal. Ainda que a instituição tenha imunidade, há tributos que são cobrados pelo Fisco Federal, não obstante à indignação e ao atual combate judicial, como é o caso da Cofins sobre as receitas decorrentes de atividades contraprestacionais – como as mensalidades escolares –, em face da previsão contida na IN/SRF nº 247/02.

Outro fato contábil que também merece destaque é o caso dos convênios firmados entre entidades sociais, portadoras ou não do certificado de filantropia (Ceas), cuja dotação recebida não deve ser tratada como receita e, sim, alocada em conta patrimonial, por recomendação da recente resolução do CNAS, nº 49/07, que alterou a redação primitiva da resolução nº 188/06, com fundamento na NBC T 3, item 3.1.6, do Conselho Federal de Contabilidade. Neste caso, apenas a sobra da dotação após o projeto realizado é que deve ser, ao final, recepcionada como receita para todos os fins mormente fiscais.

Concluimos, então, que cabe ao grupo diretivo da instituição priorizar, com paridade de tratamento, o contido envolvimento com questões contábeis. A contabilidade constrói segurança jurídica e patrimonial, porém, se desdenhada pela direção da instituição, será o alçoz da destruição da obra do bem. 

¹ DERIVADA DA LIMITAÇÃO DO PODER DE TRIBUTAR IMPUTADA PELO LEGISLADOR CONSTITUCIONAL AO FISCO.

Marcos Biasoli. Advogado em São Paulo, mestrado em Direito – PUC/SP, pós-graduado em Direito Empresarial – The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, professor do curso de pós-graduação de gestão do Terceiro Setor na Universidade Federal do Espírito Santo, membro do conselho científico da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP e do conselho editorial da Revista Filantropia.

Contratação de mão-de-obra diante dos convênios filantrópicos

Contratos firmados por tempo determinado evitam que as entidades arquem com o ônus de indenizações e multas trabalhistas caso o convênio seja cancelado

Marcos Biasioli
marcos@mbiasioli.com.br



É cediço que o Estado, diante de um universo de mais de 100 milhões de pessoas, não arregimenta estrutura suficiente para resolver sozinho os problemas sociais de tamanha comunidade. E é por isso que se utiliza da prerrogativa constitucional de terceirizar por meio da sociedade civilmente organizada (entidades integrantes do Terceiro Setor), serviços sociais, entre outros, que aquilata uma força motriz no desenvolvimento, corroborando com a erradicação da pobreza e do analfabetismo, e com o combate das desigualdades sociais.

Ocorre que para se engendrar uma estrutura funcional que atenda aos anseios do Estado em prol da comunidade, é necessário que haja a transferência de recursos públicos para as entidades, a fim de equipá-las a agir como se estatal fossem. Eis, então, a figura jurídica dos convênios, ora também denominada como filantrópicos.

A entidade social, na ânsia de cumprir a essência do compromisso oriundo da avença prevista no convênio, muitas vezes se lança a contratar mão-de-obra para dar cabo às obrigações. E, como não poderia ser diferente, protraí para si, uma obrigação trabalhista, que em tese não é sua, mas, sim, do Estado. Em face de assumir o risco da atividade, acaba por ser de maneira uníssona a responsável pela integridade dos direitos do obreiro.

Imprevistos

A mutação a cada quatro anos do Poder Executivo acarreta, na grande maioria das

vezes, na mudança também das políticas sociais – que deveriam ser perenes, mas, em regra, não são. Isso, freqüentemente, gera a ruptura de convênios filantrópicos celebrados com entidades sociais, que são remetidas à berlinda financeira, pois, além de não arregimentarem saúde econômica para dar continuidade ao projeto, ainda ficam sem recursos para promover a indenização trabalhista dos contratados, que foram chamados para desempenhar exatamente o propósito do convênio público.

Ainda que a instituição permeie pela seara judicial com veemência, para a manutenção do programa legalmente exercido – atitude que defendo –, o desfecho tardio poderá representar a bancarrota da instituição. E mais, ante o princípio processual da descaracterização da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), até o patrimônio pessoal do dirigente da instituição poderá vir a servir de banquete ao obreiro postulante.

Para se evitar tamanho dissabor e vulneração da paz daqueles que operam na seara do bem, recomenda-se:

Quanto às cautelas por advento da celebração dos convênios

Com o propósito de se evitar o completo desequilíbrio econômico e de anseios sociais, recomenda-se as seguintes cautelas, entre outras de suma importância quando da celebração dos convênios:

- a) Que se faça promoção de uma reserva para contingências trabalhistas e a inclu

no custo *per capita* do beneficiário, sob pena de se rejeitar o convênio;

- b) Que, por consequência, tal reserva seja efetivamente exercida, contabilizando-a na conta de reserva patrimonial;
- c) Considerando que, em regra, os convênios não ultrapassam a vigência do exercício fiscal, ante até mesmo o previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, recomenda-se que a mão-de-obra contratada seja específica para atender ao anseio daquele convênio, não se misturando, contabilmente falando, às folhas de pagamento. Ou seja, defende-se uma segregação dela, com o propósito único de se justificar no futuro em pendência judicial, a motivação de sua contratação.

Contratação de mão-de-obra por tempo determinado

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) prevê, no seu art. 443, a possibilidade das empregadoras firmarem com seus obreiros contrato com prazo determinado de duração. Todavia, não há liberdade plena para tal, eis que a lei limita a possibilidade, desde que preenchidos os seguintes requisitos, a saber:

- a) Serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) Atividades empresariais de caráter transitório;
- c) Contrato de experiência.

Neste diapasão, defendo que a contratação do obreiro para laborar essencialmente nos estreitos limites do convênio seja de maneira determinada. Recomenda-se, porém, que haja clareza quando de sua contratação acerca de tal condição, ante o fato de o convênio e o próprio programa serem transitórios e também determinados.

Precauções

A instituição que passa a desenvolver um projeto social fruto de um convênio celebrado possui, no meu modo de entender, atividade transitória a este respeito. Sem o convênio, não haveria razão da contratação de tal mão-de-obra, o que a remete ao repleto enquadramento as letras “a” e “b” do parágrafo 2º do art. 443 da CLT, que trata dos contratos com prazo determinado.

É salutar ressaltar que a contratação por prazo determinado traz importantes vantagens aos empregadores, já que estão dispensados de arcarem com os ônus da indenização derivada do aviso prévio, multa por dispensa arbitrária, indenização compensatória, entre outras. Juntas, representam uma quantia extremamente considerável se multiplicada pelo volume de obreiros oriundos do projeto financiado por meio de convênios.

É importante destacar também que há limitação de prazo, ou seja, a instituição somente poderá contratar profissionais por prazo que não exceda dois anos, assomado ao preenchimento dos requisitos do parágrafo 2º do art. 443, acima enaltecidos.

A Justiça já vem se pronunciando sobre a teoria que defendo, haja vista decisão em que meu escritório funcionou como defensor, a qual a reproduzo parcialmente: “No sentir deste juízo, a contratação de mão-de-obra para atingir os objetivos dos convênios celebrados pelo réu tipifica o art. 443, parágrafo 2º, “a”, da CLT, pois se trata de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo”.

Assim, acredito que tais cautelas serão importantíssimas para o pleno êxito da obra do bem, e, por isso, venho sempre enfatizando a premência de ampla segurança.

Não defendo, aqui, a quebra da isonomia do trabalho e tampouco que se lesionem os direitos sociais, mas, sim, que se evitem vulnerações desnecessárias, ante a falta de informação, adotando sempre com clareza as regras do jogo com o obreiro, para que amanhã ele não invoque direito que sabe não possuir.

Enfim, toda cautela é pouca, e prevenir é muito melhor do que remediar quando o assunto é promover o bem com o chapéu alheio. ☺

Marcos Biasoli. Advogado em São Paulo, mestrado em Direito – PUC/SP, pós-graduado em Direito Empresarial – The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, professor do curso de pós-graduação de gestão do Terceiro Setor na Universidade Federal do Espírito Santo, membro do conselho científico da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP e do conselho editorial da **Revista Filantropia**.



Programas de geração de renda da entidade social e o INSS

Parecer questionável da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social veda que a entidade social institua como programa de geração de renda atividades relacionadas com a venda de serviços

Marcos Biasioli
marcos@mbiasioli.com.br



Há 700 anos se comenta acerca da lenda ou história de Robin Hood, tido como o Príncipe dos Ladrões. Ele teria vivido nas florestas de Sherwood, na Inglaterra, e tinha habilidade com arco e flecha para roubar dos ricos e entregar aos pobres, prática esta que até lhe conferiu o mito de herói inglês.

Os programas de geração de renda promovidos pelas entidades sociais têm sido recepcionados por alguns integrantes do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) como ação de Robin Hood. Na concepção deles, as instituições que são contempladas pelo benefício da isenção tributária saqueiam os cofres do erário para ofertar bens e serviços a custos infinitamente inferiores ao de mercado, visando engordar o orçamento para traduzi-lo aos pobres que assistem. Assim, a diferença entre o lendário inglês e elas estaria apenas no uso do arco e flecha.

Análise

O argumento legal utilizado pela administração pública para refutar os programas de geração de rendas que envolvem serviços está esculpido no parecer nº 3.272/04, exarado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, que traz em sua ementa:

“Isenção das contribuições para a Seguridade Social. Art. 55 da lei nº 8.212/91. Cessão de mão-de-obra. 1) Somente poderão realizar cessão de mão-de-obra, sem perder a isenção prevista no art. 55 da lei nº 8.212/91, as entidades que atendam a dois critérios, a saber: caráter acidental da cessão onerosa de mão-de-obra em face das atividades desenvolvidas pela entidade beneficente; e mínima representatividade quantitativa de empregados cedidos em relação

ao número de empregados da entidade beneficente. 2) As entidades que fazem cessão de mão-de-obra sem atentar para um destes dois critérios, na forma descrita no corpo do presente parecer, violam a exigência do inciso III do art. 55 da lei nº 8.212/91 e não fazem jus à correspondente isenção.”

Em outras palavras, a Consultoria Jurídica veda que a entidade social institua como programa de geração de renda atividades relacionadas com a venda de serviços, que naturalmente envolve a cessão de mão de obra, como, por exemplo, serviços de vigilância, limpeza, segurança, entre outros.

O curioso disto tudo é que, ao analisar o teor do parecer, flagra-se de pronto que ele impõe uma limitação ao acesso à imunidade tributária – tratada como isenção de modo equivocado pelo legislador constitucional, segundo o Supremo Tribunal Federal (STF) –, que nem o Código Tributário Nacional (art. 9º e 14) que a regula possui. De igual sorte, nada se encontra na Lei de Custeio da Previdência Social (lei nº 8.212/91) e tampouco se identifica qualquer limitação no Regulamento da Previdência, decreto nº 3.048/99.

Mergulhando na essência do malsinado parecer, se vislumbra que ele elenca como violação ao art. 55, III, da lei nº 8.212/91, como se viu acima, a cessão de maneira continuada e com alta representatividade frente ao volume de empregados da instituição alocado para a atividade principal, que é a assistência social. Quanto à tônica da representatividade, ela pode até persuadir, pois admitir ao contrário, estar-se-á oportunizando uma elisão fiscal, já que a atividade-fim será aquela apelidada de atividade-meio.



O curioso disto tudo é que, ao analisar o teor do parecer, flagra-se de pronto que ele impõe uma limitação ao acesso à imunidade tributária que nem o Código Tributário Nacional que a regula possui

Contudo, não há como se referendar que a atividade-meio tem de ser sazonal ou acidental, ainda que esteja relacionada com a venda de serviços, como enfoca o parecer, uma vez que, se assim for, todas as entidades sociais estão vedadas de instituir programas de geração de renda de modo perene.

Entendimentos

O STF já se pronunciou sobre o assunto, julgando em caso similar a legalidade da implantação de tais programas. A seguir, trecho do voto do Ministro Celso de Mello, exarado nos autos do recurso extraordinário nº 210.251-2:

“É certo que a instituição de assistência social pode prestar outros serviços destinados a subsidiar-lhe, financeiramente, a ação assistencial...”

Em igual sintonia, votou os demais ministros por advento do julgamento daquele recurso. Segue trecho do voto do Ministro Marco Aurélio:

“Não posso assentar que, havendo a comercialização de certo produto, sendo o objetivo maior a manutenção da própria entidade, ocorra o afastamento da imunidade.”

Observa-se que não só os Tribunais, mas em especial a própria lei que regula a emissão do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Ceas), decreto nº 2.536/98, traz a lume de maneira subliminar, no bojo do inciso VI, que a instituição pode promover venda de serviços para compor suas rendas. Igual tratamento se encontra na resolução do CNAS nº 177/2000, III, letra “a”, que prevê igual possibilidade. E mais, não há qualquer limitação, nem quantitativa e tampouco qualitativa, quanto à natureza da venda, o que implica

concluir ser possível a promoção de programas de geração de renda, inclusive de serviços, para corroborar com as atividades-fins.

Outro enfoque jurídico que merece ser enaltecido é que, não obstante a vinculação da administração pública quanto ao enfadonho parecer, ele não é lei, não tendo como jamais contrariá-la. Ele nasceu no mundo jurídico apenas para interpretá-la e, ante o princípio da hierarquia das normas, conclui-se que neste particular ele é, salvo melhor juízo, totalmente nulo para o mundo jurídico, pois não possui o poder de proibir aquilo que a lei permite.

Enfim, defendemos que as instituições sociais não se tornem Robin Hood, roubando para servir, mas invocamos que elas não só podem como devem produzir riquezas para traduzi-las àqueles que não possuem sequer os mínimos para sobreviver, alforriando o Estado da obrigação de sustentá-la.

Todavia, que seus programas de geração de rendas possuam no âmago propósitos sociais e não de interesses pessoais, pois afinal, como sempre digo, “dois pobres não se sustentam”.

Marcos Biasoli. Advogado em São Paulo, mestrado em Direito – PUC/SP, pós-graduado em Direito Empresarial – The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, professor do curso de pós-graduação de gestão do Terceiro Setor na Universidade Federal do Espírito Santo, membro do conselho científico da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP e do conselho editorial da **Revista Filantropia**.



RENATA ROSA



Fusão e incorporação das entidades filantrópicas

A legitimidade da alteração da estrutura jurídica das organizações sociais, tendo como base a prática empresarial

Marcos Biasioli
marcos@mbiasioli.com.br



A história aponta que a vida surgiu na Terra há cerca de 3 bilhões de anos e que o primeiro ser vivo não passava de um complexo de proteínas envolto por uma membrana – dentro da qual o milagre da vida se manifestou pelo surgimento dos primeiros ácidos nucleicos, precursores do DNA (a principal marca química da vida). O corpo dos primeiros seres era, portanto, composto por apenas uma célula, como até hoje muitos são – os protozoários, as bactérias e certas algas. A união de células fez surgir os vertebrados, entre eles o ser humano, o animal pensante¹.

Eis, então, a possível origem do velho e entoadado brocardo “a união faz a força”, ou seja, se a própria constituição do ser humano carece da união de células para o dom da vida, quem dirá as sociedades. Apegando-nos ao presente prelúdio, nos cabe iniciar a análise sobre o tema proposto, que tem como pano de fundo o detido exame acerca das vantagens e viabilidade jurídica da união das entidades filantrópicas.

Reflexos da união

Temos como primeira análise que a união tão comum entre as empresas que compõe o mundo capitalista possui objetivos claros, que são: a união de inteligências e de recursos econômicos para fortalecer a produção de riquezas a que se propuseram. Portanto, esta é a razão testemunhada pela sociedade quanto à explosão do mercado de capitais, mormente aqueles tidos como abertos, ou seja, que buscam a sinergia de outros capitais por meio de ofertas públicas de suas ações com propósito de unir-se na saga do desenvolvimento e conseqüente riqueza.

Já as entidades filantrópicas, que não anseiam riquezas materiais, mas, sim, espirituais – pois também investem no mercado de ações (sociais, não de capitais) –, volta e meia se questionam acerca da viabilidade jurídica de trilharem pelos mesmos caminhos das empresas capitalistas, quanto à mobilização de recursos para os seus fins.

Imaginemos, em termos práticos e objetivos, os efeitos, a título de exemplo, de uma fusão entre as Santas Casas de Misericórdias, haja vista que há identidade de: causas sociais, mão-de-obra técnica, insumos, suprimentos em geral, equipamentos e aparelhos médicos, administração (guardadas eventuais diferenças), nuanças técnicas etc. Outro exemplo prático seria a centralização da compra de medicamentos. O que não poderia baratear o processo? E o aproveitamento médico? E o corte dos serviços terceirizados? E a unificação contábil e jurídica? E o volume de atendimentos SUS?

É de se imaginar o quanto se produziria de economia, sem falar na soma da inteligência

diretiva, cujo valor agregado é incomensurável. Citamos, sem pretensão de se fazer juízo de valor, o caso da Santa Casa de Porto Alegre – que é um dos modelos de administração público-privado – e a acareamos com algumas outras Santas Casas radicadas nas demais capitais, que estão numa penumbra cinzenta.

Dissertamos agora sobre as escolas filantrópicas, que assistem de camarote o campear da concorrência liderada por empresas capitalistas, que diuturnamente estão se associando para unificar forças, e não obstante a tamanha sombra, ainda resistem em se manterem isoladas diante de voraz tempestade. Deparamonos que, até mesmo entre elas, que possuem mesma ideologia social e carisma religioso, travam batalhas concorrenciais, de igual sorte hospitais e ONGs da mais diversa natureza, ou seja, a livre concorrência se opera no mesmo orbe que o mercado capitalista.

Há casos até de segredos de indústria quando se têm programas de geração de rendas mais engendrados, marcas registradas com ferrenhas disputas na seara do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi), chegando até nas raíais da justiça. Assim, as escolas filantrópicas, em especial, estão sendo massacradas pelo capitalismo, pois a evasão de alunos é uma constante, e a razão em regra é quase a mesma: educação virou negócio, e a filosofia qualitativa está dando espaço à quantitativa. Noutras palavras, existe o jargão “salvem-se quem puder”.

Há flagrante guerra branca entre o capital *versus* tradição. E como dizia Karl Marx, o excedente do trabalho sempre cairá na mão dos capitalistas. E mesmo diante deste cenário,

assistimos que muitas estrebucham, resistem, se socorrem à mantenedora, ora prima rica, mas não tiram, em regra, a venda dos olhos para enxergar que é chegada a hora da aliança. Quer entre as próprias filiais, mas em especial com outras filantrópicas, visando à busca da sinergia operacional, econômica, de *know-how*, de inteligência e até mesmo física, para enriquecer a força motriz da obra do bem.

Reflexos econômicos

Ao trabalho social não falta boa vontade de pessoas de bem, tampouco voluntários; também não carece de pessoas em vulneração de risco social, ante os milhares que vivem na linha abaixo da pobreza; e, ainda, não faltam idéias, inspirações e transpirações. Todavia, em regra, sempre faltam recursos para a manutenção da obra, que fica constantemente à mercê de benfeitores ou programas amadores de geração de renda.

Quando se fala de elaboração de projetos sociais, muitas vezes falta até mesmo *expertise* para criá-lo, associado à falta de recursos, o que leva a instituição a ficar, em muitas ocasiões, dependente das quirelas que caem da mesa do abastado. A fusão e a incorporação, via de regra, não ocupam o espaço da genialidade do grupo diretivo, que apenas se valem de *cases* de sucesso para aplicar na obra, desprezando-se a via concisa da aliança da obra paradigma – o que enfraquece o projeto e retira do tutelado a força motriz do seu desenvolvimento.

Enfim, sob o ponto de vista econômico, não há dúvidas que seria extremamente salutar a união de entidades filantrópicas. Porém, nos cabe apreciar a viabilidade jurídica de tal processo. Para tanto, é forçoso o singelo estudo dos institutos societários que possibilitam tal mudança.

Viabilidade jurídica

A lei nº 6.404/76, parcialmente alterada pela lei nº 9.257/99, prevê no seu capítulo

XVIII figuras de mudanças na estrutura jurídica da empresa, que são:

- a) **Transformação:** que é a mudança do tipo de sociedade. Exemplo: a sociedade limitada transforma-se em uma sociedade anônima;
- b) **Incorporação:** caracteriza-se quando uma sociedade é absorvida por outra. E, por conta da operação societária, a incorporadora absorve os direitos e obrigações da incorporada;
- c) **Fusão:** é a união de duas ou mais sociedades, dando azo ao surgimento de uma nova sociedade, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações;
- d) **Cisão:** é a operação pela qual a companhia transfere parcelas de seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Entendemos e defendemos que todos os tipos de alteração da estrutura jurídica destinados pela lei às empresas se aplicam de forma analógica às entidades filantrópicas, inclusive a transformação, guardando os efeitos tributários de tal operação. No diapasão tributário, não encontramos sequer um entrave às operações de fusão, incorporação e cisão que possa suprimir a benesse do reconhecimento da imunidade tributária; tampouco retirar o reconhecimento pelo CNAS de entidade beneficente de assistência social.

Neste último caso, há até previsão favorável, ainda que de modo intrínseco, pois se permite a mutação ante a exigência de previsão estatutária de que a eventual dissolução da instituição deverá ser regida de maneira a contemplar seu patrimônio a outra entidade congênere².

Entende-se, então, a presença da plena viabilidade jurídica quanto à mudança da estrutura jurídica da entidade filantrópica.

Conclusão

O tema merece muita reflexão, pois o patrimônio da entidade filantrópica é como o da Igreja, é do povo de Deus. Não é mais da instituição, pois a sua construção derivou do mesmo povo que com ela ajudou construí-lo, não obstante o incessante, árduo e virtuoso trabalho dos seus obreiros. Será que não é hora do desarme, da união, da retirada dos “band-aids” da construção de pontes como ensina o magistério de Ladislau Dowbor³? Afinal, a causa não é a mesma, ou seja, a promoção humana?

Enfim, os institutos societários de alteração da estrutura jurídica da empresa, em especial os da fusão e incorporação, são legítimos e podem ser exercidos pelas entidades filantrópicas. Eis que representam, no nosso modesto modo de entender, a filosofia do bem, um grande passo para se consolidar a união e, por conseqüência, a perenidade do desenvolvimento social.

O que nos leva a invocar o Salmo Bíblico 133:1, que assim preceitua: “Oh! Quão bom e quão suave é que os irmãos vivam em união”. Pense nisto! 

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ¹ SÍNTESE COILHIDA DE ARTIGO PUBLICADO NA REVISTA VIDA SIMPLES, EDIÇÃO FEV/95, DE AUTORIA DO PROFESSOR EUGÊNIO MUSSAK.
- ² VER RESOLUÇÃO Nº 177/00, ARTIGO 3º, V, LETRA “E”.
- ³ ECONOMIA SOCIAL NO BRASIL, P. 17, ED. SENAC.

Marcos Biasioli. Advogado em São Paulo, mestrado em Direito – PUC/SP, pós-graduado em Direito Empresarial – The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, professor do curso de pós-graduação de gestão do Terceiro Setor na Universidade Federal do Espírito Santo, membro do conselho científico da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP e do conselho editorial da **Revista Filantropia**.



A luta pelo desenvolvimento social dos irmãos siameses: estado e entidade filantrópica

Ação investigadora no CNAS leva Poder Executivo a redigir novo projeto de lei, mas há dúvidas sobre sua efetividade

Marcos Biasioli
marcos@mbiasioli.com.br



A Constituição Federal de 1988, tida como a Carta Política de soberania nacional, regulou, enfim, o Estado democrático e, por supedâneo, uma política social, classificando os seus sujeitos, suas formas e fontes de custeio, sendo complementada, por sua determinação, pela lei nº 8.742/93 – Lei Orgânica de Assistência Social (Loas).

O legislador constitucional de 1988 delegou ao Estado democrático a ordem da promoção humana, mediante a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, por meio dos seguintes dispositivos:

- Art. 3º, inciso III: que modela os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil;
- Art. 23, inciso X: que aduz ser competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios a responsabilidade de combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;
- Art. 170, inciso VII: que delinea a ordem econômica visando a redução das desigualdades regionais e sociais;
- Art. 203: que trata da assistência social;
- Art. 214: que determina que a lei estabeleça um plano nacional de educação;
- Art. 227: que preconiza o protencionismo do Estado em face da família, da criança e do adolescente; e
- Art. 60, ADCT¹: que estipula a repartição do orçamento público para fins educacionais, por meio da criação de fundo para o desenvolvimento do ensino.

Assinala-se que o Brasil precisou reformar cinco vezes sua Constituição para adotar uma

política social de Estado, capaz de vincular os operadores da máquina estatal na construção de um desenvolvimento social sustentado – a qual até hoje ainda não foi fundamentalmente implementada, pois muitas vezes a vaidade de uma política de governo persuade muito mais do que aquela prevista na Constituição Federal, que traduz a política de Estado erigida ante a vontade do povo, de modo perene, sustentável, não eleitoreiro e tampouco vulnerável às mutações ideológicas e partidárias.

Custeio da política social de Estado

Na mesma linhagem constitucional, também foram dados ao aparelho do Estado mecanismos para o custeio da política social, pois de nada valeria a mensurada tutela se não fosse orquestrado ao Poder Executivo os meios para operacionalizá-la.

Está previsto na Constituição Federal, precisamente no art. 195², que aduz: “A seguridade social³ será financiada por toda a sociedade, de modo direto e indireto, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, e das seguintes contribuições sociais (...)”.

Ao estabelecer as fontes de custeio, o legislador constitucional consignou que são contribuintes da seguridade social o empregador, a empresa e a entidade a ela equiparada na forma da lei. Porém, excluiu as entidades beneficentes de assistência social^{4,5} que atendem aos requisitos estabelecidos em lei, incluindo as mesmas no rol das pessoas jurídicas imunes⁶.

Para regulamentar o parágrafo 7º do art. 195 da Constituição Federal – e a guisa de não ficar em mora por advento do mandado de injunção nº 232/RJ, de autoria do

“É nosso dever de cidadania exaltar que, da forma que foi erigido, o projeto guarda, em dado momento, retrocesso e não progresso”

Centro de Cultura Professor Luiz Freire, que tramitou junto ao Supremo Tribunal Federal –, o Congresso Nacional votou a lei de custeio nº 8.212/91, que serviu para estabelecer, entre outros itens, os requisitos de acesso ao reconhecimento da imunidade, ainda que guardada a flagrante inconstitucionalidade⁷, pois o controle da imunidade somente pode ser feito por meio de lei complementar, conforme dispõe o art. 146, inciso II, da Carta Política, cujo mérito não vamos aqui adentrar.

Ocorre que o principal requisito esculpido pelo legislador ordinário⁸ foi o de impor, como contrapartida ao reconhecimento da imunidade das contribuições sociais, o emprego por parte das entidades beneficentes de ao menos 20% de sua receita bruta proveniente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, de locação de posses, de venda de bens não integrantes do ativo imobilizado e de doações particulares em ações sociais gratuitas.

A dita contrapartida passou a ser palco de incomensuráveis conflitos entre o Estado e as entidades beneficentes, pois o Estado resiste em reconhecer a imunidade das entidades beneficentes que não aplique o percentual mínimo legal em gratuidades, em prol de pessoas carentes.

As entidades beneficentes defendem que, por serem complementadoras das ações sociais estatais, não se subsumem a tal regra, pois ela é derivada de lei ordinária. Assim, seriam reféns de tão somente norma prevista no art. 14 do Código Tributário Nacional, que é lei complementar. Defendem também que, em face de não exigirem qualquer contrapartida financeira de seus assistidos, tudo que consomem são gratuidades, não havendo espaço para segregação e classificação de tais ações, ou seja, em outras palavras, empregam 100% de suas receitas em ações gratuitas, o que nem sempre é verdade.

O judiciário inúmeras vezes foi provocado a dirimir os conflitos, quanto a legalidade e constitucionalidade de uma lei ordinária (art. 55 da lei nº 8.212/91), impondo requisitos para reconhecimento da imunidade. Além de o assunto ainda não ter galgado o status de uma súmula vinculante⁹, é imperativo destacar que há atualmente uma inclinação de nossos Tribunais¹⁰ no sentido de banir o controle da imunidade por meio de lei ordinária.

Nova tentativa

Apesar da pendenga judicial, que este ano completará dez anos – já que a saga pela prestação jurisdicional se deu por advento da promulgação da lei nº 9.732, de dezembro de 1988 –, o Poder Executivo lança novamente outra regulação, o projeto de lei nº 3.021, que, se não observada sua correta tramitação como

lei complementar, visitará novamente o árido plano pantanoso da inconstitucionalidade.

E faz isso desprezando a decisão liminar do Pleno do STF, a respeito da eleição da via regulatória, e toda a contribuição que o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) prestou à sociedade em 15 anos de serviços, além de se aproveitar, por coincidência ou não, do momento da virulenta investida policial quanto ao combate de isoladas acusações de fraude dentro do CNAS, a exemplo da Lei de Talião – “olho por olho, dente por dente”.

Partindo do exame da exposição de motivos do referido projeto, consta que a sua motivação reside, entre outros, no fato de que o sistema de certificação precisa ser aperfeiçoado. O entendimento do poder público evolui ao longo do tempo, e a prática beneficente, que não foi devidamente documentada, também se perde, o que poderá se traduzir em grande torpeza econômica, ante a cobrança dos tributos não recolhidos.

Comungamos com a linha de pensamento da exposição de motivos, de que é sempre necessário o aperfeiçoamento, mas é nosso dever de cidadania exaltar que, da forma que foi erigido, o projeto guarda, em dado momento, retrocesso e não progresso.

Progresso:

- A participação dos ministérios de cada pasta na concessão dos certificados de entidade beneficente é eficaz, pois nenhum outro órgão agrega maior capacidade para tal julgamento – guardadas as ressalvas a seguir.
- O estabelecimento de critérios claros dos sujeitos do benefício também traduz progresso, pois um dos maiores embates atualmente está radicado neste pormenor.
- A possibilidade de se compensar no próximo ano as ações sociais gratuitas que foram praticadas com excesso no anterior é um grande avanço, pois não haverá prejuízo ao erário.

Retrocesso:

- O repasse da capacidade de certificar as entidades para os ministérios, cuja função deriva de cargo político, se não houver um controle discricionário severo, poderá resultar no maior cartório de reciprocidade política que o Brasil jamais viu.
- A exigência de certidão negativa (CN) de tributos, a fim de se obter o reconhecimento, orquestrará maior batalha judicial. Muitas CNs deixam de ser emitidas, não só em face de débitos, mas decorrentes de erros formais no cumprimento de obrigações acessórias. Este encargo poderia e pode ser evitado,

pois há mecanismos menos áridos para o controle de inadimplentes, dada a inteligência tecnológica do Executivo.

- A fixação do prazo da certificação de um a três anos, com obrigatoriedade de se requerer seis meses antes, poderá entulhar a administração pública. Corresse o risco de a instituição ser forçada a pedir nova certificação de seis em seis meses, o que engessarará, ainda mais, a máquina pública.
- A obrigatoriedade de se segregar as áreas de atividade social beira a inconstitucionalidade, ante a plena liberdade de se associar para fins lícitos.

Conclusão

Enfim, o Brasil é quem perde na queda de braço entre o Estado e a sociedade civil organizada, que no fundo são irmãos siameses, ante os seus propósitos e comandos legais de servidão ao povo. Ambos deveriam trilhar na mesma linha, pois não existe dois lados, dois interesses, dois Brasis. Há um só corpo, que é a espinha dorçal da promoção humana, apesar de duas cabeças.

O certo seria adotar, por meios democráticos, uma fórmula capaz de minimizar as desigualdades sociais e de cuidar para que os recursos públicos atendam aos seus fins, banindo aqueles que os desvirtuam. Do contrário, se perdurará a impunidade como lembrou Oded Grajew¹¹: “A sociedade brasileira paga as instituições para proteger os recursos públicos, mas o que acontece é que o cachorro não late, o guarda não apita e os alarmes não tocam.”

¹ ATOS DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS.

² NO MESMO SENTIDO ENCONTRAMOS A REDAÇÃO DO ART. 204 – CF/88: “AS AÇÕES GOVERNAMENTAIS NA ÁREA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL SERÃO REALIZADAS COM RECURSOS DO ORÇAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL, PREVISTOS NO ART. 195, ALÉM DE OUTRAS FONTES, E ORGANIZADAS COM BASE NAS SEGUINTES DIRETRIZES [...]”.

³ ART. 194 – CF/88: “A SEGURIDADE SOCIAL COMPREENDE UM CONJUNTO INTEGRADO DE AÇÕES DE INICIATIVA DOS PODERES PÚBLICOS E DA SOCIEDADE, DESTINADAS A ASSEGURAR OS DIREITOS RELATIVOS À SAÚDE, À PREVIDÊNCIA E À ASSISTÊNCIA SOCIAL”.

⁴ ART. 195, PARÁGRAFO 7º: “SÃO ISENTAS DE CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL AS ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL QUE ATENDAM ÀS EXIGÊNCIAS ESTABELECIDAS EM LEI”.

⁵ O CONCEITO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL TAMBÉM É EXTENSIVO AS ENTIDADES DE EDUCAÇÃO E DE SAÚDE, SEGUNDO O STF, QUE ALARGOU O CONCEITO QUANDO DO JULGAMENTO DA ADIN 2.028.

⁶ O STF JÁ DEFINIU QUE SE TRATA DE IMUNIDADE E NÃO DE ISENÇÃO, COMO EQUIVOCADAMENTE LANÇOU O LEGISLADOR CONSTITUCIONAL (RMS 22.192/91).

⁷ JÁ RECONHECIDA PELO STF POR MEIO DO RE 93.770 [IN RTJ 102/304].

⁸ ART. 55, DA LEI Nº 8.212/91, COMBINADO COM O ART. 3º, INCISO VI, DO DECRETO Nº 2.536/98.

⁹ NOS TERMOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004.

¹⁰ RMS 22.192/91 – STJ, ADIN 1.802/3, RE 93.770 [IN RTJ 102/304].

¹¹ JORNAL FOLHA DE S.PAULO, DE 1º DE NOVEMBRO DE 05, CADERNO OPINIÃO, P. A3.

Marcos Biasioli. Advogado em São Paulo, pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University, mestre em Direito pela PUC/SP, administrador de empresas pelo Mackenzie/SP, consultor jurídico de entidades do Terceiro Setor e idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.



Convênios Públicos: “Presente de grego”

Marcos Biasoli
marcos@mbiasoli.com.br



Nos idos de 1240 travou-se a Guerra de Tróia, conflito que aconteceu após o rapto de Helena, mulher de Menelau, rei de Esparta. Os gregos venceram com um truque que ficou famoso, pois fingiram estar fazendo preparativos para abandonar o sítio, quando, na verdade, uma parte dos navios ficou escondida atrás de uma ilha vizinha.

Os gregos construíram, então, um imenso cavalo de madeira, como se fosse um sacrifício oferecido a Minerva, mas que de fato estava cheio de homens armados. Os outros embarcaram como se estivessem partindo definitivamente. Os troianos chegaram à conclusão de que o inimigo havia abandonado o local, e as portas foram abertas para a população finalmente gozar a liberdade. O grande cavalo foi o principal objeto de curiosidade, todos queriam saber qual era a sua finalidade.

Finalmente, o cavalo foi levado para dentro da cidade “ao som de cantos e aclamações triunfais, e o dia terminou festivamente”. À noite, os homens armados que estavam dentro do cavalo abriram as portas da cidade aos seus amigos, que haviam voltado. “A cidade foi incendiada, e a população, entregue ao festim e ao sono, passada a fio de espada e Tróia completamente destruída.”

Eis, então, a origem da expressão “presente de grego”, que até hoje é empregada para demonstrar que nem sempre um presente representa algo positivo. Assim, é possível afirmar que o Convênio Público, considerado um presente para a sociedade civil organizada, muitas vezes é um lobo com pele de carneiro, visto que pode trazer mais malefícios que benefícios se a sociedade não souber identificar sua verdadeira função dentro do cenário social.

O desafio é descortinar tal nuance a fim de contribuir para que as entidades reconhecidas

pelo Estado como beneficentes não levem para casa um verdadeiro cavalo de Tróia.

Limitações econômicas do Estado

No artigo 169, a Constituição Federal prevê que a despesa com pessoal não pode exceder os limites estabelecidos em lei complementar, e por advento da Emenda Constitucional 19, a criação de cargos, empregos e funções, bem como a admissão ou contrato de pessoal, a qualquer título, somente podem ocorrer se houver dotação orçamentária e autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Releva-se que, ainda que o Estado possua dotação orçamentária, via de regra não consegue com facilidade aprovar as alterações na Lei de Diretrizes Orçamentárias para empregar o recurso público. Em face da vedação prevista no artigo 167 da Constituição, da transferência voluntária de recursos pelos Governos Federal e Estaduais para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, acaba engessando a máquina pública, ainda que para fins eleitorais.

Considerando que o Estado não pode parar e a ocasional necessidade de se contratar pessoal para atividades essenciais – tais como professores, enfermeiros, médicos e outras –, os executivos municipais, estaduais e federal, por autorização constitucional (vide artigo 241), se utilizam da contratação da mão-de-obra por meio da sociedade civilmente organizada, em especial as entidades beneficentes. Assim, firmam convênios que nada mais são do que um instrumento jurídico que regula a mútua colaboração e viabiliza a transferência de recursos públicos para fins de atender, em tese, aos anseios de interesse do povo.

As organizações que estão acostumadas a sobreviver com o eco do caixa vazio acabam



atraídas pela proposta de repasse do recurso público, geralmente ofertada pelas secretarias ligadas ao Poder Executivo, e o recebe como se a celebração do instrumento de convênio fosse a salvação da lavoura – muitas vezes com certa dosagem de miopia, ante os detalhes capciosos de sua redação, ou seja, soam as cornetas para receber o cavalo de Tróia.

Cautelas no uso do recurso público

É importante frisar que a instituição é uma pessoa jurídica de direito privado, que possui autonomia do Estado, podendo, desde que não infrinja a lei, exercer suas atividades sociais sem interferência do poder público.

Entretanto, a partir do momento em que se utilizam recursos públicos, de forma direta ou indireta, a organização passa a ser pessoa jurídica de direito privado com interesse público, e assim se subsume aos regramentos do Estado, quando o assunto é emprego de recurso do erário.

Assim, antes de fechar um convênio público, é importante tomar alguns cuidados:

- a) Verifique se o executivo não está lhe ofertando a transferência de uma folha de pagamento travestida de projeto social, em perfeita burla ao artigo 169 da CF/88, ou seja, se a intenção é o desenvolvimento humano ou a instauração de um cabide de emprego, ou até mesmo uma terceirização do serviço público;
- b) Não se tornar cúmplice do Estado, pois a contratação da mão-de-obra civil em detrimento do servidor público, por meio da sociedade civilmente organizada, realizada para fins de burlar a lei complementar nº 96 poderá caracterizar até mesmo improbidade administrativa, se houver favorecimento e desvio de finalidade, o que levará os administradores da entidade a responder civil e criminalmente pelo ato;
- c) Faça as contas antes e não deixe de levar em consideração o custo da mão-de-obra indispensável à consecução do projeto;
- d) O custo da mão-de-obra acima enaltecido não diz respeito apenas à remuneração, mas também aos encargos sociais, que na maioria das vezes estão incluídos no repasse e nas entrelinhas do convênio, os quais, por tal motivo, não poderão deixar de ser recolhidos aos cofres públicos, ainda que a instituição seja imune;
- e) Ainda, quanto à mão-de-obra, é necessário que se faça uma reserva de contingência trabalhista, ou seja, caso o convênio não seja renovado, o pessoal contratado para atender aos seus anseios serão os integrantes que sairão de dentro do cavalo de Tróia, pois exigirão todos os direitos trabalhistas cujo encargo ficará exclusivamente com a entidade;
- f) Em relação à contratação de serviços de terceiros ou aquisição de bens para atender o objetivo do convênio, recomenda-se que se faça por meio de convite ou até mesmo por tomada de preços, caso o valor seja expressivo, e que se acautele de guardar a sete chaves tais instrumentos, pois a qualquer momento poderá ser exigida a comprovação da melhor forma de emprego do recurso público;
- g) As contas da entidade que contrai convênio com os municípios, por exemplo, estão sujeitas ao exame do Tribunal de Contas, o que compele a instituição a receptionar os recursos os registrando em sua contabilidade em um centro de custos específico, mediante movimentação bancária também específica, a qual não se contamina com o restante da movimentação.

É salutar lembrar que as entidades beneficiárias que possuem o encargo de demonstrar a aplicação de recursos privados em ações sociais

“As organizações que estão acostumadas a sobreviver com o eco do caixa vazio acabam atraídas pela proposta de repasse do recurso público, geralmente ofertada pelas secretarias ligadas ao Poder Executivo”

gratuitas, cujo montante não pode ser inferior a 20% da receita auferida, para fins de lograr o direito ao não recolhimento das contribuições sociais, também estão obrigadas por lei a comprovar que o valor das gratuidades não pode ser inferior ao que deixou de recolher aos cofres da Previdência Social.

Por isso, caso não recolha os tributos derivados da mão-de-obra do convênio, que ora estabelece tal obrigação no instrumento, acabará por se beneficiar com a isenção usufruída, e dentro da aritmética acima, terá que empregar em ações sociais gratuitas não só 20% das receitas, mas sim volume proporcional ao que deixou de recolher aos cofres públicos, sem falar no ônus de responder pelo descumprimento do acordo de cooperação celebrado.

Assim, de forma derradeira, que seja bem-vindo o recurso público, desde que venha corroborar com o desenvolvimento social, e que some aos esforços da entidade beneficiária em amplo espírito de cooperação. Porém, se assim não for, agradeça o presente, pois ele será de grego. ☺

Modelo de emprego das ações sociais

Receita Privada	R\$ 100.000
Gratuidade 20%	R\$ 20.000
Mão de Obra do Convênio	R\$ 100.000
Encargos Sociais do Convênio	R\$ 35.000
Valor da gratuidade a ser praticada	R\$ 35.000

Marcos Biasioli. Advogado em São Paulo, pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University, mestre em Direito pela PUC/ SP, administrador de empresas pelo Mackenzie/ SP, consultor jurídico de entidades do Terceiro Setor e idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.

As veredas de um novo marco legal para o Terceiro Setor



Marcos Biasioli

marcos@mbiasioli.com.br

Advogado em São Paulo e consultor jurídico do Terceiro Setor, pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, idealizador e editor da Revista Filantropia.

Colaborador:

Ricardo Curia

Em face da determinação da primeira Carta Cidadã de 1988, na época a pioneira na regulação das políticas de Estado, foi promulgada a Lei Orgânica de Assistência Social (Loas). Dela, consta a instituição do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) ao qual, entre outras atribuições, coube atestar e certificar as instituições sociais criadas pela sociedade civilmente organizada, como beneficentes de assistência social, cujo reconhecimento traduz o acesso à imunidade tributária.

Por se tratar de recurso público, o legislador impôs às entidades beneficentes a obrigação de contrapartidas, em especial, a comprovação do emprego de seus ativos em prol de pessoas que estão abaixo da linha pobreza. Assim, permitiu que qualquer cidadão, especialmente o agente público, pudesse delatar o descumprimento por parte das entidades de qualquer requisito da lei.

Porém, em um passado recente, o Poder Executivo estava acuado com o volume emblemático de tais processos administrativos pendentes de julgamento junto aos Ministérios da Previdência e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, além dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, que se consolidou por meio da Súmula nº 8, sobre a decadência tributária de cinco anos para lançamento fiscal decorrente de contribuições previdenciárias. Por isso editou, em 10 de novembro de 2008, a medida provisória nº 446/08, alforriando todas as entidades sociais, ou seja, as beneficentes e as “ineficientes” de assistência social.

Para se ter uma ideia do quanto as entidades tidas como be(i)neficientes, deixam de arrecadar aos cofres públicos, basta se fazer a seguinte aritmética:

R\$ 2,98 bilhões (ano)
+
No mínimo cada organização possui dois triênios em julgamento junto ao CNAS/MPS
+
R\$ 2,98 bilhões (ano) X seis anos
=
R\$ 17,88 Bilhões

Fonte: Site do Ministério do Desenvolvimento Social (MDS)

Tal cálculo indica que a alforria que o Poder Executivo concedeu às beneficentes e “ineficientes” representa aos cofres públicos e aos contribuintes **R\$ 18 bilhões**, valor suficiente para construir **375 mil casas populares**, erradicando inteiramente as favelas da Rocinha (Rio de Janeiro) e Paraisópolis (São Paulo).

Contudo, há de se subtrair dessa cifra o valor empregado pelas verdadeiras beneficentes em programas sociais que visam a diminuir a pobreza e as desigualdades sociais.

Dado o grito da sociedade e a hipocrisia de alguns parlamentares, o Congresso Nacional, no dia 12 de fevereiro de 2009, fez publicar no Diário Oficial da União o Ato do presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, rejeitando a malsinada medida provisória 446.

Diante de tal fato legislativo, a partir desta data não faz mais parte do sistema jurídico pátrio vigente tal medida provisória, a qual regulava a certificação das entidades beneficentes e a questão da isenção das contribuições sociais. Ela pertencia ao grupo das normas legislativas precárias e instáveis, capazes de ter sua vigência soterrada repentinamente, como de fato ocorreu.

Assim, consumada a rejeição da medida provisória, cabe agora esclarecer o desenrolar do cenário legislativo que regula a certificação das entidades filantrópicas e a isenção das contribuições sociais:

- Narra a resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional, em seu artigo 14, que “rejeitada a medida provisória por qualquer das Casas, o presidente da Casa que assim se pronunciar comunicará o fato imediatamente ao Presidente da República, fazendo publicar no Diário Oficial da União (DOU) ato declaratório de rejeição da medida provisória”;
- Com a publicação do ato declaratório de rejeição da medida provisória em DOU, dispõe o artigo 11 da resolução nº 1/2002 que a comissão mista formada por membros do Senado Federal e da Câmara dos Deputados deve elaborar em 15 dias projeto de decreto legislativo que discipline as relações jurídicas decorrentes da vigência da medida provisória;

- O mesmo artigo prevê que, caso a comissão ou relator designado não apresente o referido projeto de decreto legislativo, pode outro deputado oferecê-lo para apreciação da comissão mista, para que esta apresente seu parecer. Todo esse trâmite, até a efetiva publicação do decreto legislativo, não pode exceder 60 dias da data da rejeição da medida provisória;
- Por fim, caso o Congresso não apresente o projeto de decreto legislativo, expirando-se o prazo mencionado de 60 dias da data da rejeição da medida provisória, serão considerados perfeitos os atos jurídicos observados à época de vigência da medida provisória.

Para facilitar a interpretação prática da regulação, é salutar fazer uma reflexão das seguintes hipóteses legais:

- 1) A ausência da publicação de decreto legislativo pelo Congresso Nacional valida a anistia social concedida pela MP a todas as entidades que mantinham processos administrativos em curso no CNAS ou no MPS, pois a medida provisória, enquanto vigente, produziu efeitos;
- 2) A edição de decreto legislativo pode contemplar duas hipóteses:
 - Manter os efeitos da medida provisória, a exemplo da primeira hipótese acima;
 - Rechaçar os efeitos da referida medida, ou seja, tirar toda a sua eficácia;
 - Rechaçar parcialmente os seus efeitos. Isso significa que ela poderá exercer a cidadania alforriando as beneficentes e mantendo as ineficientes na mira do julgo administrativo e judicial.

Por fim, na pendência de outra norma cabe salientar que, em face da queda da medida provisória 446/08,

Consequências da rejeição MP:



volta com força plena a norma que antecedia, ou seja, está vigente no ordenamento, atualmente, o artigo 55 da lei nº 8.212/91 a exemplo de todas as nuanças do decreto nº 2.536/98.

Diante dessas alianças legais, cabe concluir que a sociedade pode cobrar o Congresso Nacional para que o mesmo demonstre cidadania, respeito ao direito das beneficentes e, por consequência, punição às "ineficientes". Tudo isso sob pena de ser responsabilizado de se aliciar com a hipocrisia da moralidade pública, o que frustra a luta pelo direito das transformações sociais lembrada pelo jurista italiano Norberto Bobbio: "luta-se ainda por esses direitos porque após as grandes transformações sociais não se chegou a uma situação garantida definitivamente, como sonhou o otimismo iluminista".

Consumada a rejeição da medida provisória, cabe agora esclarecer o desenrolar do cenário legislativo que regula a isenção das contribuições sociais

A tesouraria do Terceiro Setor e a teoria *ultra vires*



Marcos Biasioli

marcos@mbiasioli.com.br

Graduado em Direito e Administração de Empresas, pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University e mestre em Direito Empresarial pela PUC/SP. É sócio da M. Biasioli Advogados, consultor jurídico do Terceiro Setor e editor da Revista Filantropia.

Recentemente o Ministério Público (MP) iniciou processo investigativo em algumas organizações sociais, ante ao fato de perda econômica de ativo junto ao mercado financeiro por conta do último *crash*.

Algumas análises preliminares desse fato devem ser exploradas. A primeira refere-se à suscitação quanto a entidade ser uma instituição de direito privado e, por isso, não se admite a interferência do MP. A segunda aponta que o Código Civil limita a atuação do MP apenas quando se trata de fundações, já que, de acordo com o artigo 66, cabe a ele velar pelas associações e organizações religiosas.

A partir daí, cabe a nós refletir sobre tais pontos, destacando que a instituição social é uma entidade privada e, em princípio, não se presta a qualquer ingerência do Poder Público (PP), mormente do MP, perante a prerrogativa constitucional que expõe o artigo 5º, XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos; XVIII – a criação de associações e de cooperativas independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento. Aliás, o princípio da liberdade econômica separado do interesse público produz de modo indireto benefício social, e esta era a teoria da ciência defendida por Adam Smith: “Todo indivíduo trabalha no sentido de fazer com que o rendimento anual da sociedade seja o maior possível. Na verdade, ele geralmente não tem intenção de promover o interesse público, nem sabe o quanto o promove. Ao preferir dar sustento mais à atividade doméstica que à exterior, ele tem em vista apenas sua própria segurança; e, ao dirigir essa atividade de maneira que sua produção seja de maior valor possível, ele visa apenas a eu próprio lucro. Ao buscar seu próprio interesse, frequentemente ele promove o da sociedade de maneira mais eficiente do que quando realmente tem a intenção de fazê-lo”.

Contudo, as entidades sociais complementam a ação do Estado e participam do orçamento público, protraindo reforço econômico por meio de instrumentos contratuais com o PP, ou por via indireta, diante da benesse fiscal da isenção e/ou da imunidade, e deixam

o confortável patamar do livre arbítrio para ingressar no rol do regramento da entidade público-privada.

Assim, o patrimônio do ente social se torna parte do patrimônio público, e ele deve atender ao fim social a que se destina, sob pena de conceder poderes indiretos ao MP de interferir na gestão econômica, ainda que a instituição não esteja estratificada sob a estrutura fundacional, conforme artigo 129: “São funções institucionais do MP: (...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais (...)”.

Cuidados com os ativos da entidade social

Saindo da seara legal e partindo para discursiva, aprendi com minha avó, dona Matilde, o seguinte trocadilho: “Não adianta o homem colocar dinheiro para dentro de casa de caminhão se a mulher dele é descabeçada, pois com uma colher ela pode jogar tudo fora pela janela”. Com isso, traço um paralelo desta passagem com a direção econômica dos organismos sociais.

Dada a nossa *expertise* no convívio com a operação dos organismos sociais, vemos a preocupação quase única de alguns gestores com a sustentabilidade da obra e pela busca de ferramentas de comunicação e marketing social, e parcerias públicas e privadas, visando a um certo aprouve econômico, a fim de manter e multiplicar a obra social. Dentro dessa filosofia, muitas vezes se esquecem que, quanto maior é a receita, mais veloz funcionará a colher escoando o dinheiro pela janela se não houver foco na administração.

Sabe-se que o fato de boa parte dos dirigentes serem voluntários vindos do primeiro e segundo setores, que se reúnem periodicamente para o exame macrossocial e econômico da instituição, deixem à margem o exame microeconômico, expondo o patrimônio social da obra

do bem, pois centralizam grandes decisões, mas desdenham aquelas menos importantes, e, quando desperdam, a ruína está próxima.

O professor Eliseu Martins, em recente entrevista a um jornal, comentou: “Um advogado me falou que consta do Estatuto Social de uma empresa restrição para venda de bens na ordem de R\$ 10 mil, mas não há qualquer restrição para aplicação de milhões em derivativos”. Fazendo uma associação entre essa ideia e o tema conexo à microeconomia do ente social, é preciso que o candidato à dirigente primeiro saiba seus limites e responsabilidades, para depois aceitar o desafio.

Quem assume tal missão deve ter consciência de que a responsabilidade será maior que a vaidade, e por isso é preciso um plano de trabalho, com regras claras e objetivas. Os poderes cedidos ao gestor devem ser pautados com responsabilidade, balizando-os por meio de regimento interno, em especial no que tange aquele que lhe capacita a estreitar a relação com o sistema bancário, inclusive e principalmente quando se trata de guarda temporária de ativos.

É bom lembrar que foram dezenas, quiçá centenas, de entes que viram ruir economias e, por consequência, esvaziaram o fruto da mobilização de recursos na bolsa de valores, ante a aplicação de eventual superávit no mercado de ações, por meio de fundos ofertados pelo sistema bancário, o que deflagrou a ação do MP. E, indo mais longe, quantas outras não observam o quanto é consumido de ativos do bem social, com o pagamento de tarifas e taxas, aplicações duvidosas e outras negociações financeiras de menor quilate, mas de grande reflexo no caixa se assomadas no tempo.

O que está em jogo não é a astúcia do tesoureiro, mas a filosofia da gestão, que se esquece de fechar o ralo, impor regras e diretrizes e fazer avaliações de riscos, bem como analisar as razões de escoamento das pequenas despesas.

Teoria *ultra vires*

Quando se trata de patrimônio privado, o prejuízo é risco próprio do negócio, mas quando se trata de patrimônio público-privado, a responsabilidade é maior, pois o gestor ocupa o papel de depositário da causa pública, e o seu consumo lascivo implica em responsabilidade objetiva.

A extensão da responsabilização do gestor encontra base na teoria *ultra vires societatis*, do século 19, segundo a qual, se o administrador, ao praticar atos de gestão, violar o objeto social previsto no ato constitutivo, este ato *ultra vires societatis* não poderá ser atribuído à sociedade, sendo considerado inválido e ineficiente.

A aplicação dessa teoria tem sido afastada por grande parte dos países, pois se tem procurado prestigiar a proteção ao terceiro de boa-fé, adotando-se a teoria da aparência. No entanto, o Código Civil, em seu artigo 1.015, parágrafo único, inciso III, acabou acolhendo essa teoria, sendo que o artigo seguinte prevê que os administradores respondam solidariamente perante a sociedade e aos terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

Conclusão

O fim social não está para o desperdício das quirelas, e muito menos para a ganância econômica, e, ainda que tivesse como pano de fundo o princípio do multiplicar para dividir, prega-se prudência e responsabilidade com a causa público-privada, em especial em momentos de turbulência. Até mesmo os ícones do atual capitalismo pregam pelo limítrofe. Warren Buffet, em entrevista ao *The New York Times*, sentenciou: “Fique com medo quando os outros forem gananciosos; seja ganancioso quando os outros estiverem com medo”.

Assim, aproveitando a teoria de dona Matilde, não adianta esconder as colheres nem trancar as janelas; o melhor caminho é trocar a mulher, senão faltarão bancos no júri dos réus. 🍷

O patrimônio do ente social se torna parte do patrimônio público, e ele deve atender ao fim social a que se destina, sob pena de conceder poderes indiretos ao MP de interferir na gestão econômica

Refis das entidades beneficentes



Marcos Biasoli

marcos@mbiasoli.com.br

Advogado, administrador de empresas e pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University em Lisboa. É consultor jurídico do Terceiro Setor, titular da M. Biasoli Advogados e idealizador e editor da Revista Filantropia.

Em meio à transição do marco regulatório do Terceiro Setor, somada à dança das cadeiras no comando da Receita Federal, o Leão dorme. Mas como dizia Nelson Rodrigues, “convém não facilitar com os bons, convém não provocar os puros. Há no ser humano, e ainda nos melhores, uma série de ferocidades adormecidas. O importante é não acordá-las”.

Aproveitando-se da calma fiscal e da vala regulatória, muitas organizações sociais estão se refestelando no trono da imunidade e desdenhando a oportunidade de saneamento fiscal ofertada pelo Governo, por advento da lei nº 11.941/09 e da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 006/09.

O fato é que há sempre uma incógnita em relação à postura a ser adotada pela instituição, que nasce justamente da suscitação acerca do conflito no *status* fiscal em que se encontra, já que atende aos prenúncios da Lei Complementar (CTN) e da Ordinária (Lei de Custeio, nº 8.212/91), e, por consequência, enquadra-se também na qualidade de entidade imune; deste modo, deixa a posição antônima, que é a de contribuinte.

Assim, entende-se estar resguardada pelo direito constitucional da imunidade, sendo que todo lançamento fiscal derivado da administração pública se torna ato de mera sagacidade arrecadatória, podendo ser facilmente derrubado por sábias mãos jurídicas.

Em parte, tem razão a conclusão da ‘fúria’ do Leão, pois muitos auditores fiscais, até para cumprirem a prerrogativa de metas fiscalizatórias, ignoram os caminhos contábeis dos registros que exacerbam o repleto atendimento à lei e acabam por lançar algumas autuações. Por outro lado, não são poucas as entidades beneficentes que foram alvejadas com sérias autuações fiscais ante a comprovada fratura social, isto é, por descumprirem de maneira explícita as regras contidas nos diplomas regulatórios até então vigentes.

A oportunidade de promover um saneamento fiscal é desperdiçada, sob a influência do discurso otimista do intelecto jurídico, até mesmo em teses atualmente ameaçadas, em especial a que defende o regime tributário perpétuo; do efeito suspensivo dos recursos administrativos (via de regra); da ausência momentânea da inscrição do débito na dívida ativa; da possibilidade da

emissão de Certidões Negativas de Débito (CND), ainda que positivas com efeitos negativos; da ausência temporal de execução fiscal; e da ausência da constrição de bens.

É preciso que os dirigentes sociais, muitos deles voluntários, e alguns até descompromissados com o quilate da seriedade do problema, promovam o que os americanos chamam de *due diligence*, ou seja, um contido processo investigativo para identificar o conteúdo do lançamento fiscal que pesa sobre a instituição, ainda que imune, para se certificar se o momento não é oportuno para sanear a situação tributária do ente social.

Didaticamente, recomenda-se que a *due diligence* tenha como ponto de partida o exame do mérito do lançamento fiscal, e nele procure identificar o seguinte:

- **Decorrencia da falta de certificado de entidade beneficente.** Neste caso, é preciso identificar se não foi contemplado pelos efeitos da medida provisória (MP) nº 446/08 e, caso tenha sido, há franca possibilidade de vitória na queda de braço com o Fisco. Todavia, se a ausência do Ceas decorreu da falta de comprovação de trabalho social a quem dele necessita, e a contabilidade identificou, após vasto exame, que não guarda qualquer equívoco na composição dos custos e emprego de sacrifício econômico, dificilmente haverá chance de se reverter o quadro em sede administrativa e até mesmo judicial. Nesta situação, refletir sobre a adesão é de bom alvitre, ante a oportunidade disponível.
- **Ausência do cumprimento de obrigações acessórias.** Neste caso, em sede administrativa, o destino inglório de um recurso é quase absoluto, mas em sede judicial as chances aumentam ante a comprovação de que cumpre a premissa maior prevista na Lei Orgânica da Assistência Social (Loas), sendo que a premissa menor é mera exacerbação da maior. Aqui merece acuidade para avaliar a extensão da infração, mas há chance de vitória se bem defendida, o que a dispensa de optar pelo Programa de Recuperação Fiscal (Refis).
- **Direito adquirido em regime tributário.** Se os recursos pautados se despirem deste único

fundamento, as chances serão remotíssimas, pois a entidade que outrora era imune pode não ser agora, e o fundamento da perpetuação do regime jurídico tributário não ocupa o mesmo espaço dominante de antes¹, nem na sede judicial, tampouco na administrativa.

Assim, a adesão ao Refis será quase obrigatória, pois, ainda que o discurso seja otimista, entendemos que ele será apenas paliativo, vez que já exaurido o mérito pela Corte Suprema, que, apesar de ainda não ser vinculante, há franca inclinação de seu acolhimento pela Justiça singular e, a qualquer momento, pode nascer a exigibilidade dos lançamentos.

- **Retenção na fonte e o não repasse aos cofres públicos.** Possuindo lançamento fiscal derivado do não repasse do tributo retido na fonte de empregados e/ou terceiros, não há qualquer chance de vitória, pois o fato da entidade social ser imune não lhe outorga o direito de prostrar para si aquilo que não é seu e sim do erário.

Sem qualquer dúvida, a adesão ao Refis, neste caso, é medida de urgência e sensatez dos dirigentes, pois, do contrário, o ônus fiscal pode extrapolar para o ônus da liberdade do administrador, e eis que o confinamento de dinheiro público acarreta um crime.

- **Desinteligências de apurações fiscais.** Somente um *expert* contábil e financeiro poderá auferir se houve "gordura" ou assertiva no lançamento fiscal. Detectada a "gordura", o recurso bem enfrentado poderá lograr êxito. Caso o lançamento fiscal esteja viciado sob o ponto de vista de cálculos e com excesso de acessórios, a recomendação é que não se opte pelo Refis, visando à justiça contributiva.
- **Pequena monta.** Identificados lançamentos fiscais de pequena monta, ainda que exortado o mérito

com razões estarrecedoras que premiarão a vitória, é salutar analisar até que ponto compensa manter um ônus com o Fisco, anos a fio, sendo que o consumo de ativos para custear a defesa acaba por superar o tributo atualizado.

Desta feita, a recomendação é que se avalie o custo-benefício e, se o ônus fiscal for menor que o custo do feito, sugere-se a adesão ao Refis.

Enfim, o programa oferta:

- prazo de parcelamento de 180 meses;
- inclusão de débitos administrados pela Receita Federal do Brasil, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, bem como saldo remanescente dos débitos consolidados no Refis, Paes, Paex, com parcelamento previsto no artigo 38 da lei nº 8.212 e parcelamento previsto no artigo 10 da lei nº 10.522, mesmo que tenham sido excluídos dos respectivos programas de parcelamentos;
- prazo para adesão até o dia 30 de novembro de 2009.

Deste modo, conclui-se que o ente social possui, sim, prerrogativas constitucionais quanto à limitação ao poder de tributar, porém, é defeso e dever do Estado exigir dele aquilo que é do erário público, que não se confunde com o direito da instituição, motivo que justifica o despojo das armas contra ele, aproveitando a oportunidade do Refis para sanear o ente da obra do bem.

Novamente citando Nelson Rodrigues: "Antigamente, o silêncio era dos imbecis; hoje, são os melhores que emudecem". Assim, não é excesso de zelo, mas invocação de responsabilidade e cidadania, o encontro de contas com o Estado, antes que o Leão dormente acorde e o silêncio vire barulho.

Acredite! 

¹A declaração de intributabilidade pertinente às relações jurídicas que se sucedem no tempo não ostenta caráter de imutabilidade e de normalidade de modo a abranger eventos futuros (RTJ 106/1189), decisão esta referendada recentemente (31 de agosto de 2009) pelo Supremo Tribunal Federal, por advento do julgamento do RMS 26.722, cujo relator foi o Ministro Joaquim Barbosa.

Organizações sociais: descentralização, privatização ou corrupção?



Por Marcos Biasioli

marcos@mbiasioli.com.br

Advogado, administrador de empresas e pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University, em Lisboa. É consultor jurídico do Terceiro Setor, titular da M. Biasioli Advogados e idealizador e editor da Revista Filantropia.

Após dez anos da promulgação da Carta Política, o Estado passou a incluir no debate de sua reforma administrativa – por meio da iniciativa do governo Fernando Henrique Cardoso, que criou a Câmara da Reforma do Estado, presidida pelo Ministro Chefe da Casa Civil – o Programa Nacional de Publicização (PNP), que autoriza o Executivo a descentralizar a ação estatal. Esse modelo adveio do programa britânico de autoria da então primeira-ministra Margaret Thatcher, a “Dama de Ferro”, denominado “corpos públicos não-departamentais” (ou *quangos, quasi autonomous non governmental organizations*), sob a influência da teoria do Estado Mínimo, defendida na obra do filósofo norteamericano Robert Nozick, que traduziu um marco ideológico por meio do seguinte conceito: “o Estado mínimo é o Estado mais extenso que se pode conceber. Qualquer Estado mais extenso viola os direitos das pessoas”.

Nessa ordem, o Brasil importou o conceito, e por advento da emenda constitucional nº 19/98, resultou a institucionalização do PNP, por meio da lei federal nº 9.637/98, que trouxe a proposta de qualificar como organização social as pessoas jurídicas sem fins econômicos (associações e fundações) que contemplam missão social de desenvolvimento de ensino, pesquisa científica, tecnologia, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, com o fim de descentralizar a missão estatal.

O ponto nodal da iniciativa se prende ao fato da abertura maiúscula para o ente privado de interesse público solenizar, com o Estado, contratos de gestão para a formação de parceria entre as partes, visando ao fomento e execução de atividades relativas às áreas descritas, mediante a destinação de recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento de

seus objetivos, com a dispensa de processo licitatório, cuja regulação partiu da lei subsequente àquela das Organizações Sociais, nº 9.638/98, que acrescentou na Lei das Licitações, nº 8.666/93: “Art. 24 – É dispensável a licitação: XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

Não é interessante que o êxito da reforma do Estado esteja preso à alforria do excesso de burocracia da Administração Pública, que, segundo o professor Roberto Dromi, é uma cara “máquina de impedir”, ou seja, um código do fracasso, que dispõe: “artigo primeiro: não pode; artigo segundo: em caso de dúvida, abstenha-se; artigo terceiro: se é urgente, espere; artigo quarto: sempre é mais prudente não fazer nada”; porém, dada a cultura corrupta de parte de espertalhões brasileiros, liberdade muitas vezes se confunde com libertinagem, e o uso da organização social pode, em verdade, ser o ralo do dinheiro público. Eis então a razão das críticas ferrenhas que dominam vários atores da sociedade, desde o cidadão até a classe médica.

O Ministério Público, na defesa do erário, está sem frenagem na captura judicial da tergiversação do recurso público, e as organizações sociais (OSs) que se alinham com municípios, sem o mínimo de respeito aos princípios que regem a administração pública, estão visitando o enfadonho papel do réu em ações de quilate milionário.

Longe de isentar a malversação do recurso público, é preciso que haja cautela na tentativa de separar o joio do trigo, sendo necessário rememorar que o contrato de gestão visa exatamente ao contrário, ou seja, tirar das mãos do aparelho do Estado a coisa pública degradada

pela ingerência e ausência de controle. Assim, atacar a concepção da iniciativa legislativa que já deu e está dando certo em países considerados desenvolvidos é alforriar e premiar a deletéria ausência de fiscalização e punição, que seduz a roubalheira.

A própria lei das OSs prevê a atuação do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público e da Advocacia da União, no zelo da gestão, sob pena de expropriar bens dos administradores, mediante prévia decretação judicial de indisponibilidade, o que implica afirmar que há, sim, ferramentas eficazes para impedir, ou ao menos inibir, a virulência daquele que enxerga na OS um caminho tortuoso de enriquecimento sem causa, por advento do divórcio do processo licitatório.

O próprio cidadão possui instrumentos jurídicos e sem ônus de ação contra o assaltante do cofre público, quer por meio da denúncia, quer por meio do aforamento de ação popular, cujo mérito é obstruir a tentativa vil do desvio.

De outro lado, não há como deixar de exortar algumas medidas que permeiam os princípios da administração pública, indispensáveis à gestão salutar da organização social, que são o da: legalidade, pessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade, que didaticamente assim devem ser aplicados na operação.

Contratação da mão-de-obra

É certo que o contrato de gestão, como a própria expressão impõe seu conceito, trata-se da gestão de um bem a serviço do público pela iniciativa privada. O Estado, no sentido lato, está limitado a contratar pessoal dentro de um limite orçamentário que não ultrapasse 60% de sua receita, conforme se verifica na previsão contida no artigo 169 da Constituição Federal, e por conta desse impedimento, muitas vezes o Executivo persuade as organizações sociais a se utilizarem da prerrogativa do contrato de gestão para pendurar na folha de pagamento da instituição empregados a serviço do município.

Outra farsa é afastar o servidor público da administração pública, com justificativa alheia à prestação de serviço à OS, e lá o contratar como empregado com salário acima de mercado, o que traduz um desvio de finalidade.

Contratação divorciada do processo licitatório

Mesmo diante da alforria do processo licitatório, é notável e importante que as organizações sociais promovam ao menos uma tomada de preços por advento da contratação de fornecedores, evitando futuramente a torrencial suscitação de uso espúrio do recurso público.

É necessário ainda que haja um sistema de arquivo para resgate histórico de todas as aquisições e contratações, pois o tempo é inimigo da memória, e a ausência de provas materiais quanto à essência do negócio que envolve o dispêndio do recurso do erário poderá conflitar com o princípio da transparência, vindo a macular a gestão da organização social.

Sedução enganosa

A liderança do Poder Executivo, via de regra, possui armas de sedução das associações e fundações que estão acostumadas a conviver com o eco do caixa, e qualquer vintém parece a salvação da lavoura, e acabam muitas vezes comprando dificuldade por conta da facilidade.

Enfim, é indispensável que haja um filtro em toda proposta provinda do Poder Público, avaliando a extensão do contrato, para que possa representar uma complementação à obra estatal, em puro regime de descentralização, pois o desrespeito aos princípios da administração pública poderá transformar a volúpia na indústria da corrupção. 🍷

A nova Lei da Filantropia: presente de Natal ou castigo para o Ano Novo?



Marcos Biasioli

marcos@mbiasioli.com.br

Advogado, administrador de empresas e pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University, em Lisboa. É consultor jurídico do Terceiro Setor, titular da M. Biasioli Advogados e idealizador e editor da Revista Filantropia.

Na carona do Natal, o Poder Legislativo, fazendo às vezes do bom velhinho, colocou debaixo da árvore a nova Lei da Filantropia, nº 12.101/09, sancionada pelo presidente da República e publicada no Diário Oficial da União em 30 de novembro passado.

A lei, sucessora do decreto nº 2.536/98 e do artigo 55 da lei nº 8.212/91, teve a missão de reconstruir a regulação da certificação das entidades beneficentes de assistência social e da isenção das contribuições para a seguridade social, e se tornar a vedete que imprime um novo marco legal ao Terceiro Setor no que se refere à Política Nacional de Assistência Social.

A leitura desatenta, desprovida de malícia jurídica, só enxerga obviedade, como questões de mudança de competência para julgamento da entidade social, para os Ministérios da Educação, Saúde e Desenvolvimento Social; prazos para renovação e validades de certificado; inexigibilidade de desmembramento de atividade social; e outras querelas de menor importância. Contudo, aquilo que se lê e não se vê, há de se temer. Assim, é bom desembrulhar para saber se o “presente de Natal” em verdade não é um “presente de grego”, e esse será o desafio.

Contrapartida da isenção previdenciária

Discute-se no Supremo Tribunal Federal (STF), há dez anos, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) 2.028, o fato de uma lei que não foi votada pela maioria absoluta do Congresso Nacional poder impor regras ao controle da imunidade tributária das entidades beneficentes. Ocorre que o mérito da ação é

justamente para soterrar a nova redação do artigo 55 da lei nº 8.212/91, que regulava a isenção previdenciária das entidades beneficentes. Ao examinar devidamente a nova lei, logo se identifica que o referido artigo foi revogado.

Nesse cenário, a Adin perdeu seu objeto, ao menos para produzir efeitos futuros, pois ainda que o STF reconheça como inconstitucional a redação da lei nº 9.732/98, que alterou a redação primitiva do artigo 55, a decisão dificilmente atingirá o mérito da nova regulação, por uma questão de ordem processual.

De modo didático, as filantrópicas, para serem imunes ao recolhimento das contribuições sociais, ficariam obrigadas apenas a atender as regras impostas pelo artigo 14 do Código Tributário Nacional, que são: I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; II – aplicarem integralmente no país os seus recursos na manutenção dos objetivos institucionais; III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Em outras palavras, qualquer exigência relacionada à obrigatoriedade de se fazer gratuidade ou possuir outros reconhecimentos públicos como condição *sine qua non* a tal benefício fiscal pode cair por terra com a procedência daquela ação.

Por base, todos os processos administrativos perderiam o objeto e o fisco correria grande risco de ter de devolver os frutos havidos em embates com o ente social, sob a guarida da lei nº 8.212/91. De outro lado, julgada improcedente, a regra da referida lei continuou sendo aplicada até 29 de novembro de 2009, ou seja, um dia antes da nova lei nº 12.101/09 entrar em vigor, sendo

que, dali em diante, mesmo que a Adin seja procedente, a eficácia da nova lei somente será suprimida, pelo mesmo argumento jurídico, se for intentada outra ação de igual natureza.

Política de Estado *versus* política de governo

Embora alvo de diversas críticas, não se pode esquecer que o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) possuía uma singularidade quanto à participação popular em seus processos. Por ser um órgão paritário, havia possibilidade real de sistematizar um mecanismo regulador de normas considerando as mais diversas visões e interesses.

Hoje, entretanto, pouco se sabe sobre o *modus operandi* que será adotado pelos ministérios, embora não subsista surpresa ao se deparar com políticas de governo e não de Estado, nas quais o apadrinhamento político contará pontos no placar da certificação.

Pode ser prematuro afirmar, mas um cartório político poderá ser instalado se medidas não forem tomadas no sentido de que a sociedade civil tenha voz e poder para decidir conjuntamente com ministérios, nos moldes da política anteriormente praticada pelo Ministério de Desenvolvimento Social e Combate a Fome por meio do CNAS.

Inexigibilidade de cisão *versus* preponderância

Alardeava-se que a nova lei viria com a exigência de que as entidades que possuem mais de uma finalidade social fossem obrigadas a segregar suas atividades em pessoas jurídicas com personalidades distintas. Contudo, o novo marco legal não cometeu essa heresia jurídica, pois afrontaria cláusula pétrea da Constituição Federal, que é o direito de associação para fins lícitos.

Para compensar tal supressão, o Poder Legislativo impôs às entidades que promovam, ao menos em sede contábil, a segregação patrimonial para fins de se identificar a serventia do patrimônio. E mais, regulou que a competência para julgamento das instituições será atribuída pela própria entidade, ou seja, o que prevalecerá será a atividade preponderante da entidade. O que se pergunta é: de que modo as entidades saberão qual a sua atividade preponderante se o único critério apontado pela nova norma é avaliar o que dispõe o cartão CNPJ?

Intimamente, sabe-se que atividade preponderante é aquela que consome mais o ativo da entidade. Mas e

para aquelas que captam recursos por meio da geração de renda? Pode-se pensar em um critério de ordem financeira, talvez como o volume de receita?

Por ora, o importante é segregar ao menos na seara contábil, por meio de centros de custos, as atividades sociais, cuja prática corroborará com a identificação da serventia patrimonial.

O lado oculto da regulação da assistência social

Consta da lei, como condição à conquista do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Ceas), que a entidade de assistência social deve realizar ações assistenciais, de forma gratuita, continuada e planejada, para os usuários e a quem dela necessitar.

É sabido que tal normativo seguiu os parâmetros da Loas; porém, o fato curioso é que não se impôs nenhuma exigência quanto à limitação orçamentária que a instituição deve aplicar em suas ações sociais, pois antes havia a imposição do emprego de recursos nos seus fins, de ao menos 20% da receita bruta, mas agora, ante à previsão de que elas devem ser gratuitas, há uma suscitação a fazer: será que as práticas de gratuidades parciais serão admitidas?

Ao que tudo indica, não, pois pelo conceito amplo, as ações se destinam a quem dela necessitar, e assim aquele que pode pagar, ainda que parcialmente, não se enquadraria em tal conceito.

Trava-se aqui um grande dilema para as instituições de assistência social, pois antes se sabia do mínimo, agora só se sabe do máximo de quanto se deve aplicar em ações gratuitas, isto é, tudo aquilo que ela arrecada.

É salutar lembrar que a nova lei não retirou do CNAS o poder de regular as políticas da assistência social; basta conferir o que dispõe o artigo 18 da Loas, e, assim, caberá a ele manter ou não parte da Resolução nº 177/00, no tópico que determina o quilate de 20% de emprego das receitas brutas em assistência social.

Em época de discussões mundiais climáticas com a Conferência COP15, em Copenhague, na Dinamarca, Papai Noel chegou para esquentar o clima das entidades filantrópicas, trazendo uma nova lei encomendada pelo Poder Legislativo com adornos do Poder Executivo. O que será visto daqui para frente é se o bom velhinho fez ou não um bom trabalho! 

O ProUni e a entidade filantrópica



Marcos Biasoli

marcos@mbiasoli.adv.br

Advogado, pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, consultor jurídico do Terceiro Setor, idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.

O governo federal, sob o aforismo da erradicação da desigualdade, criou, por comando do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), o Programa Universidade para Todos (ProUni), que possui como âncora o acesso dos estudantes egressos do ensino médio da rede pública ou da particular na condição de bolsistas integrais, com renda *per capita* familiar máxima de três salários mínimos à universidade privada.

Nesse programa se trava uma parceria entre o Estado e a universidade privada, sendo que a parte que incumbe ao Estado é conceder a alforria, por meio de isenção fiscal, e à universidade privada, em contrapartida, conceder as bolsas de estudos. Assim, logo se percebe que a sedução é mútua e, por isso, cabe parafrasear Nelson Rodrigues: “o dinheiro compra até amor sincero”.

A entidade filantrópica que faz a ação social por meio da educação também figura como ator deste cenário. Primeiramente por ser uma universidade privada de interesse público, e, em segundo lugar, porque sua condição a conduz a uma situação privilegiada perante as demais, pois a Constituição Federal consigna prioridade nas parcerias do Estado com as entidades tidas como filantrópicas.

Lei do ProUni

Mergulhando na Lei do ProUni, nº 11.096/05, há imposição de uma condição *sine qua non* para que a instituição privada possa ser considerada entidade filantrópica¹ e receber o privilégio fiscal previsto em tal lei: a oferta de, no mínimo, uma bolsa de estudo integral para estudante de curso de graduação ou sequencial de formação específica, sem diploma de curso superior, para cada nove estudantes pagantes, ainda que a instituição de ensino superior atue também no ensino básico ou em área distinta da educação.

E mais: consta ainda a obrigatoriedade das filantrópicas comprovarem a aplicação em gratuidade de ao menos 20% da receita bruta proveniente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, de locação de bens, de venda de

bens não-integrantes do ativo imobilizado e de doações particulares.

Para o cumprimento do referido percentual de gratuidade, a lei dispõe que poderão ser contabilizadas, além das bolsas integrais, as bolsas parciais de 50 ou de 25% em programas não-decorrentes de obrigações curriculares de ensino e pesquisa.

Didaticamente, a Lei do ProUni impõe os seguintes requisitos para que a entidade possa ser reconhecida como filantrópica e também para que seja isenta dos seguintes tributos:

- I. Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas;
- II. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido;
- III. Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social;
- IV. Contribuição para o Programa de Integração Social.

Primeiro requisito	Segundo requisito	Terceiro requisito
Aplicar regra de 9x1	Bolsas integrais e parciais de 25 e 50%	Que as bolsas e ações sociais representem ao menos 20% da receita bruta, exceto recurso público

Nova Lei das Filantrópicas acareada com a Lei do ProUni

Muito embora haja essa previsão em lei específica acerca da participação da filantrópica no ProUni, recentemente nasceu outro ordenamento jurídico que, no mínimo, suscita um conflito de leis, pois:

- a) como visto acima, a Lei do ProUni impõe requisitos para que a entidade de educação seja reconhecida como filantrópica, os quais não foram literalmente revogados pela nova Lei da Filantropia, nº 12.101/09;
- b) a nova lei prevê outros requisitos econômicos², que não aqueles previstos na Lei do ProUni, para que a entidade seja reconhecida como filantrópica:

Trava-se uma parceria entre o Estado e a universidade privada, sendo que a parte que incumbe ao Estado é conceder a alforria, por meio de isenção fiscal, e à universidade privada, em contrapartida, conceder as bolsas de estudos

Primeiro requisito	Segundo requisito	Terceiro requisito
Aplicar regra de 9x1	Bolsas integrais e parciais de 50% A entidade também poderá contabilizar o montante destinado a ações assistenciais, bem como o ensino gratuito da educação básica em unidades específicas, programas de apoio a alunos bolsistas, tais como transporte, uniforme, material didático, além de outros, definidos em regulamento, até o montante de 25% da gratuidade	Aplicar anualmente em gratuidade pelo menos 20% da receita anual efetivamente recebida em mensalidades escolares

Observe que não há previsão para a entidade de educação praticar gratuidades por meio de bolsas parciais inferiores ao percentual de 50%, como admite a Lei do ProUni.

Outro dado importante diz respeito à base de cálculo da gratuidade, pois a Lei do ProUni prevê que ela deve ser aplicada sobre a Receita Bruta, que envolve mensalidades escolares, aplicações financeiras, locações, doações particulares e vendas de bens não-integrantes do ativo imobilizado.

Já a nova lei prevê incidência apenas sobre a receita de mensalidades escolares efetivamente recebidas, cuja equação representa uma diferença significativa no caixa filantrópico.

c) A nova lei apenas permite que sejam aplicadas as regras do ProUni pelas entidades que possuam atividade mista, isto é, que possuam como missão a assistência social ou a saúde, além da educação superior:

Quarto requisito

Para a entidade que, além de atuar na educação básica ou em área distinta da educação, também atue na educação superior, aplica-se a regra do ProUni, ora disposta no art. 10 da lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005.

Diante disso, é fácil deduzir que o conflito das leis, no que tange aos requisitos para que a entidade seja reconhecida como filantrópica, está instaurado, o que remete a entidade a uma insegurança jurídica, a qual precisa ser dissecada a fim de se evitarem sequelas financeiras derivadas de aferições fiscais futuras.

Solucionando o conflito

A resolução do conflito de normas está permeada na Lei de Introdução do Código Civil, decreto-lei nº 4.657/42:

“Art. 2º – Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º – A

lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando revogue inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

A nova lei dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social e regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social. Assim, o artigo 10 da Lei do ProUni, que aduz: “a instituição de ensino superior, ainda que atue no ensino básico ou em área distinta da educação, *somente poderá ser considerada entidade beneficente de assistência social*” ..., foi intrinsecamente revogada, pois a nova lei regulou inteiramente a matéria.

Nesta linha de entendimento, a entidade que atua somente na educação superior, para fins de ser reconhecida como entidade filantrópica e lutar pelo direito a lutar pelo benefício da isenção, deve atender a nova lei, e não a Lei do ProUni

A resenha de tal enquadramento legal veda a entidade de educação superior de praticar, por exemplo, a gratuidade parcial abaixo de 25%, ainda que prevista tal hipótese na Lei do ProUni.

Entretanto, a entidade filantrópica de educação superior que também atua em outras áreas, ou seja, a entidade mista, deverá respeitar todos os requisitos da lei nova; porém, poderá aplicar seus recursos no financiamento de bolsas em percentuais de 25%, eis que permitido se utilizar da regra do ProUni pela própria lei nova para o fim de contabilizar tais gratuidades parciais.

Por outro lado, a entidade de educação, ainda que filantrópica, que vislumbre apenas os benefícios fiscais previstos na Lei do ProUni e que não tenha pretensão de se aproveitar dos demais benefícios da isenção previdenciária, pode aderir ao ProUni e atender as regras daquela lei, ignorando os requisitos da nova lei, o que implicará na renúncia do *status* filantrópico. Nesta hipótese, o sinônimo da melhor alternativa será a equação financeira, e não a solução jurídica.

Enfim, conclui-se que o Brasil vive uma “disenteria jurídica”. Até os mais letrados pelem para decifrar a tamanha avalanche legal e, por isso, aceitar o desafio de minorar as dúvidas do leitor foi uma árdua tarefa, mas que se revelou um gesto de cidadania.

A lei nem sempre traduz seu verdadeiro objetivo, mas expressa o interesse eleitoreiro do legislador. Contudo, se ela entregar dividendos para a sociedade civil organizada, que seja bem-vinda. Afinal, como dizia Adam Smith: “não é da benevolência do padeiro, do açougueiro ou do cervejeiro que eu espero que saia o meu jantar, mas sim do empenho deles em promover seu autointeresse”. 

¹ Entidade beneficente de assistência social, cujo reconhecimento lhe confere o preenchimento do principal requisito: a conquista da isenção previdenciária.

² Entre outros: I – Demonstrar adequação às diretrizes e metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação (PNE), na forma do art. 214 da Constituição Federal; II – Atender a padrões mínimos de qualidade, aferidos pelos processos de avaliação conduzidos pelo Ministério da Educação.

³ Entidade filantrópica no dito popular.

Planejamento legal tributário das entidades sociais



Marcos Biasioli

marcos@mbiasioli.adv.br

Advogado, pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, consultor jurídico do Terceiro Setor, idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.

Colaboradores:

Ricardo Curia e
Talita Falcão

Planejar é avaliar um determinado cenário sob a perspectiva da definição de prioridades e promoção da estruturação de referenciais que visam à adoção de novas medidas rumo aos resultados esperados. O ato de planejar deve ser compreendido como algo em constante movimento. Trata-se de processo contínuo, no qual se reprojeta situações, soluções e resultados.

Em verdade, o planejamento não é ferramenta recente, fruto da administração moderna. Em passagem bíblica, Jesus menciona aos fariseus: “Quem de vós, querendo construir uma torre, não se assenta primeiro e calcula a despesa, para ver se tem bastante para completá-la?”. Assim, vê-se que toda ação é merecedora de uma reflexão antecedente, sob pena de ruir em seus próprios fundamentos.

Trazendo o planejamento para o campo tributário, em princípio nos parece que tal procedimento é mais aplicável às empresas com fins lucrativos, em especial por proporcionar a integridade patrimonial por meio da redução da carga tributária. Contudo, é fato incontestável sua funcionalidade nas entidades sociais, no sentido de ofertar maior visibilidade sobre as operações dessa natureza, além de criar mecanismos de identificação de oportunidades e ameaças, explorando-as ou neutralizando-as, antecipando a entidade acerca de problemas fiscais que possam ocasionar vulnerações.

O planejamento é essencial, não apenas sob a ótica da redução da carga tributária, que é bastante alta, mas sobretudo como diferencial competitivo, já que eleva o nível de excelência da entidade, considerando sua habilidade em lidar com ferramentas de gestão. Para elaborar um planejamento condizente com as finalidades sociais da entidade, faz-se necessário avaliar todo o contexto no qual ela se insere, inclusive no que concerne aos ambientes interno e externo.

Ambiente interno

A análise do ambiente interno tem por finalidade identificar as limitações e qualidades da entidade. São os

famosos pontos fortes e pontos fracos. Um exemplo prático dessa mensuração é avaliar se, para obter um determinado benefício fiscal, a entidade cumpre com os requisitos da legislação, seja por meio de um registro ou de uma certificação.

Se a entidade não tem condições, pelo menos por ora, de cumprir com determinado requisito, deverá classificar esse fato como ponto negativo, o que viabilizará a criação de estratégias específicas para solucionar tal questão. Por outro lado, se ela tem um bom trabalho de captação, poderá classificar esse fato como um ponto forte e, a partir daí, buscar uma evolução planejada.

Como, via de regra, as entidades sociais convivem com o eco do caixa, precisam peregrinar por fontes coloquiais e alternativas de recursos. O planejamento nesse sentido não deixa de ser uma possibilidade de maximização da renda para a obra do bem.

Ambiente externo

No ambiente externo, a entidade deve avaliar questões que independem de sua vontade, ou seja, estão inseridos nesse contexto a legislação que permeia sua atividade, os indicadores econômicos, como taxa de juros e inflação, entre outros fatores que influenciam as medidas a serem adotadas.

De acordo com o economista austríaco Peter Drucker, “em épocas turbulentas as empresas não podem pressupor que o amanhã será sempre uma extensão do presente. Os tomadores de decisões devem enfrentar face a face a realidade e resistir àquilo que todos já conhecemos, a tentação das certezas do passado – certezas que estão prestes a se tornar as superstições do futuro”.

Trazendo para o campo prático, há um fator de suma relevância para a elaboração do planejamento tributário: a avaliação da legislação. Afinal, os gestores da entidade conhecem os fatos que os levam a recolher ou deixar de recolher aos cofres públicos determinados valores? Qual o momento, formas de incidência,

bases de cálculo e alíquotas de um determinado tributo que incide sobre?

Fundamentado nessa análise, que envolve também verificar se tais normas guardam harmonia com as superiores, cabe a investigação da incidência de algum tributo que ainda não fora objeto de isenção ou imunidade, visando à desoneração fiscal da entidade.

Cuidados no momento da elaboração do planejamento

Embora a tributação seja uma das excepcionalidades ao princípio da propriedade privada, algumas formas de planejamento tributário podem ser consideradas ilícitas. Nesse aspecto, atenção ao que dispõe o artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional: “A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

Além disso, já é pacífica a possibilidade de descon sideração do negócio jurídico quando praticado em direção contrária à norma legal, visando a excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária, somado à aplicação de multas de grande vulto e sem prejuízo das penalidades crimina is cabíveis.

Portanto, o planejamento tributário, antes de tudo, deverá ser um planejamento legal. É necessário domínio no que diz respeito ao tratamento tributário e compreensão de cada faceta da atividade desenvolvida pela entidade. Entender a efetiva extensão que poderá ser dada ao planejamento é o ponto de equilíbrio para sua eficácia.

Avaliação do custo do *status* filantrópico

Também é importante analisar o custo da contrapartida econômica para com o Estado, por meio das gratuidades próprias e aquelas derivadas da relação público/ privado. Faça as contas acerca do custo indispensável à consecução da atividade social, avaliando cada fato gerador da gratuidade:

a) **Na atividade educacional:** anuidades e semestralidades. É possível conceder em quantidade e percentuais as bolsas de estudos estabelecidas

no novo regramento? O público-alvo da atividade social se enquadra nos parâmetros determinados pela lei? Como otimizar a gratuidade sem exceder o orçamento previsto para concessão de bolsas?

- b) **Na atividade social:** receita ou serviços. A ausência de regulamento me exime do cumprimento do regramento anterior, no que concerne aos 20% da receita? Como preparar um planejamento voltado a atender a legislação sem, contudo, se esquecer de dispositivos que trazem segurança à entidade?
- c) **Na atividade de saúde:** serviços ao SUS. A entidade consegue ofertar ao SUS ao menos 60% de seus atendimentos? Como potencializar a oferta diante do escasso repasse? Como incorporar, para fins de gratuidade, o percentual de atendimento que advém de contrato de gestão? É possível complementar com outras atividades?

Uma vez pautadas essas e outras reflexões, será possível mensurar a viabilidade da manutenção do *status* social, colocando em xeque a premissa econômica: contrapartida (gratuidade) *versus* isenções.

A César o que é de César

Considerando que o planejamento está em constante movimento e deve acompanhar tanto as oscilações internas quanto as externas, não é demais requerer a atenção das entidades quanto as seguintes frentes:

- Identificar o ponto de equilíbrio do binômio receita *versus* gratuidade, bem como sua compatibilidade com um terceiro elemento, as isenções usufruídas, de cada área de atuação;
- Avaliar se a preponderância econômica (atividade-meio) supera a atividade-fim, o que poderá influenciar sobremaneira o planejamento;
- Estudar formas alternativas de eliminar problemas já conhecidos, ou mesmo otimizar o gerenciamento por meio de mecanismos como cisão, fusão, incorporação e transformação da estrutura jurídica.

O adequado registro contábil, devidamente amparado por documentação hábil, é outro ponto que merece destaque, já que garantirá transparência às informações de cunho gerencial. No mais, exige-se uma equipe de gestores antenados, conscientes da necessidade de mudança na cultura organizacional das instituições. 

É necessário domínio no que diz respeito ao tratamento tributário e compreensão de cada faceta da atividade desenvolvida pela entidade

Ministério público como o novo certificador de qualidade do Terceiro Setor



Marcos Biasioli

marcos@mbiasioli.adv.br

Advogado, pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University, administrador de empresas pela Universidade Mackenzie, consultor jurídico do Terceiro Setor, idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.

O profissional mais respeitado no mundo empresarial da década de 1980, o americano Lee Iacocca, ora conhecido como o “gênio dos automóveis” (pois, ao ser demitido por Henry Ford depois de mais de 30 anos de dedicação, assumiu a Chrysler, que estava à beira da bancarrota e, mais tarde, veio a desbancar a própria Ford), utilizava-se de uma metáfora que virou regra de conduta na administração atual: “O fracasso está para o capitalismo como o inferno está para o cristianismo”.

Considerando-se que a qualidade é tida como o principal ingrediente para o sucesso, havia uma lacuna no Segundo Setor acerca de um modelo para o estabelecimento de sistemas de gestão de qualidade, quando então foi criada em Genebra a International Organization for Standardization – ISO, que possui uma aceitação universal na definição de modelo de qualidade. Atualmente, existem mais de 300 mil tipos de certificações de qualidade para todos os segmentos, inclusive voltados para a área de responsabilidade social, no caso, a SA 8000 – Gestão de Responsabilidade Social.

Muito embora haja um avanço no Terceiro Setor no quesito qualidade, que envolve não só a prestação do próprio serviço social, mas também a relação das lideranças e pessoas do núcleo, inclusive os voluntários, com a gestão econômica, contábil, jurídica e, principalmente, a adequação na prestação

de contas, nem todos os entes possuem recursos econômicos capazes de fomentar a contratação de organismos certificadores de qualidade, o que fortalece a acreditação de tais ícones sociais.

O reconhecimento de utilidade pública (federal, estadual e municipal), de entidade beneficente de assistência social e de organização de interesse público e social, todos emitidos por órgãos do Poder Executivo, são também sinalizadores de qualidade social. Porém, ao mesmo tempo em que são agregadores de acreditação social, também funcionam como desacreditadores na hipótese do descumprimento de um dos mais básicos requisitos que levam o ente a derrapar na busca da certificação, como já vem acontecendo com inúmeras entidades que estão padecendo de credibilidade na saga de recursos para a sustentabilidade da sua missão, o que ameaça a sua própria existência.

O fenômeno da desacreditação diante da recusa da renovação de determinada certificação pública está preso ao fato de que o órgão certificador não constrói tutela para que o ente busque a excelência, mas o censura na hipótese do descumprimento de regras, ao contrário do que ocorre com as creditações emanadas pela iniciativa privada, que são erigidas justamente para corrigir erros de percurso na gestão, como é o caso do trabalho realizado pela Joint Commission on Accreditation of Healthcare

Organization (JCAHO) e pela Organização Nacional de Acreditação (ONA), as quais visam à melhoria da qualidade dos serviços de saúde.

Há, sem sombra de dúvida, uma lacuna no Terceiro Setor quanto a esse quesito de reconhecimento de qualidade e, em alguns casos, as certificações públicas, em vez de atestar qualidade, prestam um desserviço para a sociedade, pois os critérios de avaliação são frios e calculistas, tirados de relatórios e demonstrações contábeis que nem sempre espelham a realidade do trabalho social dos entes que complementam a obra estatal.

Ocorre que nem todos os entes sociais são passíveis de avaliações públicas, dada a plenitude da liberdade constitucional de livre associação, que somente deixa de existir quando: ele se torna híbrido, isto é, passa a exercer a prerrogativa constitucional de complementar a obra do Estado mediante o recurso do erário público, que agrega ao seu orçamento de forma direta (transferências por meio de instrumentos de repasse econômico) ou indireta (incentivos fiscais e ou isenção/imunidade); há relação econômica de risco para com o cidadão (sorteios, campanhas arrecadatórias, atividade meio – comércio/indústria – entre outros).

Partindo do pressuposto que as clássicas certificações públicas somente são emitidas a partir da iniciativa do ente social, e que aquelas de natureza

privada são contratadas pelo próprio ente, não é exagero afirmar que elas não são completamente desnudas da influência do requerente/contratante.

Por outro lado, o Ministério Público, que recebeu o encargo constitucional (art. 127) de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interes-

ses sociais e individuais indisponíveis e, conseqüentemente, a ordem legal de velar pelas fundações (art. 66 do Código Civil), talvez até de forma despercebida, está se tornando um certificador de qualidade do Terceiro Setor, uma vez que seus atores estão trocando o gabinete pelo campo de ação. Assim, em vez de censurar ou condecorar, como as clássicas certificações públicas fazem, estão permeando pelos mesmos caminhos dos organismos certificadores privados, ou seja, participando da sociedade civil organizada, auditando seu trabalho, questionando o emprego do recurso do erário público, sugerindo o respeito à vontade do instituidor, para depois aprovar ou não as contas e anseios da gestão do ente social.

Dada a histórica e legal interferência do *Parquet* naquilo que lhe cabe, as fundações possuem maior

credibilidade do que as associações, que via de regra não contemplam tal ingerência. Por isso, o Terceiro Setor tem algo a brindar, pois nasce uma nova certificadora nacional, que não é da ISO, mas sim do Ministério Público: MPS 012010! 

Partindo do pressuposto que as clássicas certificações públicas somente são emitidas a partir da iniciativa do ente social, e que aquelas de natureza privada são contratadas pelo próprio ente, não é exagero afirmar que elas não são completamente desnudas da influência do requerente/contratante

Crash no Terceiro Setor

A pobreza está acabando!



Marcos Biasioli

marcos@mbiasioli.com.br
Advogado, titular da M.Biasioli Advogados, pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University, administrador de empresas pelo Mackenzie, consultor jurídico de entidades do Terceiro Setor e idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.



Talita Luci M. Falcão

talita@mbiasioli.com.br
Advogada em São Paulo, OAB/SP 208.824, graduada pela Universidade de Sorocaba, mestre em Educação pela Universidade de Sorocaba e pós-graduada em Gestão Estratégica de Negócios (MBA) pela Universidade de Sorocaba. É professora universitária da Faculdade de Direito de Itu e colaboradora da Revista Filantropia.

De acordo com o Banco Mundial, o número de miseráveis em quase todo o mundo chega a 1,4 bilhão de pessoas, que vivem com apenas US\$ 1,25 diários. A África possui um contingente maior de pobres, eis que 50,9% de sua população vive com tal cifra diária. Já na Ásia oriental, esse percentual cai pra 16,8%, e na América Latina a população tida como pobre nessas condições corresponde a 8,2%. Tais dados são alarmantes se comparados com a Europa, que contém um volume de apenas 3,7% de sua população em tal situação. A população brasileira que vive com US\$ 1,25 por dia correspondia, há alguns anos, a 1,6% do total. Atualmente, esse número caiu para 1,3%, ou seja, praticamente 7% a menos do que a média dos índices da América Latina.

Em um universo de 190 milhões de habitantes, 1,3% corresponde a quase 2,5 milhões de pessoas vivendo diariamente no Brasil com aproximadamente R\$ 2,15 por dia, o que representa um número significativo perto dos anseios do projeto Fome Zero do governo federal.

Apesar dos índices de pobreza mundial, as estimativas mostram que, em termos percentuais, há certos avanços no combate contra a pobreza, pois o número de pessoas nessa situação caiu em todo o mundo em torno de 500 milhões de pessoas desde 1981.

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), baseado em informações da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad), quase 1/4 das famílias brasileiras com renda mensal de até meio salário mínimo por pessoa que vivem na linha de pobreza possuem veículo próprio. O Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) ainda relata que o 4º Relatório Nacional de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio demonstra nitidamente a queda da pobreza extrema de 12% em 2003 para 4,8% em 2008.

O Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas (CPS-FGV) divulgou em estudo que 35,6 milhões

de pessoas ingressaram na classe média entre 2003 e 2009, lembrando que as classes A e B são aquelas de renda superior a R\$ 4.800,00; a Classe C tem renda entre R\$ 1.115,00 e R\$ 4.800,00; a Classe D tem renda de R\$ 770,00 a R\$ 1.115,00; e a Classe E com renda de até R\$ 770,00, segundo o Ipea.

O aumento do rendimento dos brasileiros é o principal mensurador da diminuição da pobreza. A Receita Federal do Brasil divulgou informações de que, em 2010, houve um aumento de pelo menos 500 mil contribuintes declarantes do Imposto de Renda, ou seja, que obtiveram rendimento acima de R\$ 17.215,08, correspondente a US\$ 27,58 por dia.

A resenha de tais estatísticas entrega um dado interessante: se o CPS-FGV concluiu que em nove anos (de 2003 a 2009) 35,6 milhões de pessoas saíram das classes D e E, que até então é composta de aproximadamente 73 milhões de brasileiros, é salutar concluir que, se a performance de crescimento se mantiver no atual patamar, em 20 anos não haverá mais pobres no Brasil, já que todos poderão ser içados às classes C, B ou A.

O Terceiro Setor já vem ressentindo essa mudança econômica ante ao seguinte fato: (i) segundo a Constituição Federal, a assistência social é direito do cidadão e obrigação do Estado; (ii) a sociedade civil organizada pode complementar as ações do Estado mediante a repartição do orçamento público para com elas, de forma direta e indireta (isenção e/ou imunidade fiscal); (iii) o requisito imposto à sociedade parceira do Estado é o de entregar àquele que não possui os mínimos sociais o recurso estatal, por meio de projetos sociais.

A lei esparsa (lei nº 12.101/09) impôs regras para a sociedade identificar o cidadão beneficiário que não possui o mínimo social:

- **Para entes sociais que militam em prol da educação** – o normativo determina que o beneficiário deve possuir renda per capita familiar de até um e meio salário mínimo para obter

uma bolsa de estudos de 100%, e de até três salários mínimos para obter uma bolsa correspondente a 50% do valor;

- **Os entes que possuem a missão de prestar saúde** – devem prestar atendimento ao cidadão que não possui convênio médico e tampouco recursos para saúde privada, ou seja, ao beneficiário do Sistema Único de Saúde (SUS);
- **Para o ente que possuir como missão a assistência social direta** – o requisito primordial é que entregue os mínimos sociais para aqueles que são beneficiários do Sistema Único de Assistência Social (Suas), o que implica dizer que são pessoas em estado de vulnerabilidade extrema, cadastradas nos serviços públicos de assistência, em especial, o Bolsa Família.

A possibilidade da erradicação das classes D e E nos próximos 20 anos implica o fato de que as entidades beneficentes tidas como integrantes do Terceiro Setor não mais terão público para militar na sua proteção.

A realidade dessa reflexão não está tão distante assim, haja vista o atual volume de colégios e universidades filantrópicas radicados em grandes metrópoles, tais como as capitais de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas e no Distrito Federal, que já estão na saga de pessoas para ocupar o volume de bolsas que são obrigados a manter como prova da contrapartida ao Estado. A atual legislação também imprime um regionalismo para a seleção deles, isto é, há limites geográficos que impedem a importação de beneficiários.

Da mesma forma, destacam-se alguns hospitais filantrópicos que não agregam um volume mínimo de pacientes derivados do SUS, que, por lei, deve representar aproximadamente 60% do total de atendimentos,

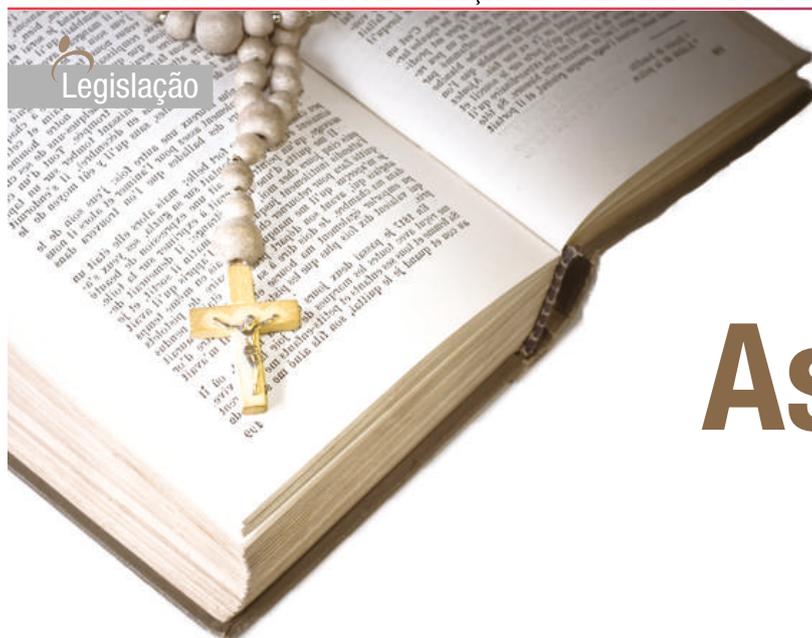
também por ausência deles em determinada região mais abastada. Isso os obriga a assumir algumas unidades de hospitais públicos por meio de contrato de parceria em outras regiões, ou até mesmo os forçam a inaugurar ambulatórios médicos dentro de comunidades carentes.

Outro dado importante que contribuiu com a teoria dos sinais da diminuição da pobreza se identifica na pesquisa realizada pelo Instituto Fonte para o Desenvolvimento Social, que aponta uma redução de 31% nos recursos estrangeiros recebidos pelas ONGs nacionais nos últimos quatro anos. Esse dado demonstra sinais claros da estabilidade social do Brasil e franco crescimento da erradicação da pobreza, que tem desencorajado os organismos sociais externos a investir no país, já que existem outros com realidade social visivelmente pior.

Dentro da real possibilidade da diminuição de “pobres” no Brasil nos próximos 20 anos, é chegada a hora de se traçar um novo planejamento para a missão do Terceiro Setor. Pensando nisso, pode-se refletir sobre a utilização de uma ferramenta legal criada pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), que alargou o rol de trabalho em prol do desenvolvimento da sociedade por meio da resolução nº 16/2010, trazendo novas perspectivas de trabalho, além daquelas prevista na Lei Orgânica de Assistência Social (Loas – lei nº 8.742/93), em especial aquelas relacionadas ao assessoramento, defesa e garantia de direitos.

Longe de qualquer profecia, o ente integrante do Terceiro Setor que opera de mãos dadas com o Estado, usufruindo os recursos públicos na sua missão, que não esteja vislumbrando um futuro menos paternalista aos seus projetos se deparará com o *crash* do Terceiro Setor, pois, segundo as atuais estatísticas, o “pobre” irá sumir. Oxalá esteja certo! 

É salutar concluir que, se a performance de crescimento se mantiver no atual patamar, em 20 anos não haverá mais pobres no Brasil



Legislação

As relações



Marcos Biasioli

marcos@mbiasioli.com.br

Advogado em São Paulo, titular da M.Biasioli Advogados, pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University, administrador de empresas pelo Mackenzie/SP, consultor jurídico de entidades do Terceiro Setor e idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.

Dentro do ordenamento jurídico pátrio, a Igreja não é tida como associação, tampouco como fundação ou sociedade. Com o advento da lei nº 10.825/03, que alterou o artigo 44 do Código Civil, a Igreja passou a ocupar uma nova classificação: a de organização religiosa, dada a sua especificidade, que difere substancialmente das outras pessoas jurídicas, em especial no que diz respeito às relações com a mão de obra.

É tênue a linha que separa o trabalho religioso do trabalho civil, pois o marco inicial para essa distinção está preso, especialmente, à soma de dois ingredientes: (i) o *animus contrahendi*, isto é, a intenção de contratar das partes; (ii) a missão verdadeiramente religiosa da Igreja. Em outras palavras, o empregado, quando procura um trabalho, visa a uma contrapartida, que é a remuneração; já a empregadora busca a tomada do serviço mediante o custo do salário.

Quando procura a Igreja, o religioso busca a comunhão com Deus e outros ideais que não o salário, ainda que haja o financiamento do seu mister religioso; e a Igreja, quando agrega um religioso ao rol dos seus membros, busca alguém vocacionado para dar seguimento ao legado de Cristo, difundindo o seu ensinamento.

Qualquer desvio de finalidade de uma das partes pode causar uma confusão na relação. A Igreja não pode traduzir em lucro a palavra de Deus, pois, se assim o fizer, estará mais para uma sociedade de fato do que para uma organização religiosa, o que dá ensejo ao religioso pugnar por relação de emprego, cuja reivindicação tem sido acolhida por nossos tribunais: "... Apenas no caso de desvirtuamento da própria instituição religiosa,

buscando lucrar com a palavra de Deus, é que se poderia enquadrar a igreja evangélica como empresa e o pastor como empregado”¹.

No entanto, o trabalho do religioso não se resume tão somente ao trabalho eclesiástico, pois pode ser destacado a cuidar das finanças da ordem, do patrimônio, da relação de pessoal etc., o que não desnatura sua missão como religioso nem viola a natureza de sua admissão na vida consagrada. A teoria do *jus variandi*, ou seja, aquela que outorga o direito ao empregador de variar a função do empregado sem que isso represente mudança no seu contrato, também se aplica à Igreja, que pode variar a missão do religioso desde que seja para o fim e missão primeira, que é a profusão da fé.

A Igreja erigida sem ligação com nenhuma ordem, sem a construção de um rumo para o dogma, sem o estreitamento dos objetivos espirituais – e mais, que recorra ao recurso do devoto – está sujeita a ser desmitificada mediante a proteção do Estado, com o reconhecimento do religioso como obreiro.

Por outro lado, o religioso que fez os votos professos de fé e renunciou bens efêmeros e a vida fora dos vínculos com a Igreja não pode, de repente, pugnar relação de emprego.

Assim, o corpo social de uma organização religiosa é composto por membros tipicamente eclesiásticos, os quais possuem direitos e deveres recíprocos com a organização. Os vocacionados, por sua vez, são o principal capital humano da organização, exercendo trabalho qualificado e especializado em benefício de sociedade particular e universal, com base fundamentalmente na



Talita Falcão

talita@mbiasioli.com.br

Advogada em São Paulo, integrante da banca jurídica da M.Biasioli Advogados, mestre em Educação pela Universidade de Sorocaba.

de trabalho da Igreja

dedicação integral à missão vocacional e institucional da mesma.

No seio da organização, seguem jornada tracejada por dedicação e lealdade total, o que vai além dos direitos previstos na legislação trabalhista, surgindo, então, o dever como forma de contrapartida, do sustento dos missionários.

Segundo Delaméa², em sua obra *Contabilidade Eclesiástica*, o sustento do vocacionado é um dever da organização e não deve ensejar qualquer tipo de repressão: “Esse honesto sustento presume garantias de sustento para toda a vida desses membros, o que significa, além dos custos cotidianos que recaem sobre as aziendas dessas entidades, a formação de um fundo para assegurar seu continuado sustento na idade avançada, ou na invalidez, tendo presente que se trata de pessoas que se doam por inteiro às respectivas entidades, à Igreja e ao bem comum da sociedade”.

Alice de Barros Monteiro³, em seu artigo sobre trabalho voluntário e trabalho religioso, conclui que: “[...] nos serviços religiosos prestados ao ente eclesialístico, não há interesses distintos ou opostos, capazes de configurar o contrato; as pessoas que os executam o fazem como membros da mesma comunidade, dando um testemunho de generosidade, em nome de sua fé. [...] Em consequência, quando o religioso, seja frei, padre, irmã ou freira, presta serviço por espírito de seita ou voto, ele

desenvolve profissão evangélica à comunidade religiosa a que pertence, estando excluído do ordenamento jurídico-trabalhista, ou seja, não é empregado”.

Muito embora seja clara a ausência de direito trabalhista do vocacionado, exceto nos casos das Igrejas em que Deus é produto e não Santidade, é inteligente examinar também que a Igreja não está impedida de formalizar um contrato de cunho religioso e um de natureza genuinamente trabalhista com a mesma pessoa, pois a lei social veda a dualidade do contrato de trabalho, mas

não aquele de natureza diversa. No entanto, é imprescindível que haja o preenchimento dos demais requisitos que ensejam a consumação da relação de trabalho, tais como: salário, subordinação, pessoalidade, *animus*, não eventualidade, pois assim nossos tribunais têm entendido: “A atividade de gravação de CDs em estúdios da

igreja não se insere no espectro das funções eclesialísticas, razão pela qual, uma vez caracterizados os requisitos do art. 3º da CLT, não há obstáculo ao reconhecimento de vínculo de emprego entre o pastor e sua igreja no trabalho como músico.”⁴

Enfim, o *animus contrahendi* da Igreja e o do religioso deve ser uníssono, e o desvio de finalidade e transparência da relação por uma das partes nos remete à lembrança do magistério de São Lucas: “Não podeis servir simultaneamente a Deus e a Mamom. (S. LUCAS, cap. XVI, v. 13.)”.

A Igreja não pode traduzir em lucro a palavra de Deus, pois, se assim o fizer, estará mais para uma sociedade de fato do que para uma organização religiosa

¹ TST, Processo: AIRR - 365200-63.2002.5.05.0900, 4ª Turma, DJ 09/05/2003.

² Delaméa, Elenita. *Contabilidade Eclesialística*. São Paulo: Loyola, 2001.

³ BARROS, Alice Monteiro de. Trabalho voluntário e trabalho religioso. *Síntese Trabalhista*. Porto Alegre, nº 130, p. 10, abr. 2000.

⁴ ACO 08298 - 2004 - TRT 9ª Região - Relatora Juíza Sueli Gil El-Rafihí - Publicado no DJPR em 14/05/2005.

O funcionamento e a tipificação das entidades de assistência social



Marcos Biasioli

marcos@mbiasioli.com.br

Advogado em São Paulo, titular da M.Biasioli Advogados, pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University, administrador de empresas pelo Mackenzie/SP, consultor jurídico de entidades do Terceiro Setor e idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a política de assistência social deixou o leito de uma ação de governo para chegar ao patamar de uma política de Estado, a qual é perene e vinculativa, eis que prevê não só as suas fontes de custeio, como também as formas de tutela e parceria, mas, em especial, a compulsoriedade da defesa e promoção do cidadão por parte do Estado.

Por ordem da lei maior, o Congresso Nacional promulgou a Lei Orgânica da Assistência Social (Loas), nº 8.742/93, e nela consta que a assistência social tem por objetivos: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, bem como a promoção da integração ao mercado de trabalho, a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.

Em face de a legislação ser pragmática e não ter esmiuçado a abrangência de tais objetivos da assistência social, centenas de ONGs, talvez milhares, inundaram seus estatutos sociais com um universo mixado de finalidades das mais diversas naturezas, tais como: assistência social, educação, saúde, religião, cultura, cursos (línguas, música, futebol, artes marciais, entre outros), bingos, clube de futebol, sindicatos e até cunicultura.

Não obstante a abrangência da missão social, desde que lícita, a associação, para ser instituída, depende apenas de seu registro perante o Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas e, em função disso, muitas delas vêm descobrir mais tarde que a própria Loas impôs condição à legalidade de sua operação, conforme vemos disposto no artigo 9º: “O funcionamento das entidades e organizações de assistência social depende de prévia inscrição no respectivo Conselho Municipal de Assistência Social (Comas)”.

Entretanto, diante da limitação de atuação dos Comas, e até mesmo em face do conflito da liberdade da livre iniciativa constitucional, os conselhos, via de regra, não possuem ingerência sobre o funcionamento de todos os entes sociais, o que acaba malferindo a política de Estado.

Assim, tornou-se imperativa a realização de um recenseamento das entidades por meio dos programas sociais por elas desenvolvidos, de maneira que se possa identificar quais estavam inseridas no universo da legislação social e hábeis a funcionar.

Por ordem legal (lei nº 8.742/93, artigo 18, inciso II), coube ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), em 11 de novembro de 2009, editar a resolução nº 109, normatizando a tipificação dos trabalhos considerados como socioassistenciais, organizando-os por níveis de complexidade, da seguinte maneira:

I. Serviços de proteção social básica:

- a) Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (Paif);
- b) Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos;
- c) Serviço de Proteção Social Básica no domicílio para pessoas com deficiência e idosos.

II. Serviços de proteção social especial de média complexidade:

- a) Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (Paefi);
- b) Serviço Especializado em Abordagem Social;
- c) Serviço de Proteção Social a Adolescentes em Cumprimento de Medida Socioeducativa de Liberdade Assistida (LA), e de Prestação de Serviços à Comunidade (PSC);

- d) Serviço de Proteção Social Especial para Pessoas com Deficiência, Idosos e suas Famílias;
- e) Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua.

III. Serviços de proteção social especial de alta complexidade:

- a) Serviço de Acolhimento Institucional, nas seguintes modalidades:
 - Abrigo institucional
 - Casa-Lar
 - Casa de Passagem
 - Residência Inclusiva
- b) Serviço de Acolhimento em República;
- c) Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora;
- d) Serviço de Proteção em Situações de Calamidades Públicas e de Emergências.

A resolução foi concebida a partir das deliberações da VI Conferência Nacional de Assistência Social, bem como das metas previstas no Plano Decenal de Assistência Social, em especial a de promover uma padronização, em nível nacional, dos serviços socioassistenciais.

A preocupação com a democratização da gestão do Sistema Único de Assistência Social (Suas) e a participação e articulação intergovernamental com as entidades de assistência social são outros fatores que impulsionaram a referida tipificação, haja vista a franca necessidade de regulamentar a rede de atendimento assistencial, o que, pelo que consta, visa fortalecer e garantir os direitos socioassistenciais nos três níveis de governo.

A referida resolução passou, então, a ser a regra matriz padronizadora, o que derivou a adoção de similares parâmetros pelos Conselhos Municipais, já que o próprio CNAS editou outra resolução (resolução nº 16, de 5 de maio de 2010), regulando o seguinte:

Art. 6º – A inscrição dos serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais nos Conselhos de Assistência Social Municipais e do Distrito Federal é o reconhecimento público das ações realizadas pelas entidades e organizações sem fins econômicos, ou seja, sem fins lucrativos, no âmbito da Política de Assistência Social.

§ 1º – Os serviços de atendimento deverão estar de acordo com a resolução CNAS nº 109, de 11 de novembro de 2009, que trata da Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, e com o decreto nº 6.308, de 14 de dezembro de 2007.

A partir de março, muitas entidades sociais, no anseio de atender ao normativo legal, têm se debruçado para tipificar seus programas, ocasião em que se deparam com alguns que não se amoldam nesse novo paradigma.

Assim, o primeiro passo a ser analisado ao instituir um serviço, programa ou projeto é verificar se o mesmo coaduna com a premissa maior, ou seja, a Loas. Ao se constatar que o mesmo encontra-se albergado por esse normativo, não há de se questionar sua natureza assistencial.

Além disso, é necessário que a ação social seja executada em caráter continuado, permanente e planejado, o que implica dizer que trabalhos pontuais não serão recepcionados pelos Comas como uma ação social, já que sequer estabelecem uma perspectiva de autonomia aos seus usuários.

Diante dessa nova perspectiva, será fundamental que sejam garantidos mecanismos de participação dos atendidos no cumprimento da missão da própria entidade, para fins de emprestar efetividade à execução dos serviços.

Muito embora a tipificação erigida seja indispensável para a solidez de uma política de Estado, a qual norteará o emprego do orçamento público com muito mais proeminência, e não obstante os Comas estejam vinculados à norma federal, estão também vinculados à norma maior, que é a constitucional, e lidera a premissa maior quanto ao respeito à livre iniciativa.

Dessa forma, a resolução nº 109 do CNAS ilumina os caminhos a serem permeados pelos Comas. Porém, as entidades sociais que quiserem participar do orçamento público e se verem reconhecidas pelo Estado, como entidade beneficente, devem refletir acerca dessa remodelação com urgência, revendo sua missão, seus projetos e sua gestão como um todo, o que refletirá, sem dúvidas, em alterações estatutárias e na forma de prestação de suas contas à administração pública.

Não há tempo hábil para aguardar a desmitificação daquilo que é novo. O que há, em verdade, são prazos derradeiros que, se não cumpridos, poderão vulnerar suas certificações, quiçá sua própria existência. Mesmo sabendo que “política não é uma ciência exata”, como dizia Otto Bismarck, é recomendável que haja cooperação da sociedade organizada em prol de um Brasil melhor. Acredite! 

O aprendiz e a entidade beneficente de assistência social



Marcos Biasioli

marcos@mbiasioli.com.br

Advogado em São Paulo, titular da M.Biasioli Advogados, pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University, administrador de empresas pelo Mackenzie/SP, consultor jurídico de entidades do Terceiro Setor e idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.



Talita Luci M. Falcão

talita@mbiasioli.com.br

Advogada em São Paulo, OAB/SP 208.824, graduada pela Universidade de Sorocaba, mestre em Educação pela Universidade de Sorocaba e pós-graduada em Gestão Estratégica de Negócios (MBA) pela Universidade de Sorocaba. É professora universitária da Faculdade de Direito de Itu e colaboradora da Revista Filantropia.

Nos tempos modernos, quando se fala sobre o aprendiz, a primeira conexão que vem à lembrança, inclusive no mercado corporativo, são os *reality shows* televisivos protagonizados originalmente pelo megaempresário norte-americano Donald Trump, que comanda até hoje o “*The Apprentice*”, cujo modelo se disseminou na TV brasileira.

No entanto, a figura do aprendiz no mundo jurídico não é contemporânea, haja vista que desde a primeira lei trabalhista de origem inglesa, nos idos de 1802, ora denominada “*Act for preservation of health and moral apprentices employed in cotton thers mills*”¹, derivada do movimento de defesa do menor e das mulheres, previa-se a proteção ao trabalho do aprendiz.

Em território nacional, a proteção ao trabalho do menor foi regulada desde a Constituição de 1934 até a atual, de 1988, reformada por meio da Emenda 29, em 1998, o que deu origem à alteração da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que é de 1943, pelas leis nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000; nº 11.180, de 23 de setembro de 2005; e nº 11.788, de 25 de setembro de 2008.

De igual sorte, temos o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), aprovado pela lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe nos artigos 60 a 69 a questão da aprendizagem, harmonicamente ao princípio da proteção integral à criança e ao adolescente.

Derivado de tal mapa legal, segundo o Ministério do Trabalho, 169.691 contratos de aprendizagem foram registrados no período de 2003 a 2007, apontando um significativo crescimento de 190,28% no período. Em 2003, eles eram apenas 18.146 e, em 2007, somaram 52.676. Contudo, esse número ainda é pequeno diante da quantidade de jovens e do número de vagas que deveriam ser disponibilizadas face à imposição legal.

Cumprimento de cotas pelas entidades

Diante de tal incipiência de vagas, muito se discute acerca da necessidade das entidades sem fins lucrativos e/ou beneficentes cumprirem com determinados dispositivos legais. Contudo, ao menos no que se refere ao campo trabalhista, é fato incontroverso que tais entidades se equiparam a uma empresa com finalidades lucrativas (art. 2º, § 1º da CLT), o que nos autoriza dizer, guardadas as exceções, que deverão cumpri-las sob pena de imputações administrativas e financeiras.

Nessa linha de raciocínio, e considerando a pacificação da questão relacionada ao cumprimento das cotas de Pessoas Portadoras de Deficiência (PPD), recentemente o Ministério do Trabalho vem se ocupando de fiscalizar o atendimento à Lei do Menor Aprendiz, fato que demanda atenção das entidades sociais.

A aprendizagem prepara o jovem para desempenhar atividades profissionais, além de gerar expertise no que diz respeito às relações vivenciadas no mundo do trabalho. Tal conceito foi incorporado no art. 428 da CLT por meio da lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000, o qual menciona que:

Art. 428. *Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.*

O primeiro pressuposto de validade para a contratação de menor aprendiz é a anotação da Carteira de Trabalho. Sim, o menor aprendiz é um

funcionário registrado em carteira, e não um estagiário, embora se exija vínculo à instituição de aprendizagem.

A entidade que celebrar o contrato de aprendizagem não poderá fazê-lo por tempo superior a dois anos, tampouco remunerar o aprendiz com salário inferior ao mínimo legal. Evidentemente, caso trabalhe apenas algumas horas por dia, terá direito ao salário mínimo horário, embasado no § 2º da lei nº 10.097/00, salvo se pactuada condição favorável para o empregado.

A duração da jornada de trabalho do aprendiz não poderá exceder seis horas diárias, sendo vedadas a prorrogação e a compensação de jornada, exceção feita aos aprendizes que já tiverem completado o ensino fundamental, se nelas forem computadas as horas destinadas à aprendizagem teórica.

As férias determinadas por lei serão concedidas ao aprendiz por ocasião das férias escolares, ou seja, não poderão ser concedidas no período em que o menor estiver frequentando as aulas, se adquirido o direito às férias legais.

Em relação ao depósito do FGTS, este será no percentual de 2% da remuneração paga ou devida no mês anterior.

A formação técnico-profissional se dará através de cursos que serão ministrados por entidades qualificadas em formação técnico-profissional metódica. Entende-se por formação técnico-profissional metódica, para os efeitos do contrato de aprendizagem, as atividades teóricas e práticas metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva desenvolvidas no ambiente de trabalho.

Por outro lado, é importante destacar que, a partir da data de publicação da lei nº 10.097/00, os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos de serviços nacionais de aprendizagem número de aprendizes de no mínimo 5% e no máximo de 15% dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento. Assim, caso a empresa possua vários estabelecimentos, cada um deverá respeitar esses quesitos.

Para fins de cálculo do percentual de aprendizes, ficam excluídos os empregados que executam os serviços prestados sob o regime de trabalho temporário, bem como os aprendizes já contratados.

Segundo o artigo 10 do decreto nº 5.598/05, o qual regulamenta a contratação de aprendizes, subsistem algumas exceções a essa obrigatoriedade de

contratação, sendo importante observar as funções que demandem formação profissional, de acordo com a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO). Ficam excluídas ainda para fins de aplicação do percentual de contratação as funções que demandem para seu exercício habilitação profissional de nível técnico ou superior ou, ainda, as funções que estejam caracterizadas como cargos de direção, de gerência ou de confiança.

O limite fixado também não se aplica quando o empregador for entidade sem fins lucrativos, que tenha por objetivo a educação profissional. Todavia, caso não possua esse objetivo, não poderá se abster de cumprir com o percentual.

Em tempo, há de se destacar que a legislação veda a contratação de aprendizes quando as atividades práticas da aprendizagem ocorrerem no interior do estabelecimento, sujeitando os aprendizes à insalubridade ou à periculosidade, sem que se possa elidir o risco ou realizá-las integralmente em ambiente simulado.

Intermediação do trabalho aprendiz

O pressuposto do enquadramento à lei de proteção ao trabalho do menor é que haja em verdade o aprendizado, ou seja, a capacitação do menor visando sua formação técnico-profissional metódica, compatível com seu desenvolvimento físico, moral e psicológico.

Assim, a relação de trabalho que foge de tal conceito não é aprendizagem, mas sim tomada de serviço na qualidade de empregado, e esta vem sendo a posição dos Tribunais².

Assim sendo, a intermediação do trabalho do menor aprendiz por meio da entidade beneficente, que é admitida na lei³, não lhe autoriza a subverter a relação de trabalho, ou seja, cedê-lo como aprendiz, quando em verdade ele não terá aprendizado, em conformidade com a lei, mas sim prestará serviço de forma similar aos demais.

Não obstante as informações anteriormente tecidas, é imprescindível a análise de cada caso concreto para viabilizar um plano de atendimento à determinação legal, sincronizado com as características da entidade. Nesse plano, é fundamental avaliar os cargos que compõem os recursos humanos, bem como se essa modalidade de contratação condiz com as nuances legais, pois, como visto, os propósitos não poderão ser desvirtuados, sob a característica do mero enquadramento no limítrofe etário. 

O pressuposto do enquadramento à lei de proteção ao trabalho do menor é que haja em verdade o aprendizado, ou seja, a capacitação do menor

¹Lei para a preservação da saúde e da moral dos aprendizes empregados nas fábricas de algodão.

²Menor aprendiz vínculo empregatício Não há de se falar em estágio para complementação de aprendizado quando a empresa deixa de observar o disposto na lei nº 6.944/77, submetendo o menor aprendiz à execução de tarefas ligadas à sua atividade fim, restando caracterizados os elementos contidos no artigo terceiro da CLT, recurso a que se nega provimento. (TST RR 276559/1996 2ª T. Rel.Min. Valdir Righetto DJU 20.11.1998 p. 00193).

³Art. 430, II e Art. 431 da CLT.

A remuneração do empregado-dirigente do ente social e o risco fiscal



Marcos Biasioli

marcos@mbiasioli.com.br

Advogado em São Paulo, titular da M. Biasioli Advogados, pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University, administrador de empresas pelo Mackenzie/SP, consultor jurídico de entidades do Terceiro Setor e idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.

Recentemente, recebemos a seguinte consulta: “Representamos uma entidade social e, como não tínhamos voluntários dispostos a assumir a direção, convidamos alguns empregados mais antigos, que a assumiram. No entanto, eles continuam trabalhando na instituição como antes, e recebendo igual remuneração. Para nossa surpresa, a prefeitura de São Paulo nos comunicou que, em face de remunerarmos dirigentes, perdemos a isenção dos tributos do município. O que fazer agora? Não temos dirigentes voluntários para nosso projeto e precisamos dos recursos das isenções fiscais, pois colocamos tais recursos nos próprios projetos que beneficiam milhares de pessoas carentes.

A problemática não é *sui generis*, pois muitas instituições passam por situação similar, uma vez que não é difícil encontrar pessoas para atuar como voluntárias na obra do bem, porém, é cada vez mais difícil encontrar voluntários que se disponham a trabalhar graciosamente em prol de uma instituição social na condição de dirigente; que tenham disponibilidade em horário comercial; e respondam, inclusive, com seu

próprio patrimônio em favor da defesa dos interesses sociais da obra.

Diante deste cenário, pode-se afirmar que a decisão da consultante em eleger os próprios empregados para o cargo diretivo não deixa de ser uma medida assertiva, pois o empregado conhece a operação e seus problemas, bem como seus limites orçamentários, e sabe que se não produzir e trabalhar com afinco seu próprio emprego estará sob risco.

A caminhada pela sustentabilidade dos entes sociais pode estar dissociada dos recursos públicos; os gestores podem optar por buscar recursos de outras fontes, como aquelas da iniciativa privada

Ocorre que algumas correntes dissertam que, muito embora a medida seja prática e legal, nem sempre ela será ética, pois como pode um dirigente deliberar sobre seu próprio salário e benefícios, entre outros, sem ferir os interesses da entida-

de? Enfim, encontra-se uma saída para o órgão diretivo, porém se emboca noutras discussões, como a ética e a fiscal, esta ante ao fato de o Código Tributário Nacional vedar a distribuição a qualquer título para dirigente partindo de uma instituição social enquadrada como imune a tributos.

Para se dissuadir o impasse, há necessidade de se separar sustentabilidade econômica do ente social e a

É cada vez mais difícil encontrar voluntários que se disponham a trabalhar graciosamente em prol de uma instituição social na condição de dirigente; que tenham disponibilidade em horário comercial; e respondam, inclusive, com seu próprio patrimônio em favor da defesa dos interesses sociais da obra

remuneração dos dirigentes. Iniciando pelo primeiro, é preciso focar nos anseios da iniciativa social, ou, melhor dizendo, se os idealizadores/gestores da obra social tiverem o anseio de firmar parceria com o Estado no sentido de complementar sua missão na busca da erradicação das desigualdades, podem participar do orçamento público em tal empreitada, quer seja de modo direto, recebendo repasses econômicos, ou de modo indireto, por meio da isenção e/ou imunidade tributária.

Neste caso, transparência e lisura serão mógicas, pois se estará administrando um recurso público que gravita dentro da iniciativa privada e, assim sendo, todo vintém que sair do bolso da instituição, ora derivado do repasse, sairá dos cofres do Estado, e é por isso que a lei veda a distribuição a qualquer título de bens ou recursos aos dirigentes.

A caminhada pela sustentabilidade dos entes sociais pode estar dissociada dos recursos públicos; os gestores podem optar por buscar recursos de outras fontes, como aquelas da iniciativa privada e, assim, estão isentos da regra que impede a remuneração de dirigentes, porém, é recomendado que adequem seus estatutos para buscarem o reconhecimento de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) junto ao Ministério da Justiça, no qual faculta a possibilidade de se remunerar dirigente.

As Oscips também poderão desenvolver parcerias com o Estado e, ao mesmo tempo, remunerar dirigentes;



aliás, esta é a principal função delas, porém, lhes são vedados os recursos derivados da renúncia fiscal, eis que são reservados para entidades de educação e assistência social, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social.

Neste contexto, as entidades sociais que seguirem esse caminho estarão completamente alinhadas com a legislação e raramente serão questionadas pelo órgão público por estarem remunerando dirigentes, pois o ato é legal e não fere qualquer princípio de transparência social.

De outro lado, as entidades beneficentes de assistência social, reconhecidas por um dos

O aviso prévio proporcional e as entidades sociais



Marcos Biasioli

marcos@mbiasioli.com.br

Advogado em São Paulo, titular da M. Biasioli Advogados, pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University, administrador de empresas pelo Mackenzie/SP, consultor jurídico de entidades do Terceiro Setor e idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.



Fernanda Perregil

secretaria@mbiasioli.com.br

Advogada em São Paulo, integrante do escritório M. Biasioli Advogados. É especialista em Direito Processual Civil e pós-graduanda em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP.

Como foi amplamente divulgado nos meios de comunicação, no dia 11 de outubro de 2011 entrou em vigor a lei nº 12.506, a qual trouxe algumas alterações na concessão do Aviso Prévio.

O Aviso Prévio Proporcional, como é denominado, era esperado desde 1988, já que a nossa Constituição Federal, no artigo 7º, inciso XXI dispunha o seguinte:

Art. 7º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de (...)

XXI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.

Isso tudo porque a existência de um Aviso Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço estava atrelada à necessidade de regulamentação posterior. Assim, após 23 anos de debates e questionamentos a respeito da mora normativa do Poder Legislativo na edição de uma lei que atendessem as finalidades constitucionais, enfim, houve a publicação dessa nova lei, que abarcou alterações significativas na esfera prática da relação entre empregado e empregador.

Logo em seguida surgiram indagações sobre o modo de aplicação da nova lei nº 12.506. Em seu artigo 1º, no primeiro plano, alguns doutrinadores passaram a suscitar a ideia de reciprocidade, ou seja, o Aviso Prévio Proporcional poderia ser exigido por ambas as partes no momento da ruptura contratual.

Contudo, esse entendimento não prospera quando analisamos o Aviso Prévio como um direito social do empregado, apresentado no artigo 7º, da Constituição Federal, assim, *o Aviso Prévio Proporcional é um direito do empregado no momento da sua dispensa, não*

podendo o empregador exigir essa mesma proporcionalidade no pedido de demissão.

Outro ponto importante está no cálculo da proporcionalidade do Aviso Prévio, pois a lei prevê que serão acrescidos três dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 dias, perfazendo um total de até 90 dias.

Em outubro passado, a Secretaria das Relações de Trabalho divulgou a Circular nº 10/2011, contendo algumas orientações para a aplicação da nova lei nº 12.506/11, trazendo um quadro explicativo, o qual aponta para o seguinte:

Tempo de Serviço	Aviso Prévio
Ano Completo	Dias
Até 02	30 dias
02	33
03	36
04	39
05	42
06	45
07	48
08	51
09	54
10	57
11	60
12	63
13	66
14	69
15	72
16	75
17	78
18	81
19	84
20	86
21	90

Nesse sentido, tem-se que os cálculos não representam grandes dificuldades; a dúvida seria o reflexo dessa proporcionalidade no período de duração do contrato de trabalho. Pela leitura do artigo 487, da CLT, o Aviso Prévio Proporcional integraria o tempo de serviço para todos os fins, inclusive para o trintídio que antecede a data base e a projeção desse período na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS).

No mais, outra indagação importante é quando há de forma concomitante o Aviso Prévio Legal e aquele previsto em Norma Coletiva, isso porque existem muitas categorias profissionais que já haviam inserido o benefício de um Aviso Prévio Proporcional na própria Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho.

O cerne da questão seria a cumulação ou não dessas vantagens. Para muito doutrinadores não há cumulação de vantagens, mas sim compensação, ou seja, aplica-se a norma mais benéfica ao empregado.

Outro posicionamento que destaco é que pode haver algumas convenções coletivas ou acordos coletivos que apresentem uma cláusula normativa prevendo expressamente essa vantagem proporcional além do Aviso Prévio disposto em lei, o que geraria conflito no momento da interpretação da norma coletiva de trabalho. Por isso, quando o empregador não cumula essas vantagens, alguns sindicatos têm ressalvado essa questão na ocasião da homologação da rescisão. Por essa ótica, é evidente que isso provocará a propositura de ações para reclamar o direito a essa cumulação.

Avançando para o final do tema, outra análise importante é a época própria da aplicação dessa nova lei. Pelas regras de *aplicação da norma no tempo*, o Aviso Prévio Proporcional não retroage para os empregados dispensados antes da publicação dessa lei, ou seja, os efeitos dessa lei alcançam as relações iniciadas, mas não consumadas.

A ideia que se busca passar em última análise é que o contrato de trabalho extinto antes da publicação da lei nº 12.506/11 não estaria sujeito à aplicação dessa nova lei, até mesmo em respeito ao ato jurídico perfeito e acabado.

Com essas explanações, não se espera trazer nuances incontroversas do tema, até mesmo porque o assunto será palco de debates nos tribunais no momento da aplicação da nova lei ao caso em concreto, o que certamente será ainda mais esclarecedor.

Na verdade, o que se almeja, no segundo momento, é estabilizar as relações de emprego e proliferar um sentimento de segurança na sociedade, seja pelos efeitos mais severos ensejados pela extinção dessa relação ou, ainda, pela necessidade de proteger o empregado, como parte vulnerável da relação empregatícia.

Por tudo isso, as entidades sociais que mantêm relações de emprego deverão se amoldar aos preceitos da nova lei, observando a interpretação e as peculiaridades apontadas, a fim de adotar uma postura de resguardo quanto à possibilidade de litígios.

Em suma, mostra-se importante que as entidades sociais, no desempenho de atividades essenciais à população, também se ocupem dessas questões atuais, em observância à nova lei trabalhista, já que esta deve ser encarada como mais uma vitória da sociedade brasileira como um todo. 

Para muito doutrinadores não há cumulação de vantagens, mas sim compensação, ou seja, aplica-se a norma mais benéfica ao empregado



Renovação do Cebas da educação em perigo



Marcos Biasioli

marcos@mbiasioli.adv.br

Advogado em São Paulo, titular da M.Biasioli Advogados, pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University, administrador de empresas pelo Mackenzie, consultor jurídico de entidades do Terceiro Setor, idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.

Recentemente, o Ministério da Educação (MEC) editou Portaria com o indeferimento da renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Cebas) de uma tradicional instituição de ensino superior radicada no interior de São Paulo, sob o fundamento de que não atendeu às normas reguladoras do Programa Universidade para Todos (ProUni), mesmo que não tenha optado, à época dos fatos, por aderir a tal programa.

Irresignada, além de recorrer administrativamente da decisão assinada pelo então secretário de Educação Superior, Luiz Cláudio Costa, ao ministro da Educação, ela insistiu em fazer uma audiência na Secretaria para debater e entender as razões da decisão, sendo atendida pelas representantes do Grupo de Trabalho Técnico do Ministério, que ratificaram a decisão sustentando ser a posição definitiva do MEC.

Os principais pontos da controvérsia que, diga-se de passagem, poderá afetar centenas de instituições sociais de educação que estão em similar situação, pondo em perigo não só o Cebas, mas também a isenção previdenciária, são:

- A referida instituição protocolou a renovação do seu Cebas antes da lei nova (nº 12.101/09), que atualmente regula a certificação dos entes sociais, e para isso reuniu toda a documentação dos exercícios 2006, 2007 e 2008, exigida pela legislação anterior, ou seja, o decreto nº 2.536/98 combinado com a resolução nº 177/00, do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS);
- Ao recepcionarem e examinarem a documentação, os técnicos do MEC emitiram Nota Técnica reconhecendo o preenchimento de todos os requisitos das referidas normas pela instituição, porém, negaram-lhe o direito de renovar o Cebas ante o argumento de que não atendeu os requisitos instituídos na Lei do ProUni. Por isso, restou indeferido o pedido de renovação do Cebas, segundo decisão do então secretário;

- A decisão do MEC se baseou no fato de que a Lei do ProUni, nº 11.096/05, em seu art. 10, aduzir: “a instituição de ensino superior, ainda que atue no ensino básico ou em área distinta da educação, somente poderá ser considerada entidade beneficente de assistência social se oferecer, no mínimo, uma bolsa de estudo integral para estudante de curso de graduação ou sequencial de formação específica, sem diploma de curso superior, enquadrado no § 1º do art. 1º desta lei, para cada nove estudantes pagantes de cursos de graduação ou sequencial de formação específica regulares da instituição, matriculados em cursos efetivamente instalados, e atender às demais exigências legais”; assim sendo, pelo fato de aquela instituição ter concedido bolsas de estudo, mas não ter comprovado ofertá-las dentro da proporção da lei de 1x9, não merecia a renovação do Cebas.

Diante de tal dilema, o assunto merece melhor reflexão, evitando que muitas instituições de ensino, que ora contribuíram com o Estado na erradicação do analfabetismo, possam sucumbir ante a um flagrante vício na interpretação do sistema legal.

É importante lembrar a Constituição Federal de 1988, na parte que se regula a fonte de custeio e os sujeitos da Previdência Social: art. 195. “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, e das seguintes contribuições sociais: § 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”.

Por advento de tal regulação, o Congresso Nacional, ora colocado em mora pelo Supremo Tribunal Federal, promulgou a Lei de Custeio da Previdência Social, ou seja, a lei nº 8.212/91, a qual trouxe no artigo 55, entre outras, a obrigatoriedade de as entidades portarem o

Se isso ocorrer, estará deflagrada a antinomia, ou seja, o verdadeiro conflito de normas. Para isso, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, a saber: “nem toda lei nova, somente porque é lei nova, tem força para revogar uma lei anterior que com ela conflite”

certificado que lhes atestasse a qualidade de beneficiária, para o fim de gozarem da isenção previdenciária.

Em decorrência de tal fato, assomado à necessidade de cadenciar uma política social de Estado, foi sancionada a Lei Orgânica de Assistência Social (Loas), lei nº 8.742/93, que instituiu o órgão certificador das entidades beneficentes, ou seja, o CNAS, conforme redação primitiva constante do art. 17. “Fica instituído o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), órgão superior de deliberação colegiada, vinculado à estrutura do órgão da Administração Pública Federal, responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social, cujos membros, nomeados pelo Presidente da República, têm mandato de dois anos, permitida uma única recondução por igual período”.

A Loas também delegou poderes ao CNAS, entre eles: “Art. 18. Compete ao Conselho Nacional de Assistência Social: III – fixar normas para a concessão do registro e certificado de fins filantrópicos às entidades privadas prestadoras de serviços e assessoramento de assistência social”.

Por conta de tal regulamentação, o então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, editou o decreto nº 2.536/98, que dispunha especificamente a respeito da regulação para concessão e/ou renovação do Cebas, e mais, ratificava a competência editada pela Loas ao CNAS nos seguintes termos: “art. 7º - Compete ao CNAS julgar a qualidade de entidade beneficente de assistência social...”.

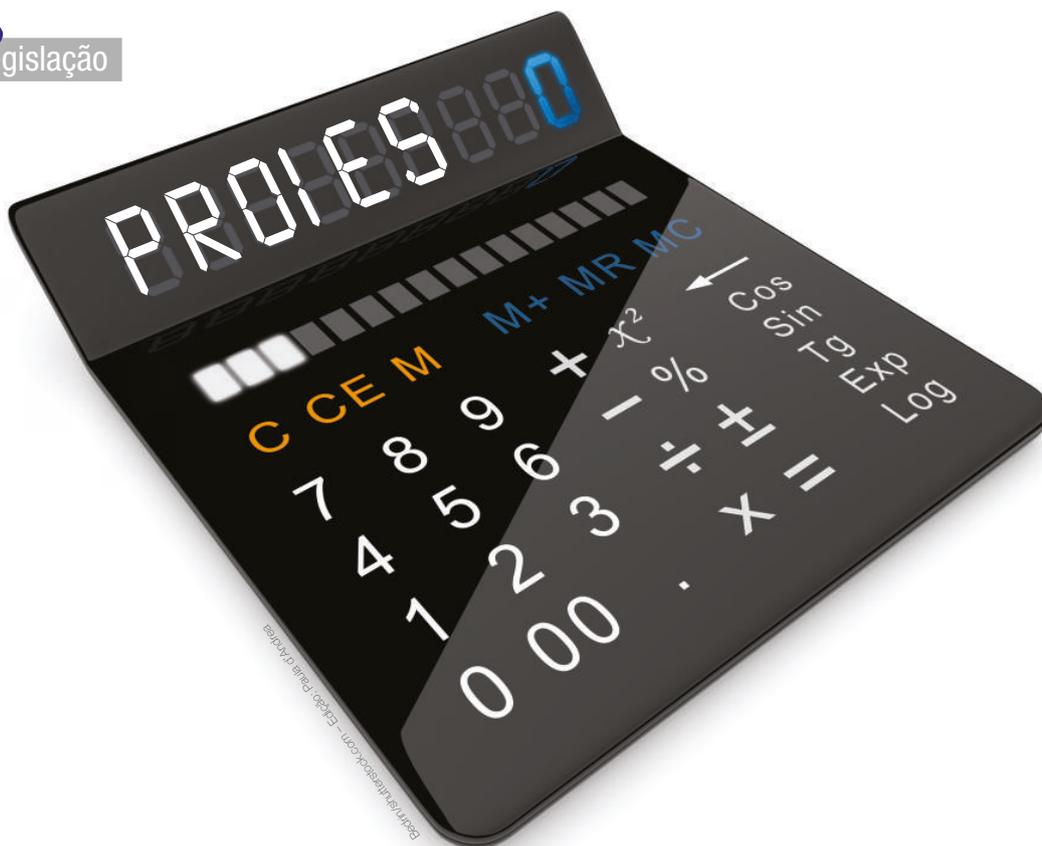
O colegiado instituído por lei, dentro de sua competência, editou a resolução nº 177/2000, fixando as normas para concessão e renovação do Cebas pelas instituições sociais, as quais perduraram até a edição da lei nº 12.101, de novembro de 2009, que alterou a redação da LOAS, suprimindo do CNAS os poderes para se fixarem normas para fins do Cebas.

Assim, nem mesmo o princípio de que a lei nova revoga a anterior, o qual poderia até mesmo ser invocado pelo MEC, é capaz de seduzir e retirar a eficácia da norma especial, pois segundo a Lei de Introdução do Código Civil, decreto-lei nº 4.657/42: “Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

No caso em questão, a Lei do Prouni, não revogou formal ou tacitamente o art. 18 da LOAS, que impôs a competência de fixar normas para a concessão ou renovação do Cebas ao CNAS, o que implica dizer que coube a ele, enquanto vigentes tais normativos, normatizar os critérios para o fim da concessão/renovação do Cebas.

Diante de tal digressão legal, pode-se concluir que o MEC não pode simplesmente incinerar o teor da Loas, do decreto nº 2.536/98 e da resolução nº 177/00 do CNAS, sob o fundamento que a Lei do ProUni, por ser mais nova, revogou as normas de concessão/renovação do Cebas. Se isso ocorrer, estará deflagrada a antinomia, ou seja, o verdadeiro conflito de normas. Para isso, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, a saber: “nem toda lei nova, somente porque é lei nova, tem força para revogar uma lei anterior que com ela conflite (cf. HC 72.131-RJ)”.

Enfim, a par do respeito ao ato jurídico perfeito, da continuidade da erradicação do analfabetismo, e com o fim maior de evitar o arremesso do trabalho de centenas de entidades de educação à vala da insegurança jurídica, espera-se que o MEC tenha a sensibilidade de um verdadeiro educador no exame de tais processos, pois, do contrário, quem perde é o Brasil. 



Marcos Biasioli

marcos@mbiasioli.adv.br

Advogado em São Paulo, titular da M.Biasioli Advogados, pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University, administrador de empresas pelo Mackenzie, consultor jurídico de entidades do Terceiro Setor, idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.

PROIES: Fortalecimento das instituições de ensino superior ou enfraquecimento da receita tributária?

Colaborou:
Rodrigo Pinheiro Nako

O Congresso Nacional, no último dia 18 de julho, converteu a medida provisória 559/2012, que inicialmente tratava de assuntos relacionados à Eletrobrás, em lei ordinária, nº 12.688/2012 que, dentre outras disposições, instituiu o Programa de Estimulo à Reestruturação e ao Fortalecimento das Instituições de Ensino Superior (PROIES).

O programa promete assegurar melhores condições para a continuidade das atividades de entidades mantenedoras de ensino superior, viabilizando: (i) a

manutenção dos níveis de matrículas ativas de alunos; (ii) a qualidade de ensino; (iii) a recuperação dos créditos tributários da União; e (iv) a ampliação da oferta de bolsas de estudos integrais.

O ponto alto que interessa às entidades de educação é a quitação de até 90% de suas dívidas tributárias junto à União Federal, que poderá ser feita através de compensação com oferecimento de bolsas de estudos a serem ofertadas por meio do Programa Universidade para Todos (Prouni).

O ponto alto que interessa às entidades de educação é a quitação de até 90% de suas dívidas tributárias junto à União Federal, que poderá ser feita através de compensação com oferecimento de bolsas de estudos a serem ofertadas por meio do Prouni

As condições previstas na lei para a integração ao PROIES estão nos incisos I ao III do artigo 13º:

- I** – adesão ao Programa Universidade para Todos - Prouni, instituído pela lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005, com oferta exclusiva de bolsas obrigatórias integrais;
- II** – adesão ao Fundo de Financiamento Estudantil - FIES, sem limitação do valor financeiro destinado à concessão de financiamentos, nos termos e condições estabelecidos pela lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001;
- III** – adesão ao Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo - FGEDUC, criado a partir da lei nº 12.087, de 11 de novembro de 2009, nos termos e condições que regulamentam aquele Fundo.

Além disso, a instituição deve provar que está em grave estado econômico, ou seja, que possui dívidas tributárias federais vencidas que, divididas pelo número total de matrículas, resultem em um valor superior a R\$ 1.500. Para aferição deste resultado aritmético, devem-se inserir as dívidas tributárias federais vencidas até 31 de maio de 2012, inscritas ou não inscritas em Dívida Ativa da União, bem como aquelas objeto de execução fiscal federal e com a exigibilidade suspensa.

De forma didática, se uma Instituição de Ensino Superior (IES) possuir um montante de R\$ 1 milhão em dívida fiscal, ela deve dividir tal valor por R\$ 1.500 para verificar o total de matrículas ora constantes do Censo da Educação Superior, em 31/05/12, necessárias para o enquadramento no programa. Neste exemplo, ela deverá ter um volume total de 666 matrículas, porém, caso tenha mais ou menos matrículas, está fadada ao não enquadramento ao PROIES.

À primeira vista, o programa oferece uma série de vantagens e benefícios às entidades educacionais para a quitação do débito tributário, em especial aquele que autoriza a pagar o montante corresponde a apenas 10% do total devido em tributos federais. O restante pode ser realizado mediante a oferta de bolsas de estudos. E mais, é possível parcelar o débito em até 180 parcelas mensais e sucessivas, além da moratória de doze meses, isto é, o parcelamento se inicia a partir do décimo terceiro mês a contar da adesão.

Contudo, o PROIES não é uma via de mão única, pois, em primeira análise, são fáceis de aferir os diversos

benefícios concedidos às instituições de ensino, em especial àquelas tidas como beneficentes de assistência social, que seduzem qualquer contribuinte ante o aparente saco de bondades hasteado. Contudo, tal programa deve ser considerado como uma via de mão dupla, pois:

- (i)** A IES deverá apresentar um Plano de Recuperação Econômica e Tributária que contemple a projeção da receita bruta mensal e os respectivos fluxos de caixa até o mês do vencimento da última parcela. Cabe sublinhar que o cumprimento deste quesito será auditado pelo MEC, e o descumprimento do plano levará ao descredenciamento do Programa, com a consequente cassação da moratória, acréscimo dos juros e multas, sob o fundamento que a exploração da educação cabe a qualquer um livremente, porém, a capacidade de autofinanciamento é requisito legal¹.
- (ii)** Cisão, fusão, aquisição, transferência de manutenção, unificação de mantidas ou descredenciamento voluntário de qualquer IES vinculado à optante serão motivadores da exclusão do PROIES, exceto se o MEC anuir, o que na prática é bem difícil e moroso.
- (iii)** A manutenção do indicador de qualidade, derivado de uma cesta de ingredientes: titulação do corpo docente, qualidade das instalações e avaliação da aprendizagem por meio do Enade são requisitos imprescindíveis para a manutenção no programa, sendo que qualquer vulneração que afete o Índice Geral do Curso da IES poderá ensejar a exclusão.
- (iv)** É obrigatória a formalização de renúncias a outros programas de parcelamento, tal como o PAES ou REFIS, bem como a desistência de forma irrevogável de demandas administrativas e/ou judiciais em que estejam em litígio o tributo que deu ensejo à adesão ao programa. E mais, tal desistência não implica na liberação de eventuais bens arrolados em tais demandas.

Neste caso, todo o mérito da discussão empenhada, seja ela administrativa ou judicial, cairá por terra, e a desistência implicará em confissão tácita do tributo lançado.

Esta imposição normativa viola os incisos XXXV e LV do artigo 5º da Constituição Federal, dentre eles

o Princípio do Livre Acesso ao Judiciário. Isso porque com a obrigatoriedade imposta pelo ato normativo ao contribuinte de desistir, de forma irrevogável, das discussões administrativas e/ou judiciais, houve uma lesão ao justo direito da entidade de submeter determinadas discussões para apreciação do Poder Judiciário. Além disso, tal exigência viola o Princípio do Contraditório e da ampla defesa, pois a disposição constitucional está sendo diretamente contrariada por uma lei ordinária.

De outro lado, cabe também destacar um dado importante que talvez passe despercebido pelo mantenedor: um dos requisitos para a concessão da moratória é a apresentação da relação de todos os bens e direitos, não só da mantenedora e mantida, mas também do mantenedor, dos administradores, gestores e representantes legais.

Estas informações beiram a quebra do sigilo dos profissionais, e para que haja o cumprimento de tal requisito é imprescindível que haja também a aquiescência dos envolvidos. E mais, tais informações, salvo melhor juízo, serão esteio de vinculação, isto é, numa eventual exclusão do programa derivada de qualquer desvio de finalidade, seguramente tais bens serão arrolados numa demanda fiscal.

Enfim, em homenagem à educação que transforma pessoas e também à sociedade, tudo é válido, pois como dizia Paulo Freire, “se a educação sozinha não pode transformar a sociedade, tampouco sem ela a sociedade muda”; o programa despejará milhões de reais na iniciativa livre educacional, porém, a grande tônica que fica é: não será uma gota no oceano?

A resposta deriva das pesquisas, haja vista que no último Censo da Educação Superior houve um aumento de mais de 100% da evolução do número de matrículas no ensino superior na última década, saltando de

que 896.455 alunos não concluíram o curso, ou seja, algo em torno de 14% do total de alunos matriculados.

O curioso deste dado é que **10,5%** das evasões (**114.173**) foram de alunos da universidade pública, que oferece cursos integralmente custeados pelo orçamento do Estado e/ou da União, isto é, não sai do bolso do aluno, mas sim dos cofres públicos, cujo volume monta na casa de R\$ 1,7 bilhão ao ano.

O mesmo estudo aponta que o custo da evasão para a IES de natureza privada representa a média anual de R\$ 9 mil por aluno, que, se multiplicado por 782.282 evasões apontadas no Censo, resulta em torno de um custo total anual de **R\$ 7 bilhões**, o que leva a concluir que a evasão pode não ser a única, mas seguramente está dentro de uma das principais causas do enfraquecimento financeiro do IES.

Estudando a evasão do ensino superior por meio de pesquisa realizada², denota-se que não é só a dificuldade financeira que implica no abandono do ensino superior por parte do alunado, mas também por duas causas, uma interna e outra externa:

- (i) A **interna** está relacionada com: a infraestrutura, o corpo docente, a assistência socioeducacional (falta de incentivo à pesquisa, grade curricular defasada, monitorias, ausência de assistência aos alunos de baixa renda);
- (ii) Já a **externa** está associada com: a falha da tomada de decisão, imaturidade, curso de segunda opção, busca pela herança profissional, pressão familiar, baixa concorrência, deficiência da educação básica, repetência, desmotivação, desprestígio da profissão, novo interesse, problemas financeiros, moradia distante, problemas familiares, doença e outras. 

1 Lei nº 9.394, art. 7º, inciso III.

2 “Evasão no ensino superior: estudo dos fatores causadores da evasão no curso de ciências contábeis da universidade estadual de Montes Claros – Unimontes – MG.” Autores da universidade estadual de Montes Claros: Ellen Christine Moraes Dias, Carlos Renato Theóphilo e Maria



◀ **MARCOS BIASIOLI** é Advogado em São Paulo, Consultor Jurídico do Terceiro Setor, Titular da M.Biasioli Advogados, Idealizador e Membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia
marcos@mbiasioli.adv.br

A IGREJA QUE VIROU PUB

Na primeira viagem que fiz à Londres, instalei-me em um hotel do bairro Highgate – situado ao norte da cidade, pois meu objetivo era conhecer um pouco a cultura do londrino ao invés de desbravar tão somente os pontos turísticos. Como parte de meu ritual cristão, fui aos pés de Deus numa Igreja próxima, antes de começar o roteiro da curiosidade. Agradei pela oportunidade ímpar de me permitir conhecer o outro lado do hemisfério, com saúde e em família.

Dada a afinidade que travei naquela estada, pelos pontos que me agradaram, tais como: as casas de chás, os *pubs*, os restaurantes, os parques e até mesmo o Cemitério de St. James – o qual contempla o túmulo de Karl Marx –, resolvi pela segunda vez, de igual forma, hospedar-me no mesmo bairro. E para não contrariar o meu ritual cristão, dirigi-me com minha esposa à mesma Igreja para ali condecorar meus agradecimentos ao nosso Criador. Pasmé, a Igreja virou um *pub*.

Estarrecido com que vi, pois não me imaginei tomando um *pimm's*¹ naquele local que havia abrigado a Casa de Deus, continuei minha saga na busca de outra Igreja nas imediações, e para o meu maior espanto me deparei com um prédio de notável arquitetura gótica digno de uma Catedral, com uma enorme placa na porta: *Rent to Pub*².

Extasiado com o que eu vi, não me contive e logo que me deparei com um velho amigo londrino, fui perguntando a razão da Igreja virar *pub*, pois nem meu país – terra oficial do Carnaval, do Samba, de múltiplas religiões – seria tão liberal a ponto de transformar a Catedral da Sé numa casa sertaneja, ou a Igreja da Candelária num baile *funk*.

A resposta me calou fundo: “aqui o prédio não é Igreja, se o imposto fica caro, elas se mudam e levam consigo o povo de Deus, aí vira *pub*”.

Logo me encolhi e, num breve devaneio, cobre-me silenciosamente por ter esquecido a lição de Pedro (2:5), Timóteo (3:15) e Efésios (2:21-22), que definiram que: A Casa de Deus não é um edifício material, mas o santuário, e a habitação do Senhor. É um edifício espiritual.

Do ponto de vista espiritual, porém, com ascensão materialista, a enxerguei como um Santuário irremovível pelo homem – já que a doutrina que aprendi no Brasil, ora considerado por muitos como a “pátria do evangelho”, não se desprende da Igreja de tal forma, e é mais fácil o *pub* virar Igreja, do que o inverso. Porém, quando o assunto é imposto, estamos bem próximos dos ingleses, e acho que tem sacerdote que até já anda sonhando em trocar o coral pelo *blues*.

Digo isto, pois recebi há algum tempo, um representante de uma comunidade religiosa de origem italiana, radicada em Belo Horizonte, que ao invés de portar a Bíblia debaixo do braço, trazia consigo um auto de infração fiscal, e logo disparou: “*Dottore, far dil bene qui è peccato?*”

Conhecendo a saga arrecadadora do Estado a exemplo do sangue quente italiano, nem me arrisquei a perguntar por que, apenas pedi para ler o auto. Logo percebi que o auditor identificou na contabilidade da organização religiosa que ela bancou a viagem dos padres para Roma, e, por isso, ele logo fez uma dedução simplista que os religiosos rezavam aqui e veraneavam na Itália. Isto o motivou a retirar seu reconhecimento como ente imune a tributos.

O que de fato acontece no Brasil é que a religião e a prática do amor ao próximo não devem se misturar à luz da lei civil, ante o seguinte: 1) A Constituição Federal, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, regulou que todos são iguais perante a lei e que: *VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (art. 5º);* 2) De outro, a própria Constituição Federal, impôs que: “*Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.*”

Note que ao mesmo tempo em que a Carta Maior outorga a liberdade da crença e da associação religiosa, ela, dada a multiplicidade de crenças, veda que o Estado banque o credo.

O Código Civil de 2003 classifica em seu Art. 44 como pessoa jurídica: as associações, as fundações, as sociedades, os partidos políticos, as empresas individuais e as organizações religiosas.

A dicotomia da classificação traduz que a organização religiosa não se confunde com uma associação, e tampouco com uma fundação. É esta a tônica para que se alforrie das presas do Estado, pois, como vimos, ele não pode por ordem constitucional embarçar o seu funcionamento.

A estrutura legal impõe ao ente religioso o rigor de separar a religião da ação social, para que não se confundam no plano civil e tributário.

Muitos otimistas com o limiar do acordo da Santa Sé, homologado por meio do decreto nº 7.107/2010, festejaram a plena isonomia aos direitos da associação beneficente, em especial aquele de campo material, que desemboca no *status* tributário da imunidade e da isenção fiscal.

Contudo, se atentarmos a uma apurada leitura de tal acordo, logo veremos o lado oculto do pacto, pois consta que tais direitos somente poderão ser exercidos se observados os requisitos e obrigações exigidos pela legislação brasileira³.

Nesta linha, a imunidade das contribuições sociais está prevista na lei nº 12.101/09, cujo maior requisito ao passaporte do reconhecimento da referida imunidade é ser reconhecida como uma entidade beneficente de assistência, ou seja, ter o CEBAS, conferido pela administração pública. Já para a isenção, o ente deve cumprir o que a lei impuser, e nela via de regra, não comporta benefício à organização religiosa.

Para se adquirir o CEBAS, entre outros requisitos, o ente social tem de demonstrar que cumpre fielmente os artigos 9º e 14 do Código Tributário Nacional e que veda a distribuição do patrimônio/resultado a qualquer título.

Neste caso, ainda que a lei nº 8.212/91 e o referido acordo não classifiquem o rendimento pago ao religioso como remuneração passível de encargos, nada garante que o custo do mistér religioso possa a vir a ser questionado e até mesmo ser alvo de punição fiscal – sob o fundamento de que se trata de mera roupagem ao desvio de finalidade.

Diante deste cenário, em que uma corrente defende a igualdade de direitos por conta do Acordo da Santa Sé – e de outro lado se prega a separação de pessoas jurídicas – isto é, a religiosa da beneficente, fico com a segunda.

Defendo a separação para que sejam preservadas as premissas da vida consagrada, que acima de tudo é um direito do religioso, que renuncia a os bens efêmeros para seguir o sublime magistério – traduzindo, os bens materiais em ações sociais ao Povo ao Deus.

Por estas e outras, vem a pergunta: para que brigar? Separar é melhor, antes que seja tarde, e a Igreja vire *pub.* 🍷

¹ Tradicional bebida de verão dos Ingleses, da qual até hoje não se sabe a composição.

² Traduzindo: "Alugo para Pub".

³ Art. 5º - As pessoas jurídicas eclesíásticas, reconhecidas nos termos do Artigo 3º, que, além de fins religiosos, persigam fins de assistência e solidariedade social, desenvolverão a própria atividade e gozarão de todos os direitos, imunidades, isenções e benefícios atribuídos às entidades – com fins de natureza semelhante previstos no ordenamento jurídico brasileiro – desde que observados os requisitos e obrigações exigidos pela legislação brasileira.



◀ **MARCOS BIASIOLI** é advogado em São Paulo, consultor jurídico do Terceiro Setor, titular da M.Biasioli Advogados, idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.
marcos@mbiasioli.adv.br

A FICHA LIMPA DAS ONGs E A COPA DO MUNDO

Há um bom tempo testemunhamos um trabalho inusitado e ímpar desenvolvido no centro nervoso de uma favela radicada na Vila Brasilândia, na região Norte da capital do Estado de São Paulo. Quando lá chegamos, vimos que algumas irmãs religiosas desbravadoras se entranharam no meio das causas sociais daquele local repleto de carências para fundar um Centro Comunitário. O objetivo era contribuir com a erradicação da fome e, por conseguinte, da pobreza e do analfabetismo. O desembarque das religiosas inicialmente foi visto com alegria, porém, de forma cética pela comunidade quanto à tolerância e ao sucesso da implantação da iniciativa, dado o alto nível de violência e criminalidade que imperava e afugentava todos aqueles que tentavam professar boas novas.

De forma democrática, elas disseminaram na comunidade que convocariam uma assembleia geral cuja pauta seria a nomeação dos dirigentes do novo Centro. Considerando que o trabalho voluntário está adido à paixão e amor a Deus, para servir ao próximo de forma desinteressada, o evento não demorou mais de 15 minutos, pois o quórum foi formado apenas pelo colegiado religioso, ou seja, sequer um “gato pingado” lá apareceu para contribuir com tal múnus público e social.

Como as formigas obreiras, as irmãs trabalharam sol a sol visitando a comunidade, identificando suas mazelas, granjeando aliados. E conseguiram protagonizar um movimento de valorização de pessoas, pois não só levaram para aquele universo carente a assistência social propriamente dita, ou seja, serviços de proteção social básica e também de média e alta complexidade, mas também introduziram modelos de transformação. Eis que catequizaram a comunidade para que ela pudesse sair da penumbra com as suas próprias mãos e construir as suas pontes.

Cooperativas de padeiros, confeiteiros, costureiras e artesãos foram se disseminando sob o incentivo da batuta das religiosas, resultando no reconhecimento do seu valor pela própria municipalidade, que se despertou para conhecer e

apoiar tamanha iniciativa social, firmando com a instituição parcerias relevantes.

Com a missão da multiplicação da obra, de igual forma democrática elas emitiram nova chamada para a assembleia visando empossar novos membros da comunidade na condição de dirigentes, pois alardeavam que a obra não é do clero, mas sim do povo. Diante do brilho do serviço comunitário e do volume de recursos que ali gravitava, não obstante o superávit ser quase igual a zero, dada a dimensão do trabalho social, ao contrário da assembleia de fundação, compareceram não dezenas, mas pouco mais de uma centena de pessoas que jamais haviam sequer pisado na sede do centro comunitário. Era gente brotando de todo lado, chegando de bicicleta, van, ônibus e, se bobear, até a cavalo.

Esfuziantes, porém reticentes, as religiosas se animaram, pois logo imaginaram que a obra não mais precisaria delas para caminhar, dado o furor do interesse da comunidade em abraçar a causa. Ledo engano!

Em face da fragilidade estatutária, um grupo de meliantes se candidatou à direção, contrapondo-se a integrar o grupo das religiosas, e diante da voz do povo presente que, via de regra, é a ressonância da voz de Deus, abriu-se a oportunidade de votação por aclamação. Pasmem! As religiosas foram vencidas, mesmo tendo sido as autoras da idealização social.

Regradas pelo desprendimento pelo poder e pelos bens efêmeros, que ora pertenciam à obra, e não a elas, logo se afastaram do trabalho social daquela comunidade. Somente uma das freiras ali ficou para zelar, ainda que à distância da direção, pela continuidade da tutela das pessoas que estavam experimentando vulnerações sociais.

Sequer passado um mês, os problemas de ordem econômica começaram a desabrochar; o déficit passou a ser o irmão siamês da obra social. O segundo e o terceiro meses não foram diferentes, ou seja, o trabalho social minorou, e o déficit aumentou. Intrigadas com tal reviravolta, as religiosas começaram a articular um movimento para identificar o papel da gestão. Não demorou nada para descobrirem

que tais meliantes saquearam a instituição, surrupiando milhares de reais dos seus cofres, forjando notas de despesas, maximizando o valor das compras, financiando cursos universitários para seus pares com recurso da instituição, ora provindos do município, e muito mais. E pior, sentiam-se irremovíveis, dada a aclamação durante a assembleia para nomeá-los.

Foi invocada, a pedido das religiosas, a intervenção do Judiciário, e dada a decisão judicial, os então dirigentes saíram da instituição, sem deixar rastros.

Ruído o castelo outrora edificado, elas se depararam com o novo abismo econômico no qual a obra havia se transformado, e os credores começaram a saga pelo recebimento do que lhes era devido. Dadas as portas que se fecharam, assomada a perda da idoneidade da instituição, os reclamos trabalhistas etc, restou às religiosas buscar um socorro ao caixa, por meio do trabalho das cooperadas costureiras.

Estavam às vésperas da Copa do Mundo, e se debruçaram a produzir camisetas nas cores verde e amarela. Peregrinaram no agenciamento dos próprios membros da comunidade para ajudar a comercializar o estoque da produção. Moral da história: “gol de placa”! Venderam tudo e tornaram a capitalizar a obra.

Deste episódio social, que não é fruto de ficção, abstraem-se duas lições. Primeira: existem garimpeiros não só de minas, mas também de recursos públicos, e o Terceiro Setor em mãos inidôneas pode servir também de terceira porta de evasão do cofre privado e do Estado. Segunda: não precisa ser o Neymar para faturar na Copa, basta bater um bolão na saga da iniciativa comercial em prol da obra.

Para caçar os lobos vestidos de cordeiros que se filiam às ONGs para surrupiar os recursos públicos, tramita junto à Casa Civil o Projeto de Lei nº 3.098/12, de autoria do

deputado Esperidião Amim, já apelidado de “Ficha Limpa das ONGs”, o qual impõe regras severas, inclusive de prisão, àqueles que se utilizarem dos entes sociais para protraírem vantagens pessoais, direta ou indiretamente, advindas de recursos do erário.

O projeto prevê que os que forem condenados por crime contra: economia popular, fé pública, patrimônio, vida; meio ambiente, saúde pública, abuso de autoridade, lavagem de dinheiro, tráfico, racismo, tortura, terrorismo e hediondos, redução a condição de escravo; e também aqueles que tiveram contas públicas rejeitadas pela administração estão impedidos de compor o órgão diretivo das entidades sociais que se relacionam com o Estado.

Assim, ainda que o projeto não se traduza em lei, é medida de rigor a imposição de regras claras e objetivas, bem como limites aos dirigentes, no arcabouço do estatuto do ente social, tanto para a seleção e admissão de associados quanto para o exercício do direito de voz e voto em assembleias, evitando que a liberdade do uso do nome da ONG vire libertinagem.

Por outro lado, já que a Copa do Mundo traz divisas para o Brasil, e foi a tábua de salvação das irmãs de caridade daquele Centro Comunitário, é bom levar para a próxima assembleia o texto da lei 12.780/13 sancionada no dia 9 de janeiro pela presidenta Dilma Rousseff, que representa uma franca oportunidade de mobilização de recursos pela iniciativa privada, inclusive para quem integra o Terceiro Setor, desde que possuam no seu quadro fichas limpas orquestrando a direção. Ainda que a nossa seleção não seja a campeã, pelo menos como prêmio de consolação a sua instituição poderá levantar a taça da autossustentabilidade, afinal, é melhor irem os anéis e ficarem os dedos do que ambos. E como: “dois pobres não se sustentam”, precisamos puxar a charrua desde já. Olé, Brasil! 🇧🇷



◀ **MARCOS BIASIOLI** é advogado em São Paulo, consultor jurídico do Terceiro Setor, titular da M.Biasioli Advogados, idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia. marcos@mbiasioli.adv.br

OS ASPECTOS JURÍDICOS DO FINANCIAMENTO

Qual é o papel do Estado nos serviços prestados à pessoa com deficiência?

É natural e espontânea nossa reação de perplexidade quando nos deparamos com dedicados pais protegendo seus filhos especiais. Logo nos visita a sensação de piedade e comoção daqueles seres. Os ateus até colocam culpa no nosso Criador, sob o fundamento de que Ele não existe, pois jamais um pai lançaria um “problema” de tamanha magnitude para pessoas iguais aos seus semelhantes. A indignação é tanta que chegamos a questionar: será um castigo dos céus? Ledo engano! Lembremos as lições traduzidas por Hebreus¹: “*Não vos esqueçais da hospitalidade, porque por ela alguns, não o sabendo, hospedaram anjos*”. Desta máxima, deduz-se que os filhos especiais, enfim, são anjos disfarçados e entram na vida das pessoas para trazer-lhes lições de amor.

No entanto, é notório que os cuidados aos filhos especiais são diferentes, porém não maiores que os cuidados necessários a certos “filhos espaciais”, ou seja, aqueles que vivem no mundo da lua. O verdadeiro castigo é colhido não quando se tem um filho especial, mas sim quando deixamos de educar sem o devido cuidado especial. Há filho espacial por aí: arrancando braço de gente na rua e jogando no rio, outros trocando vidas por crack, alguns matando por relógio, e outros fazendo juras de amor pela droga à custa da dignidade dos pais.

A tônica deste tema, infelizmente, leva-nos a outros questionamentos, que caminham ao lado do cuidado e do consequente aumento do custo de cuidar de um filho especial, dada a sua especificidade, e aí a nuance sai do campo familiar e chega ao campo da política pública. Em nível nacional, o último Censo apontou, por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), que, no Brasil, 14,5% da população possui alguma restrição física, motora, intelectual ou sensorial. Apenas em São Paulo, segundo a Secretaria Municipal da Pessoa com Deficiência e Mobilidade Reduzida, há cerca de 1,1 milhão de paulistanos, ou 10,9% da população da cidade, que possuem alguma deficiência.

¹13:12.

Diante deste cenário, quando o assunto é educação, guardada a contribuição de algumas iniciativas privadas, a vida da maioria dos pais de filhos especiais tem se tornado uma verdadeira maratona, pois ainda que possuam recursos está cada dia mais difícil encontrar escolas preparadas para recebê-los, e a explicação é que não têm condições econômicas, tampouco estrutura e preparação, para os cuidados necessários, a exemplo de obrigação legal.

Em face de tais desencontros de razões, o assunto tem virado palco de acaloradas discussões na seara judicial, sendo que de um lado estão os pais, que postulam uma vaga e os peculiares cuidados aos seus filhos. De outro, a escola privada, que tem disponibilizada a vaga, porém, sem a garantia de oferta do cuidado adequado, quanto menos de custear uma cuidadora para cada aluno.

Já o Estado se omite em tal batalha, e o Judiciário acaba colocando a mão pesada na decisão, quer por iniciativa das defensorias públicas, quer por meio do Ministério Público.

A Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, por exemplo, está convocando algumas instituições privadas para uma mediação extrajudicial, no sentido de que a escola privada banque o custo de uma acompanhante em tempo integral para o especial e rateie tal custo para todos os demais alunos, sob pena de judicialização da matéria.

Para tentar desanuviar esse imbróglio é sempre bom refletir sobre algumas relevantes disposições legais e suas consequências.

TEMÁTICA JURÍDICA

A Constituição Federal de 1988 foi um marco na construção de políticas de Estado, a qual é diametralmente diferente das políticas de governo, uma vez que devem ser perenes e sustentáveis, pois regulam, entre outros assuntos, a causa e a fonte das nuances sociais e de direitos humanos, tal como o direito das pessoas portadoras de deficiência.

Assim, não é exagero concluir que cabe ao Estado: cuidar da saúde, da proteção e das garantias, entre elas de habilitação e

reabilitação, bem como de assegurar o direito à educação das pessoas portadoras de deficiência.

De outro lado, também é verdadeira a afirmação que cabe a entidades não governamentais, entre elas as associações, fundações e organizações religiosas com atividades híbridas, participar da missão do Estado, assegurando à criança, ao adolescente e ao jovem, incluindo os portadores de deficiência, o direito, entre outros, à saúde e à educação, conforme se observa na mesma Carta Constitucional, ora transcrita nos artigos 205 e 227.

No quesito da educação inclusiva da pessoa portadora de deficiência, são deveres da instituição de educação privada promover os recursos de acessibilidade e pedagógicos, inclusive os serviços de atendimento para pessoas com deficiência auditiva, prestado por intérpretes ou pessoas capacitadas em Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS), conforme se verifica na regulação contida no Decreto 5.296/04.

Contudo, resta examinar se cabe à fundação ou à associação de educação financiar os serviços especiais.

FINANCIAMENTO DO ACOMPANHANTE EM TEMPO INTEGRAL

Apesar das obrigações que a instituição tem na saga da promoção e da educação das pessoas portadoras de deficiência, em pé de igualdade com os demais, entendemos que o financiamento de seu acompanhante dentro da escola em tempo integral, como anseia a defensoria pública mineira, foge da obrigação da iniciativa privada por uma única razão: não há previsão legal a tal respeito.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, da qual o Brasil é signatário por meio do Decreto 6.949/07, impõe que os Estados Parte assegurem sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, e que as adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas.

O Decreto presidencial nº 7.611/11, reconhecendo a Convenção, impõe que é dever do Estado a educação das pessoas público-alvo da educação especial, porém, regula que a União prestará apoio técnico e financeiro para entidades comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, com a finalidade de ampliar a oferta do atendimento educacional especializado aos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, matriculados na rede pública de ensino regular.

Diante de tais considerações, entendemos que cabe às associações e fundações atenderem aos parâmetros nacionais de educação, entre eles a acessibilidade e o programa pedagógico especial aos portadores de deficiência. Porém, não cabe a elas financiar o acompanhante do portador de deficiência, por se tratar de um dever do Estado.

No entanto, é importante assinalar que se a fundação ou a associação estiver conveniada com o Estado, recebendo dele recursos para tal inclusão, mesmo que seja do FUNDEB, como prevê o 6.523/07, art. 14, ela passa a ser obrigada a honrar com os custos do acompanhante, pois, neste caso estará apenas funcionando como intermediadora, haja vista que o recurso é originário do Estado.

Em homenagem à cidadania, cabe às fundações e associações buscarem a sinergia com o Estado, para que possam administrar o recurso público.

De uma forma ou de outra, é necessário buscar uma saída e, parafraseando Norberto Bobbio:

“Acreditamos saber que existe uma saída, mas não sabemos onde está. Não havendo ninguém do lado de fora que nos possa indicá-la, devemos procurá-la por nós mesmos. O que o labirinto ensina não é onde está a saída, mas quais são os caminhos que não levam a lugar algum”. 

CARTA POLÍTICA

Art. 23	É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
Art. 203	Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
Art. 205	A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho;
Art. 208.	O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
Art. 227	§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.



◀ **MARCOS BIASIOLI** é Advogado em São Paulo, Consultor Jurídico do Terceiro Setor, Titular da M.Biasioli Advogados, Idealizador e Membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.
marcos@mbiasioli.adv.br

EXCLUSÃO DOS ASSOCIADOS MAJORITÁRIOS PELOS MINORITÁRIOS

A existência de conflitos é comum na sociedade empresarial, em especial quando há desinteligência na sua administração. Os sócios majoritários via de regra reinam de maneira absoluta, e a voz dos minoritários é superada ante a hipossuficiência de sua participação no capital social da empresa.

Este cenário passou a mudar, em especial com a reedição do Código Civil, a partir de 2003, pois os tribunais começaram a flexibilizar a regra de que o majoritário tudo pode, e o sócio faltoso, ainda que possua maior capital social, também pode ser excluído, desde que fiquem comprovados pelos sócios minoritários atos que deliberadamente comprovem que o majoritário está colocando os seus interesses pessoais à frente dos interesses da sociedade e, por consequência, está faltando com as suas obrigações sociais.

O Código Civil dispõe sobre a exclusão judicial do sócio pela maioria dos demais sócios, “Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente”.

No caso de uma sociedade possuir cinco sócios, e de três deles identificarem a malversação dos outros dois, a maioria pode pedir judicialmente a exclusão dos faltosos.

E mais, dispõe também: “Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de

mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa”.

Esta hipótese está relacionada não só ao contingente, mas ao capital social, ou seja, não basta ser a maioria, é preciso que ela represente mais da metade do capital social.

A maioria dos estudiosos sobre o assunto também pontua a possibilidade da exclusão do sócio da sociedade empresária, seja ele majoritário ou minoritário, mas desde que se comprove a justa causa para tal postulação. Silvio de Salvo Venosa assinala: “Por justa causa, na prática, consoante anota Costa (2003 p. 167), podem-se enumerar atos como malversação ou desvio de fundos, má gestão, erros de gerência, abuso da personalidade jurídica, recebimento de comissões a benefício pessoal e omissões, como quebra do dever de colaboração, lealdade e confidencialidade, a persistente recusa no cumprimento dos deveres administrativos.” (Código Civil Interpretado – Editora Atlas – 2010 – p. 947)

De igual forma pensa o autor Arnaldo Rizzardo: “o sócio majoritário sujeita-se à exclusão, se praticar falta grave quando do cumprimento de suas obrigações. Na hipótese, a maioria para a aprovação é dos demais sócios restantes – solução alvitrada no art 1.030 (...). Não interessa o poderio que lhe dá as participações, porquanto a decisão resulta da





◀ **MARCOS BIASIOLI** é advogado em São Paulo, consultor jurídico do Terceiro Setor, titular da M.Biasioli Advogados, idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.



◀ **RODRIGO NAKO** é advogado em São Paulo, Consultor Jurídico do Terceiro Setor e Colaborador da Revista Filantropia.

O MAR REVOLTO CHAMADO CEBAS

Obtenção do certificado de entidade beneficente passa por instabilidades e requer atenção das organizações

Passadas todas as tempestades e turbulências advindas com a publicação da Lei 12.101/2009, cujo teor alterou de forma significativa as nuances legais para se obter o certificado de entidade beneficente e, conseqüentemente, para usufruir a isenção das contribuições sociais, pode-se dizer que, nos dias de hoje, o mar legislativo que rege essas entidades está passando por um período de pseudo calma.

Note-se, pseudo calma, uma vez que, desde a publicação do mencionado diploma legislativo, o cenário legal tem se mantido estável. Todavia, existem determinados fatos que causam grandes instabilidades no clima das entidades, dentre eles, a demora na apreciação desses pedidos, bem como demais exigências que extrapolam o período de vigência da mencionada lei, que, por sua vez, estão sendo utilizadas como fundamento para indeferimento dos pedidos de renovação/certificação originária.

Como visto, essa atual maré não tem sido benéfica às entidades; muito pelo contrário, tem se mostrado muito traiçoeira, pois, na verdade, ela vem causando grande insegurança jurídica, na medida em que os processos de renovação/certificação estão parados no meio desse vasto oceano há mais de três anos, e, sem qualquer aviso, a entidade pode ser surpreendida com uma agitação derivada de um indeferimento infundado e, posteriormente, com uma autuação fiscal, fato esse que deixará a entidade à deriva, ou pior, acarretará no naufrágio de toda a atividade desenvolvida.

Contudo, deixando de lado essas instabilidades, as quais, infelizmente, fazem parte da rotina das entidades que desafiam navegar nesse mar revolto chamado CEBAS, essa pseudo calma legislativa está com os dias contados.

Isso se deve ao fato de que, no dia 21 de agosto de 2013, foi apresentado, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 6.149/2013, de autoria dos deputados federais

Paulo Teixeira, João Dado, Aline Corrêa, Antonio Brito, Erika Kokay, Keiko Ota, Gabriel Chalita, Raimundo Gomes de Matos, Eduardo Barbosa e Paulo Ferreira. O teor do projeto promove alterações na Lei 12.101/2009 e, em ato contínuo, regula os procedimentos de isenção das contribuições para a seguridade social.

Não obstante a importância expressa nos dispositivos desse Projeto de Lei, os quais são capazes de causar uma tempestade de grandes proporções, a sua simples apresentação na Câmara dos Deputados não foi motivo de muita preocupação nas entidades, pois, como é de conhecimento, diante de toda burocracia que envolve o processo legislativo pátrio, até que essa tempestade atinja as entidades, as mesmas terão tempo de sobra para se preparar e tomar as medidas preventivas visando evitar qualquer prejuízo estrutural.

Mas, quando se opta por navegar no mar chamado CEBAS, nada nunca é tão tranquilo assim. Tal afirmação possui respaldo ante o fato de que, no último dia 3 de setembro, a redação expressa no mencionado Projeto de Lei foi incluída na Medida Provisória 620/2013, cujo processo é mais célere, sendo ela já aprovada nas duas casas do legislativo, dependendo apenas de sanção ou veto por parte da Presidente da República.

Com base nisso, certo é que a tempestade anunciada atingirá a entidade em um curto espaço de tempo, sendo salutar que sejam tecidas breves explicações sobre os principais dispositivos expressos nesta Medida Provisória, pois, somente assim, as entidades navegantes podem se precaver e minorar eventuais impactos negativos.

Fazendo-se uma leitura do teor desse dispositivo, as entidades terão que alterar consideravelmente o trajeto, vez que tal normativo traz em seu bojo grandes mudanças, ora determinando um percurso mais tranquilo, ora estabelecendo um percurso em águas mais revoltas e infestadas de tubarões, conforme quadro comparativo apresentado a seguir:

ÁREA DE ATUAÇÃO	Lei 12.101/2009	PRINCIPAIS ALTERAÇÕES MP 620/2013
Assistência Social	§ 1º As entidades de assistência social a que se refere o <i>caput</i> são aquelas que prestam, sem fins lucrativos, atendimento e assessoramento aos beneficiários, bem como as que atuam na defesa e garantia de seus direitos.	<p>i) Inclusão dos serviços com o objetivo de habilitação ou reabilitação de pessoa com deficiência e a promoção de sua inclusão na vida comunitária;</p> <p>ii) inclusão dos programas de aprendizagem de adolescentes, jovens ou pessoas com deficiência com a finalidade de inclusão ao mercado de trabalho;</p> <p>iii) inclusão dos serviços de acolhimento provisório de pessoas e de seus acompanhantes, durante o tratamento de doenças graves fora da localidade da residência, nos termos da LOAS.</p>
	Art. 13. Para os fins da concessão da certificação de que trata esta Lei, a entidade de educação deverá aplicar anualmente em gratuidade, na forma do § 1º, pelo menos 20% da receita anual efetivamente recebida nos termos da Lei 9.870, de 23 de novembro de 1999.	Não há percentual de Gratuidade.
Educação	III - oferecer bolsas de estudo nas seguintes proporções: a) no mínimo, uma bolsa de estudo integral para cada nove alunos pagantes da educação básica; b) bolsas parciais de 50%, quando necessário para o alcance do número mínimo exigido.	Educação Básica e Educação Superior (com PROUNI). 1 bolsa de estudo integral para cada 5 alunos pagantes e bolsas parciais de 50%, desde que seja oferecido, no mínimo, 1 bolsa integral para cada 9 alunos pagantes e, no caso da educação superior, que tenha ofertado Bolsas PROUNI não preenchidas.
		Educação Superior (sem PROUNI). 1 bolsa de estudo integral para cada 4 alunos pagantes e bolsas parciais de 50%, desde que seja oferecido, no mínimo, 1 bolsa integral para cada 9 alunos pagantes.
	§ 3º Complementarmente, para o cumprimento das proporções previstas no inciso III do § 1º, a entidade poderá contabilizar o montante destinado a ações assistenciais, bem como o ensino gratuito da educação básica em unidades específicas, programas de apoio a alunos bolsistas, tais como transporte, uniforme, material didático, além de outros, definidos em regulamento, até o montante de 25% da gratuidade prevista no <i>caput</i> .	Educação Básica e Educação Superior (com PROUNI). Substituição de até 25% por benefícios complementares concedidos aos alunos matriculados com renda <i>per capita</i> que não exceda 1 1/2.
		Educação Superior (sem PROUNI).
	Não há previsão.	Educação Superior (com PROUNI). Possibilidade de que as bolsas integrais e parciais de 50% concedidas na pós-graduação <i>stricto sensu</i> sejam aceitas para fins de cumprimento do critério de proporção previsto.
Não há previsão.	Educação Básica. Educação Superior (com PROUNI). Educação Superior (sem PROUNI). Em caso de indeferimento, as entidades educacionais poderão assinar, dentro de 30 dias após a publicação, termo de ajuste de gratuidade, devendo, nos três exercícios subsequentes, compensar o percentual não atingido com acréscimo de 20%.	

ÁREA DE ATUAÇÃO	Lei 12.101/2009	PRINCIPAIS ALTERAÇÕES MP 620/2013
Saúde	Não há previsão.	As entidades de saúde poderão comprovar a prestação de serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% através da adesão a programas e estratégias definidas pelo Ministério da Saúde, sendo, para tanto, adicionado 10% ao total de prestação dos serviços.
	Não há previsão	As entidades que não conseguirem cumprir o percentual mínimo de 60% de prestação de serviços ao SUS relativo ao exercício anterior deverão comprovar, com base nas internações, atendimentos ambulatoriais e nas ações prioritárias, o atingimento desse percentual durante todo o período de certificação, sendo admitido o cumprimento de, no mínimo, 50% em cada um dos anos do período de certificação.
	Não há previsão	Será admitida a certificação das entidades: i) reconhecidas como serviços de atenção em regime especial e transitório a pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de substância psicoativa; ii) que atuem exclusivamente na promoção da saúde sem exigência de contraprestação do usuário; iii) que prestam serviços de atenção em regime transitório, voltados para pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de drogas.
Demais Procedimentos	§ 1º O requerimento de renovação da certificação deverá ser protocolado com antecedência mínima de seis meses do termo final de sua validade.	i) o requerimento de certificação, para ser considerado tempestivo, deve ser protocolizado no decorrer dos 360 dias que antecedem o termo final da validade do certificado;
	Não há previsão.	ii) possibilidade de remuneração dos dirigentes não estatutários que tenham vínculo empregatício;
	Não há previsão.	iii) possibilidade de remuneração aos dirigentes estatutários, desde que seja inferior a 70% o limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo Federal;
	Não há previsão.	iv) os requerimentos de renovação tempestivos apresentados entre 30 de novembro de 2009 e 31 de dezembro 2011 terão prazo de validade de cinco anos;
	Não há previsão.	v) serão considerados tempestivos, desde que apresentados antes de seu termo final, os pedidos de renovação protocolizados entre o dia 30 de novembro de 2009 e a data de publicação da Medida Provisória.

CONCLUSÃO

Primeiramente, o próprio trabalho social desenvolvido pelas entidades beneficentes já é suficientemente turbulento, dados os desafios inerentes a essas atividades. Além das tempestades derivadas da opção por percorrer os mares da qualificação como entidade beneficente de assistência social, convém aduzir que a navegação e o trajeto até o objetivo final serão sempre muito mais tensos e complexos.

E, com a Medida Provisória 620/2013, essa navegação não será diferente, já que ela veio para acabar com a calmia legislativa que estava imperando — a qual também causava preocupação nas entidades —, bem como para gerar uma certa agitação no mar do CEBAS.

Como visto, essa oscilação, exceto para as entidades que atuam na área educacional, uma vez que estas terão

de aumentar as bolsas em quase 50%, não veio para causar grandes desavenças às entidades; muito pelo contrário, a maioria dos dispositivos é benéfica, pois, apesar de deixar o mar revolto, trouxe boas correntes e bons ventos que seguem alinhados com o destino final de nossa embarcação.

Com base nisso, como diz aquele velho jargão, “*não se faz um bom marinheiro em águas calmas*”, temos a certeza de que, apesar de todas as dificuldades enfrentadas no trajeto, a nau das entidades será capaz de superar todas as tempestades e turbulências existentes, e, tendo como norte absoluto as novas nuances legais, quando alinhada à nova rota a ser percorrida, todos aqueles que trabalham em prol do Terceiro Setor subirão suas velas e, de forma muito habilidosa, continuarão navegando rumo a um Brasil melhor para todos. 🚢

G

LEGISLAÇÃO



◀ **MARCOS BIASIOLI** é advogado em São Paulo, consultor jurídico do Terceiro Setor, titular da M.Biasioli Advogados, idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.



◀ **RODRIGO NAKO** é advogado em São Paulo, consultor jurídico do Terceiro Setor e colaborador da Revista Filantropia.



REFIS DA CRISE

As consequências jurídicas da adesão ao “REFIS da crise” pelas entidades beneficentes

Não é surpresa para ninguém que o Brasil é considerado um dos países que possuem a maior carga tributária do planeta e, nos últimos anos, vem batendo sistematicamente os recordes de arrecadação, ou seja, mais de R\$ 1,5 trilhão ao ano. O Instituto Brasileiro de Planejamento e Desenvolvimento (IBPT) divulgou em recente estudo que dos países que compõem os BRICs (Brasil, Rússia, China, Índia e África do Sul), a nossa carga tributária em relação

ao PIB é de mais de 36%; na Rússia é de 23%; na China, de 20%; na Índia, de 13%; e na África do Sul, de 18%, mas, infelizmente, todo esse volume monetário não resulta na melhora proporcional dos serviços públicos prestados pelo Estado aos seus cidadãos.

Diferentemente da arrecadação pública, mesmo às vésperas da eufórica Copa do Mundo, o nosso país não está tão próspero. Uma vez que o nível de crescimento da economia de 2013 foi píffio,

as expectativas para 2014 não são as melhores, e seguramente ficaremos atrás das principais economias das Américas. Segundo o Balanço Preliminar das Economias da América Latina e do Caribe, a economia brasileira deve crescer 2,6% neste ano, enquanto a América Latina e o Caribe devem ter um crescimento médio estimado em 3,2%.

Além de tais fatos macroeconômicos, é fácil identificar que os serviços públicos oferecidos à população não são adequados, especialmente aqueles relacionados com a assistência social, a saúde e a educação, sendo que as entidades beneficentes, cada vez mais, firmam-se na condição de balaústre do Estado, já que exercem o papel público na promoção social, cuja contrapartida econômica pouco passa dos benefícios fiscais derivados da imunidade e/ou isenção.

O ente social que exerce o papel do Estado, via de regra, peregrina por recursos públicos visando o seu equilíbrio orçamentário, pois nem sempre a pobreza seduz o capitalismo a ponto de sensibilizar mãos caridosas. Porém, como a escassez do próximo não tem fim, recursos mais saem do que entram no seu caixa, o que torna sua saúde econômica vulnerável, acarretando a mora fiscal em decorrência de alguma anomalia legal.

A Lei nº 11.941/2009, editada ao *crash* de 2008, trouxe um alento aos contribuintes, entre eles, às entidades sociais, com relação à mora fiscal, visto que oportunizou o seu parcelamento em até 180 parcelas. Tal ação foi denominada REFIS da crise. Contudo, o prazo para adesão expirou, e recentemente foi editada a Lei nº 12.865/2013, que prorrogou tal prazo para nova adesão até 31 de dezembro de 2013. Muitas instituições sociais que estão em queda de braço judicial e/ou administrativa com o Estado resolveram aderir ao referido programa, como sendo a salvação da lavoura.

A eufórica adesão, em certos casos, atropelou algumas premissas básicas às quais os entes sociais, a exemplo dos demais contribuintes, deveriam ter prestado atenção antes de formalizarem a opção, tais como: (i) o lançamento fiscal foi feito em atenção ao Princípio da Legalidade? (ii) quais as consequências jurídicas dessa adesão? (iii) O artigo 5º da Lei 11.941/2009 determina que a opção pelo parcelamento importa confissão é irrevogável e irretroatável? (iv) Há como discutir as condições estabelecidas?

O principal ponto dos questionamentos é aquele relacionado aos efeitos da confissão. A matéria não possui voz unânime no Judiciário, pois alguns Tribunais entendem que ela possui caráter irretroatável, e, diante disso, implica a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação. Este fato resulta na extinção de eventuais questionamentos judiciais com julgamento de mérito, bem como na impossibilidade de ajuizamento de uma ação que possua qualquer relação com os débitos inseridos no

Processual civil, tributário. Embargos à execução fiscal. Ausência da memória discriminada dos cálculos. nulidade da cda. Inexistência. Imunidade tributária. Existência de coisa julgada. Denúncia espontânea. Não configuração. parcelamento do débito. Confissão irretroatável da dívida. Renúncia ao direito sobre o qual se funda ação. (...)

4. A adesão da recorrente ao parcelamento do débito (PAES E PAEX) caracteriza a confissão da dívida e, portanto, a renúncia ao direito sobre que se funda a ação.

5. *Apelação improvida*¹.

parcelamento, conforme pode ser auferido pela decisão de lacra do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região:

De forma contrária, há uma corrente jurisprudencial adotada por outros que afirma que a confissão de dívida, acompanhada de adesão ao parcelamento relativa à exigência considerada inconstitucional, não incidência, isenção ou erro quanto ao fato, não deve prevalecer ante à ausência de fundamentação válida. Afirma também que tal confissão não impede a sua discussão em juízo, inclusive com questionamento relacionado à repetição do indébito, na medida em que o recolhimento de tributo somente é devido em razão de lei, pois a confissão refere-se apenas ao fato do inadimplemento e não estende qualquer efeito com relação à imutabilidade do valor

“A confissão de dívida tributária não impede a sua discussão em juízo, fundada na inconstitucionalidade, não-incidência ou isenção do tributo ou em erro quanto ao fato. *Se é fato que, lavrado o respectivo termo, este adquire força de lei entre as partes, igualmente verdadeiro é dizer-se que se trata de ato administrativo vinculado (cuja validade depende do cumprimento dos ditames legais a que está sujeito), e a irretroatabilidade de que se reveste não se sobrepõe ao direito do contribuinte de ver-se corretamente cobrado, e, menos, ainda, à garantia constitucional de tutela jurisdicional de lesão ou ameaça a direito.* A obrigação tributária decorre de lei, e a confissão do contribuinte diz respeito tão-somente ao fato do inadimplemento, do que denota não importar, a concordância inicial do contribuinte com o valor do débito apurado pelo Fisco, na imutabilidade deste, pois que, ao credor, não se reconhece o direito de cobrar mais do que é efetivamente devido, por força de lei.”

(TRF da 4.ª R, 1.ª T, AC 2000.04.01077132-3/RS, Rel. Des. Fed. Vivian Josete Pantaleão Caminha, j. em 26/10/2005, DJ de 23/11/2005, p. 882)

“a confissão de dívida não é irreversível e elisiva do direito de repetição do indébito, pois o recolhimento de tributo somente é devido em razão de lei”

(TRF da 5.ª R, 1.ª T, AC 105.131/AL, Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde, j. em 1.º/10/1998, DJ de 16/4/1999, p. 563).

¹Acórdão - AC485342/SE (24/09/2010) Origem: Tribunal Regional Federal - 5ª Região - Classe: Apelação Cível - AC485342/SE, Número do Processo: 200985000009710, Código do Documento: 240594, Data do Julgamento: 16/09/2010 Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator: Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo.

do débito apurado pelo Fisco, vez que, ao credor, não é permitida a cobrança de quantia superior ao que é efetivamente devido:

Diante dessas divergências dos tribunais, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido pela flexibilização dos efeitos desta confissão, pois, conforme entendimento dos ministros, a confissão de dívidas para fins de parcelamento dos débitos tributários não impede sua posterior discussão judicial quanto aos aspectos jurídicos e fáticos. Em homenagem ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, ora consagrada na Constituição Federal a renúncia aos direitos em que se funda a ação derivada da confissão irretroatável não possui força de, por si só, extinguir o processo com julgamento de

Tributário. Repetição do indébito. Parcelamento. Confissão de dívida. Discussão judicial. Possibilidade.

1. A confissão de dívida para fins de parcelamento dos débitos tributários não impede sua posterior discussão judicial quanto aos aspectos jurídicos. Os fatos, todavia, somente poderão ser reapreciados se ficar comprovado vício que acarrete a nulidade do ato jurídico.

2. *Posição consolidada no julgamento do Resp 1.133.027-SP, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. para o acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 13.10.2010, pendente de publicação, submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.*

3. *Agravo regimental não provido.*
(AgRg no Resp 1202871 / RJ - 2010/0135906-0 - Ministro CASTRO MEIRA (1125) - T2 - SEGUNDA TURMA - DJ 01/03/2011

mérito, o que somente poderá ocorrer por meio de petição protocolizada pelo interessado:

Tendo como norte o exposto, toda a confusão causada pelo Estado devido à sua má administração, quer seja em não dar o devido destino aos valores arrecadados para prestação dos serviços públicos essenciais, bem como na ineficiência para fiscalização/regulamentação da atuação das entidades beneficentes e definição dos critérios para usufruir a imunidade/isenção tributária, tem causado diversos prejuízos, não apenas para os cidadãos, mas também às próprias entidades beneficentes. Isso porque como o cenário atual reflete uma grande insegurança jurídica, tais entidades estão optando por aderir ao parcelamento sem uma análise apurada de questões que versem sobre a legalidade quanto aos aspectos jurídicos do lançamento fiscal.

Como consequência dessa adesão, além dos gastos decorrentes de sua atuação em auxílio ao Estado para prestação de serviços de caráter público disponibilizados à população carente, a entidade, de certa forma, anuirá com eventuais irregularidades cometidas pelo Fisco quando realizado o

lançamento fiscal e, com isso, deverá pagar um tributo objeto de cobrança irregular.

Como visto, ciente de toda essa situação, o Superior Tribunal de Justiça tem exarado decisões que, mesmo diante da adesão ao parcelamento, autorizem a discussão judicial de eventuais ilegalidades existentes no lançamento fiscal, bem como ajuizamento de ações visando à devolução dos valores indevidamente pagos. Além disso, ficou decidido que tal adesão não deve implicar, de forma automática, a extinção do processo judicial com julgamento de mérito.

Muito embora tal segurança jurídica amenize o risco da perda definitiva do valor objeto do parcelamento, é necessário também sublinhar que não basta: (i) ter o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS); (ii) possuir a situação tributária regularizada com o parcelamento – pois a adesão sempre diz respeito a um período pretérito, sendo que cabe analisar o período subsequente imediato, manejando providências proativas para que ele também não seja objeto de lançamento futuro, senão a alegria durará pouco! 📄



G

LEGISLAÇÃO



◀ **MARCOS BIASIOLI** é advogado em São Paulo, consultor jurídico do Terceiro Setor, titular da M.Biasioli Advogados, idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.



◀ **RODRIGO NAKO** é advogado em São Paulo, Consultor Jurídico do Terceiro Setor e Colaborador da Revista Filantropia.



MUDANÇAS DAS REGRAS TRIBUTÁRIAS DO TERCEIRO SETOR

Visando assegurar maior eficácia ao Estado Democrático de Direito, o qual possui como um dos pontos basilares o respeito a determinadas garantias individuais, especialmente o Princípio da Dignidade Humana, o Brasil se valeu da teoria da separação dos poderes idealizada por Montesquieu, sendo, para tanto, criados três poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, que, por sua vez, devem atuar de forma independente e harmônica entre si, cada um dentro de suas limitações legais impostas pela Constituição Federal. ▶

G

LEGISLAÇÃO

Além destes mecanismos positivados pela Carta Política, a legislação pátria fez questão de deixar expresso que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como que a seguridade social tem por objetivo garantir os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, mediante o seu financiamento por toda a sociedade, de forma direta e indireta, através do pagamento das contribuições sociais. A par disso, o Ministério da Previdência Social tem divulgado que a arrecadação referente ao exercício de 2013 superou a cifra de R\$ 250 bilhões de reais.

Contudo, não obstante o alto valor arrecadado, mas considerando a existência de aproximadamente 24 milhões de aposentados e pensionistas, 20 milhões de brasileiros que vivem abaixo da linha da pobreza, bem como diante do aumento dos atendimentos ao SUS – no ano de 2013 superou 3,7 bilhões de procedimentos ambulatoriais, 531 milhões de consultas médicas e 11 milhões de internações –, a quantia arrecadada tem se mostrado insuficiente para suprir tamanha demanda.

Para completar tal desencaixe, a Administração Pública precisa repassar a conta. Como ela só tem um cliente – nós, os brasileiros –, a saída é aumentar a carga tributária e, por consequência, a arrecadação. Por isso é que pagamos, segundo o Impostômetro Brasil, R\$ 56 mil de impostos por segundo, e mesmo assim ainda falta caixa, pois a corrosão da máquina estatal é voraz. Isso pode ser resultado dos investimentos sem amplo planejamento, tal como do episódio Pasadena havido

pela Petrobras, da alta dos juros pagos para financiar a dívida pública interna e conter a inflação, da Copa do Mundo, que já custou cerca de R\$ 10 bilhões aos brasileiros, ou seja, praticamente R\$ 1,25 bilhão – e tantos outros despautérios com o dinheiro do cidadão brasileiro.

No entanto, não seria justo entregar esta conta aos entes sociais, que são a extensão do Estado, não para ajudar na ganância, mas sim para minorar as chagas das desigualdades, de modo que tal fato motivou o legislador constitucional a disciplinar sobre a imunidade das contribuições sociais destinadas a eles.

Não obstante a clareza quanto à intenção do legislador constituinte em conceder a imunidade das contribuições sociais às entidades beneficentes, a Administração Pública, muitas vezes, ao analisar os pedidos administrativos formalizados, acabam por não reconhecer o direito constitucional, valendo-se de fundamentos legais inaplicáveis ao caso ou, ainda, interpretando de forma diversa a real finalidade da norma. Exatamente dentro deste escopo está inserida a importância do Estado Democrático de Direito e da Teoria da Separação dos Poderes, pois tais institutos garantem às entidades beneficentes o direito de recorrer ao Poder Judiciário para obtenção de uma solução justa para esta controvérsia.

É nesta linha que o Poder Judiciário vem se posicionando quanto ao reconhecimento da imunidade das contribuições sociais às entidades sociais, pois, do contrário, estariam sendo violados os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Vejamos, então, o que merece destaque quanto ao novo tratamento tributário do Terceiro Setor, a partir das decisões do Judiciário.

PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS)

Inicialmente, não obstante o entendimento firmado pelos Tribunais Pátrios acerca da necessidade de obtenção da qualificação como entidade beneficente de assistência social para usufruir a imunidade tributária, um tema que tem gerado controvérsias reside na extensão desta limitação ao poder de tributar quanto à contribuição destinada ao Programa de Integração Social (PIS), ora incidente sobre a folha de pagamento e/ou faturamento das entidades beneficentes.

Para fins didáticos, tal contribuição tem como sujeito passivo as pessoas jurídicas de direito privado e as que lhe são equiparadas pela legislação do Imposto de Renda, inclusive empresas prestadoras de serviços, empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, excluídas as microempresas e as empresas de pequeno porte submetidas ao Simples Nacional (Lei Complementar nº 123/2006).



Independentemente de tamanha clareza de que tal tributo está inserido no campo da seguridade social prestado pelo Poder Público, conforme redação do §7º do artigo 195 da Constituição Federal, consta que a matéria pendia de regulamentação por lei. Assim, travava-se uma discussão sobre que tipo de lei seria legítima para abarcar tal competência, ou seja, lei ordinária ou complementar. Dada a discussão, o assunto galgou status de Repercussão Geral pela Suprema Corte, ante o volume do questionamento judicial associado ao interesse múltiplo da decisão. Diante disso, restou então reconhecida a dita repercussão pelo STF.

Todavia, em sessão plenária realizada no dia 13 de fevereiro de 2014, que julgou o Recurso Extraordinário 636.941, os ministros acabaram com esta controvérsia, uma vez que restou reconhecido o direito das entidades beneficentes à imunidade do PIS ante o fundamento de que os requisitos necessários para o gozo desta benesse já estavam devidamente regulamentados pelo artigo 55 da Lei nº 8.212/91. Uma vez atendidos os seus requisitos, em especial a comprovação da qualificação como entidade beneficente de assistência social, a concessão da imunidade do PIS é medida que se impõe.

Trazendo esta decisão para a atualidade, sabe-se que, em meados do mês de novembro de 2009, o artigo 55 da Lei nº 8.212/91 foi revogado pela Lei nº 12.101/2009, dispositivo que trouxe à baila novas condições, ora disciplinadas no artigo 29, a serem observadas pelas entidades beneficentes. Assim, uma vez atendidos todos estes requisitos, a entidade qualificada como beneficente de assistência social pode usufruir da imunidade do PIS.

CONTRIBUIÇÕES A TERCEIROS

A exemplo da discussão demonstrada, existia outro ponto que também vinha gerando discussões junto ao Supremo Tribunal Federal: se as contribuições destinadas a terceiros (SESC/SENAC, SEST/SENAT, SESI/SENAC E INCRA) também estão albergadas pela imunidade das Contribuições Sociais.

Diferentemente do posicionamento favorável exarado com relação à imunidade do PIS, o mencionado Tribunal, quando do julgamento do ARE 744723, entendeu que o benefício constitucional alberga as contribuições a cargo da entidade que revertem à seguridade social, e, diante disso, no caso das contribuições sociais destinadas a terceiros, quem realmente paga este tributo é o trabalhador, sendo de responsabilidade das entidades apenas promover o desconto e o repasse ao INSS. Além disso, afirmou que estas contribuições possuem respaldo no artigo 240 da

É sabido que o custo para se manter uma organização no Brasil, se computados os custos indiretos, via de regra, é mais caro do que oferecer a operação social à tributação. No entanto, cidadania não é simplesmente gerar o fato tributário e acreditar que ele seja revertido ao cidadão, mas sim empregar os seus frutos diretamente a ele

Constituição Federal e, como tal, estão fora do campo de atuação da seguridade social prestada pelo Poder Público. Estas razões obrigam que as entidades beneficentes promovam o devido recolhimento deste tributo.

No entanto, as decisões provindas do STF ainda não são uniformes, uma vez que foram exaradas de forma monocrática pelos ministros Joaquim Barbosa e Rosa Weber. Porém, representam sinais de tendência, o que põe as entidades em rota de alerta no sentido de mudarem a conduta quanto ao recolhimento de tal exação fiscal, ou, ao menos, que façam uma segura provisão econômica e de ordem contábil, evitando mora futura e ameaça ao seu reconhecimento como entidade beneficente, e, por supedâneo, exponha o seu status de imune aos demais tributos já abarcados por lei, uma vez que a mora pública impede o reconhecimento e interrompe o benefício de usufruir ao não recolhimento dos tributos.

Com base nos fundamentos expostos, é necessário concluir que tanto o Estado Democrático de Direito quanto a Teoria da Separação dos poderes são indispensáveis para garantir a aplicação prática dos objetivos principais da República Federativa do Brasil, na medida em que, por intermédio destes mecanismos, a Administração Pública ou as entidades beneficentes que se sentirem prejudicadas podem se socorrer ao Judiciário para obtenção de uma justa tutela. A decisão deve ser pautada na proteção e na garantia quanto à aplicação prática da real intenção do legislador constituinte, ou seja, que as entidades beneficentes que realmente contribuem com o financiamento da seguridade social sejam imunes/isentas das contribuições sociais. Este fato propiciará a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Por fim, é sabido que o custo para se manter uma organização no Brasil, se computados os custos indiretos, via de regra, é mais caro do que oferecer a operação social à tributação. No entanto, cidadania não é simplesmente gerar o fato tributário e acreditar que ele seja revertido ao cidadão, mas sim empregar os seus frutos diretamente a ele. 📌



◀ **MARCOS BIASIOLI** é advogado em São Paulo, consultor jurídico do Terceiro Setor, titular da M.Biasioli Advogados, idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.



◀ **RODRIGO NAKO** é advogado em São Paulo, Consultor Jurídico do Terceiro Setor e Colaborador da Revista Filantropia.

FILANTROPIA E FUTEBOL

Duas paixões nacionais

Durante a Copa do Mundo de 2006, o atacante francês Thierry Henry ironizou os brasileiros dizendo: “É difícil definir os jogadores do Brasil, pois eles já nascem com a bola nos pés. Por outro lado, quando eu era criança, precisava estudar das 7h às 17h. Pedia ao meu pai para jogar bola, e ele dizia que antes vinham os estudos. Já eles (brasileiros) jogam futebol das 8h às 18h”. Noutras palavras, o jogador francês quis dizer que o brasileiro, em vez de ir para a escola, prefere jogar bola.

À primeira vista, nós brasileiros nos sentimos ofendidos pelo francês, porém, a verdade dói, haja vista que o Brasil possui mais de 14 milhões de adultos analfabetos, perdendo apenas para Índia, China, Paquistão, Bangladesh, Nigéria, Etiópia e Egito, segundo a UNESCO. Talvez o futebol não tenha sido o único vilão de tal estatística, mas certamente ele teve uma acentuada participação, pois, cá entre nós, jogar uma pelada com os amigos é muito prazeroso do que ficar sentado e escutar o professor falar.

Dada a dimensão territorial e do contingente de quase 200 milhões de brasileiros, é certo que o Estado, sozinho, não possui todas as ferramentas para persuadir o jovem e até mesmo o adulto a frequentar as aulas, de modo que aí entram em campo as organizações não governamentais, que fazem do

aprendizado uma brincadeira, atraindo mais e mais jovens para o seu acervo de transformação.

As mãos silenciosas de tais organismos sociais estão mudando o Brasil, tratando dos doentes, através dos hospitais filantrópicos, erradicando a fome, por meio de projetos de política pública social, reduzindo o analfabetismo, educando àqueles que não podem pagar, mediante a concessão de bolsas de estudos, e muito mais.

No entanto, no Brasil, o futebol tem prioridade à filantropia. Basta ver a dinheirama pública que foi canalizada para a construção de estádios de futebol e seus afluentes, cujo montante pode chegar a R\$ 34 bilhões, segundo o Ministério dos Esportes.

Não obstante o otimismo do governo de que os frutos serão maiores que os ônus, uma aritmética simples pode revelar o quanto o Brasil poderia avançar se traduzisse todo este recurso nas necessidades maiores do Brasil, tais como moradia, alimento, educação e saúde.

Enfim, pode, então, faltar dinheiro à política pública de assistência social, mesmo sabendo que das zonas mais pobres é que saem os candidatos a heróis do futebol brasileiro. Porém, riqueza mesmo na filantropia, somente se vê nas normas e regulações:

Valor investido na Copa R\$ 34.000.000.000,00	Preço do m² da moradia popular¹	Custo de uma moradia de 50 m²	Quantidade de moradias com o valor investido na Copa
	R\$ 877,19	R\$ 43.859,50	775.202
	Preço médio anual de um aluno no ensino básico	Quantidade média de alunos numa sala de aula	Quantidade de alunos que poderiam ser financiados
	R\$ 3.600,00	25	9.444.000
	Valor médio da Cesta Básica	Estado – valor de referência	Quantidade de pessoas que seriam beneficiadas
	R\$ 350,00	São Paulo	97.142.857
Valor médio para se construir e equipar um Hospital	Quantidade de leitos	Quantidade total de leitos com o \$ da Copa	
R\$ 21.000.000,00	100	162.000	

¹ FONTE IBGE.

Decreto 7.237/2010	Decreto 8.242/2014
<p>§ 3o As ações previstas nos Capítulos II, III e IV deste Título poderão ser executadas por meio de parcerias entre entidades privadas, sem fins lucrativos, que atuem nas áreas previstas no art. 1o, firmadas mediante ajustes ou instrumentos de colaboração, que prevejam a corresponsabilidade das partes na prestação dos serviços em conformidade com a Lei no 12.101, de 2009, e disponham sobre:</p>	<p>Não disposto no mencionado Decreto</p>
<p>§ 2o A atividade econômica principal, constante do CNPJ, deverá corresponder ao principal objeto de atuação da entidade, verificado nas demonstrações contábeis e, caso necessário, nos seus atos constitutivos e relatório de atividades.</p>	<p>§ 1o A atividade econômica principal constante do CNPJ deverá corresponder ao principal objeto de atuação da entidade, verificado nos documentos apresentados nos termos do art. 3o, sendo preponderante a área na qual a entidade realiza a maior parte de suas despesas.</p>
<p>§ 2o Os requerimentos com documentação incompleta poderão ser complementados em única diligência a ser realizada no prazo máximo de trinta dias contados da data da notificação da entidade interessada, desde que, em se tratando de renovação, a complementação ocorra, no máximo, dentro dos seis meses a que se refere o § 1º do art. 24 da Lei nº 12.101, de 2009. (Redação dada pelo Decreto nº 7.300, de 2010)</p>	<p>§ 2o Para fins de complementação de documentação, será permitida uma única diligência por cada Ministério, considerando a área de atuação da entidade, a ser por ela atendida no prazo de trinta dias, contado da data da notificação e prorrogável uma vez, por igual período.</p>
Recurso - Indeferimento	
<p>Não disposto no Decreto anterior</p>	<p>§ 6o O disposto no caput não impede o lançamento do crédito tributário correspondente.</p>
<p>Não disposto no Decreto anterior</p>	<p>§ 7o Se o lançamento a que se refere o § 6o for impugnado em razão de questionamentos sobre os requisitos de certificação, a autoridade julgadora da impugnação aguardará o julgamento do recurso de que trata o caput, e o crédito tributário permanecerá suspenso nesse período.</p>
Saúde	
<p>Parágrafo único. Consideram-se entidades beneficentes de assistência social na área de saúde aquelas que atuem diretamente na promoção, prevenção e atenção à saúde.</p>	<p>Parágrafo único. Consideram-se entidades beneficentes de assistência social na área de saúde aquelas que atuem diretamente na atenção à saúde.</p>
Educação	
<p>Não disposto no Decreto anterior</p>	<p>§ 4o As bolsas de pós-graduação stricto sensu poderão integrar o percentual de acréscimo de compensação de vinte por cento, desde que se refiram a áreas de formação definidas pelo Ministério da Educação.</p>
<p>Não disposto no Decreto anterior</p>	<p>Art. 31. O Ministério da Educação estabelecerá as definições necessárias ao cumprimento das proporções de bolsas de estudo, benefícios complementares e projetos e atividades para a garantia da educação básica em tempo integral, previstas nos arts. 13, 13-A e 13-B da Lei nº 12.101, de 2009.</p>
Assistência Social	
<p>§ 4o Para ter direito à certificação, a entidade de assistência social deverá estar vinculada ao SUAS há, pelo menos, sessenta dias.</p>	<p>Art. 40. A comprovação do vínculo da entidade de assistência social ao SUAS, conforme o §1º do art. 6º-B da Lei nº 8.742, de 1993, é condição suficiente para a obtenção da certificação.</p>
Disposições Transitórias	
<p>Não disposto no Decreto anterior</p>	<p>§ 1o Caso a renovação de que trata o caput tenha sido requerida antes dos trezentos e sessenta dias que antecedem o termo final de validade da certificação, as entidades serão comunicadas pelos respectivos Ministérios certificadores para apresentação de novo requerimento instruído com documentos atualizados, garantido o prazo mínimo de sessenta dias anteriores ao termo final da validade da certificação para apresentação do novo requerimento.</p>



◀ **MARCOS BIASIOLI** é advogado em São Paulo, consultor jurídico do Terceiro Setor, titular da M.Biasioli Advogados, idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.



◀ **RODRIGO PINHEIRO NAKO** é advogado integrante da M.Biasioli Advogados e colunista da Revista Filantropia.

O CAPITALISMO E O FIM DA ESCOLA RELIGIOSA

Diz a história que o padre espanhol jesuíta José de Anchieta, ao chegar ao Brasil, nos idos do século 16, teve como primeira missão a catequização indígena, a partir da uniformização dos dialetos dos índios tupis e guaranis, vindo a fundar, por ordem do também jesuíta Padre Manuel da Nóbrega, o Colégio São Paulo de Piratininga (1554), que possuía com maior objetivo levar aos índios os princípios do Cristianismo.

No mesmo diapasão de tal doutrina, muitos foram os representantes de organizações religiosas que desembarcaram no Brasil para imprimir iguais caminhos aos brasileiros, ou seja, a evangelização e a promoção humana por meio da educação. Citamos, entre eles, os franciscanos. Aliás, a história também indica que eles chegaram antes do Padre Anchieta, e com Pedro Álvares Cabral (1500), quando descobriu o Brasil; os beneditinos (1584); os capuchinhos (1612); os agostinianos (1693); os salesianos (1883) com as Filhas de Maria Auxiliadora e tantos outros que há séculos têm os mesmos propósitos.

Não obstante a forte contribuição das religiosas, que protagonizaram a educação no mundo e, em especial, no Brasil, a alfabetização, se comparada com a da Europa Ocidental e do Japão, países que no início do século 20 já possuíam a maioria de sua população alfabetizada, está muito aquém de qualquer modelo, pois temos algo próximo de 15 milhões de brasileiros analfabetos, ou seja, cerca de 8,7% da população, segundo a última pesquisa divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Tal dado coloca o Brasil na oitava posição do ranking mundial dos países que mais possuem analfabetos no mundo, segundo a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).

Ocorre que dentro desse cenário o mais preocupante é que a escola fundada e dirigida por religiosos, independentemente da eleição de seu carisma (cristianismo, protestantismo, judaísmo, islamismo e outros), está infelizmente se dissuadindo, mesmo diante do fato de sempre ter agregado um diferencial na formação humana, ou seja, o sentido de que a vida não está jungida apenas à matéria, formada por bens e ambições efêmeras, mas também ao espírito unigênito, que é eterno.

Os motivos, então, que estão levando à derrocada de muitas escolas derivadas das congregações religiosas não são poucos, porém nos arriscamos a elencar alguns que temos testemunhado.

G

LEGISLAÇÃO



TRADIÇÃO

Estudar em escolas religiosas, num passado não muito longínquo, era sinônimo de qualidade e, a partir disso, de *status*, pois dali saíam os alunos mais aptos a enfrentar os desafios da vida, em face da sólida base da educação e da sua formação humana.

O método primário empregado, via de regra, pelas escolas religiosas era, e muito provavelmente, para muitas, ainda é, o culto do amor ao próximo, às suas origens, ao seu país e a tudo que lhe fora concebido. Em meio à grade educacional obrigatória, era rotina se deparar com disciplinas inusitadas, tais como: o ensino religioso, a moral e cívica, a música gregoriana, entre outras.

Era flagrante o emprego de uma rotina acadêmica visando doutrinar o respeito. Destacamos algumas delas: (i) levantar-se quando o “mestre” entrava; (ii) ficar em silêncio quando o mestre escrevia no quadro-negro; (iii) cantar o hino nacional ao ver o hastear da bandeira; (iv) agradecer a Deus pela merenda; (v) rezar diariamente; (v) acatar sem contestar as correções; e tantas outras.

Enfim, a escola religiosa primava, e seguramente prima até hoje, por condutas de valores diferentes de muitas escolas laicas, mas nem todos os jovens e pais enxergam tal método como importante na formação, e acabam por buscar uma proposta menos ortodoxa e mais “moderna”, menos “carente”.

Muita embora haja escolas laicas que são referência e modelos de formação acadêmica e humana, é necessário assinalar algo que não é novidade: muitas escolas por aí enxergam na

formação algo secundário, pois o produto é o aluno. Por lá, o mestre virou tia; o pai, a maior autoridade; a disciplina é apenas um detalhe; a solidariedade virou competição; a reunião da associação de pais e mestres (APM) agora é associação de tias e babás (ATB). O giz deu lugar à tecnologia, que trouxe consigo os jovens da geração “i” — iPad, iPhone, iTunes, iCloud e outros. Quem não entra nela também fica na geração “i”, mas de “(i)gnorante”.

Enfim, a religiosa, ainda que aprimorada, continuou apostando muito mais na sua tradição e, por consequência, em alguns dos seus valorosos, porém veteranos métodos; hoje, amargam a evasão do aluno, ora endossada pelos pais, que vislumbram a escola liberal como “mais transada”, “sacudida” e “inovadora”. Esta, por sua vez, ataca no marketing, assedia o docente com melhor oferta de salários, é mais célere no planejamento estratégico, investe mais no entretenimento do parque educacional, promove intercâmbio, eventos esportivos de alta exposição e muitas outras técnicas de maior sedução.

Assim, enquanto a escola religiosa apara as arestas para se manter em pé, a laica protraí a atenção de investidores e de fundos econômicos que identificam no aluno um produto interminável, muito diferente da tradicional menina dos olhos dos capitalistas: as *commodities*, que são finitas. Tanto é verdade que no país de 15 milhões de analfabetos existe a maior empresa de educação do mundo, com 1,5 milhão de alunos.

Enfim, sem adentrar ao mérito acerca de qual escola agregará maior valor ao jovem de hoje, que será o adulto do amanhã, é certo que a religiosa está sendo nocauteada pela escola laica no quesito “fidelização do alunado”, e que a tradição virou traição.

BOLSA DE ESTUDO

A filosofia e o carisma da escola religiosa, entre outros, têm por base pregar o evangelho educando e transformando pessoas, visando arraigar o legado de Jesus, de “amar ao próximo como a ti mesmo”. Nesse ponto, a concessão da bolsa de estudo a quem dela necessita passou a fazer parte do seu DNA, pois do contrário seria mero proselitismo.

No entanto, como a necessidade é prima da oportunidade, muitos se aproveitam do coração alado das religiosas para estudar às custas da escola, sob o discurso do orçamento raquítico familiar.

Relevando que a escola religiosa integra, na sua grande maioria, o rol das entidades beneficentes que possuem o véu da imunidade tributária, cuja contrapartida é a entrega de bolsas de estudos (uma para cada cinco pagantes — vide Lei nº 12.101/09), uniu-se o útil com o agradável, então, “fazer o bem com a ajuda do Estado, que mal tem?”.

Em princípio, tudo parece ideal, a missão e a obrigação, lado a lado, porém o custo da bolsa muitas vezes acaba invariavelmente criando uma verdadeira vala nos cofres da instituição, e aquela aparente comunhão de valores e interesses se transforma numa irmã siamesa, cuja separação é quase que impossível.

O que denigre o orçamento da religiosa não é a bolsa de estudo, mas sim o critério incontido dos religiosos, que pela sua bondade infinita fazem a partilha a muitos pedintes transvestidos de pessoas carentes, ou aos seus caronistas. Isso custa caro e corrói, no decorrer dos tempos, as reservas da escola. Assim, haja oração para suprir tamanha obrigação!

É medida de rigor, então, equilibrar a emoção, evitando que a religião fique isolada da razão, e ceifar os aspirantes a pobre quando o assunto é educação.

CAPACIDADE OCIOSA

São crescentes as diversas classes profissionais: engenheiros, advogados, médicos, marceneiros, pedreiros e tantas outras. No entanto, tal fenômeno visita a via transversa quando o assunto são os apostolados à vida consagrada, pois a vida liberal é mais sedutora e a disciplina é flexível.

A par de tal fato, a população que vive a serviço do carisma religioso está minorando, pois os escolhidos estão envelhecendo e a renovação não está em velocidade compatível, de modo que os leigos estão sendo contratados para contribuir para a missão da Igreja, dirigindo escolas e coordenando projetos. Exceção feita àqueles que lucram com a palavra da fé, cuja ascendência é notória.

Ocorre que com esse fenômeno os religiosos estão desencorajados de multiplicar as suas obras, dada a necessidade até mesmo de mantê-las ante a falta de mão de obra que comungue



com os mesmos propósitos da missão. Assim, não é exagero nos depararmos com agigantadas construções seculares (com baixa ocupação educacional e até mesmo com determinados sinais de abandono) que estão sob o seu domínio.

Contudo, a tradição das escolas religiosas vira empecilho para novos horizontes, tais como a fusão e/ou incorporação com outra instituição, ainda que seja do mesmo carisma.

Até mesmo a locação dos espaços ociosos é obstada ante o temor da contaminação da idoneidade e do carisma da escola. Todavia, o custo se eleva e quem banca sozinha é a organização religiosa, que já sofre com a evasão e com a política de bolsa de estudos.

Abriu um curso universitário, diversificar a fonte de renda e focar o superávit para manter viva a chama da educação de valores, porém de forma competitiva, também são arestas difíceis de digerir, dada a ausência de religiosos para abraçarem o múnus de servir desinteressadamente.

Enfim, é chegada a hora de repensar os caminhos e o melhor aproveitamento dos bens a serviço do bem, para se obter uma nova realidade na escola religiosa sem deixar de lado a tradição, mas apimentando a exposição, pois “quem não aparece, apodrece”, e, obviamente, modernizando sem macular a valorização. Do contrário, o capitalismo vai matar a escola religiosa; como dizia Camões: “o fraco rei faz fraca a forte gente”.

G

LEGISLAÇÃO



◀ **MARCOS BIASIOLI** é advogado em São Paulo, consultor jurídico do Terceiro Setor, titular da M.Biasioli Advogados, idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia. marcos@mbiasioli.adv.br



◀ **RODRIGO PINHEIRO NAKO** é coordenador jurídico da M.Biasioli Advogados e colunista da Revista Filantropia. rodrigo@mbiasioli.adv.br



A FILANTROPIA QUE MATA

Recentemente, após pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Datafolha, identificou-se que 45% dos brasileiros apontaram a saúde como um dos principais problemas do Brasil, índice este que superou a soma dos outros quatro problemas citados: a segurança (18%), a educação (9%), o desemprego (4%) e a miséria (2%).

Esta conclusão não causou maiores surpresas à população brasileira, uma vez que esse tema já foi, por diversas vezes, explorado pelos veículos de comunicação através de matérias que revelam o tratamento dado pelo Estado à saúde pública.

A caixa de ressonância de tal pesquisa está, também, relacionada ao volume de investimentos pelo Governo na área da saúde. Segundo



Em frente ao Congresso Nacional ocorre o ato de lançamento da Campanha Nacional em Defesa do SUS Público de Qualidade e para Todos

a Organização Mundial da Saúde (OMS), o Canadá, por exemplo, investe cerca de 11,2% do Produto Interno Bruto (PIB) em saúde; já a França, 11,6%; a Alemanha, 11,1%; a Áustria, 10,6%; o Paraguai, 9,7%; a Espanha e a Suécia, 9,4%; o Reino Unido e o Japão, 9,3%. Entretanto, o Brasil investe cerca de 8,9% do PIB nessa área.

A diferença nem é tanta se comparada em níveis percentuais, mas em número absolutos passa de milhares de milhões de reais. Assomada a tamanha defasagem de investimento financeiro na saúde, é salutar lembrar que muito desse recurso se perde no meio do caminho, quer por falta de eficaz prevenção das chagas patológicas, quer ante as vulnerações do absoluto controle do orçamento público, como, por exemplo, a mola propulsora da corrupção.

Para exemplificar o volume do descalabro que passa a saúde pública, destaca-se que tomar dois cafés expressos em São Paulo, por exemplo, custa em média R\$ 12,00 (doze reais). No entanto, o Sistema Único de Saúde (SUS) paga o equivalente a dois cafezinhos para o Hospital Filantrópico fazer um atendimento médico com observação por 24 horas de um paciente, incluindo nesse reembolso o custo do médico, medicamentos, enfermagem e outros indiretos. Já se o paciente for fazer uma radiografia, o SUS reembolsa apenas um cafezinho. Enfim, tal despautério visita praticamente todos os procedimentos médicos, chegando, em alguns casos, a representar uma defasagem de mais de 9.000% do custo.

O desequilíbrio financeiro da saúde pública está levando os hospitais filantrópicos à morte, sendo que existe até um movimento nominado “Dia Nacional do Luto das Santas Casas e Hospitais Filantrópicos”. Ocorre que tal fenômeno decorre do fato de a entidade filantrópica ter a obrigação de ofertar no mínimo 60% de seus atendimentos aos pacientes do SUS, guardadas algumas singulares exceções. Como contrapartida ao seu reconhecimento como beneficente, tais hospitais deixam de recolher aos cofres públicos os tributos relacionados à sua atividade e mão de obra.

Sob a falsa proteção tributária se alimenta o ciclo da amarra do SUS e, com isso, dia a dia, assina a sua certidão de óbito. Porém, a cilada está formada, ou seja, se “ficar o bicho pega e se correr o bicho come”, pois: (i) renunciar o benefício fiscal implica pagar o tributo e aumentar o déficit; (ii) distorcer com SUS implica estancar a ciranda financeira; (iii) deixar de atender é chave de cadeia, pois a omissão de socorro é crime; então, fica como está, o hospital atende, gera desentaxa e o SUS finge que reembolsa, dado o seu valor ínfimo, e a dívida aumenta. E assim o cidadão convive com a incipiência do atendimento da saúde pública, ainda que exercida pela iniciativa privada filantrópica.

Para amenizar esse quadro, alguns ventos estão soprando a favor dos hospitais filantrópicos através de um ensaio de uma nova política de financiamento, ora disciplinada na Lei nº 12.873/2014, publicada no dia 24 de outubro de 2014, cujo teor, a exemplo

daquilo que havia sido anteriormente feito na área educacional através do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento das Instituições de Ensino Superior (PROIES), instituiu o Programa de Fortalecimento das entidades privadas filantrópicas e das entidades sem fins lucrativos que atuam na área da saúde e que participam de forma complementar do Sistema Único de Saúde, ora denominado PROSUS.

Esse programa possui como finalidades: (i) garantir o acesso e a qualidade de ações e serviços públicos de saúde oferecidos pelo SUS por entidades de saúde privadas filantrópicas e entidades de saúde sem fins lucrativos; (ii) viabilizar a manutenção da capacidade e qualidade de atendimento das entidades referidas no art. 23; (iii) promover a recuperação de créditos tributários e não tributários devidos à União; e (iv) apoiar a recuperação econômica e financeira das entidades de saúde privadas filantrópicas e das entidades de saúde sem fins lucrativos.

Para fins de deferimento da adesão ao PROSUS, as entidades de saúde interessadas devem comprovar que estão passando por uma grave situação econômico-financeira, o que, na forma dos incisos I e II do §1º do artigo 26 do mencionado diploma legal, será auferido da seguinte forma: (i) a dívida consolidada no âmbito da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em 31 de dezembro de 2013, e a receita bruta aferida no ano de 2013 deve ser igual ou superior a 15%; ou (ii) a dívida consolidada no âmbito da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em 31 de dezembro de 2013, adicionada à dívida existente para com as instituições financeiras, públicas ou privadas, também em 31 de dezembro de 2013, e a receita bruta aferida no ano de 2013 deve ser ou superior a 30%.

Em ato contínuo, uma vez deferida a adesão, deverão ser adotadas providências perante o gestor local do SUS visando à celebração ou aditivação do contrato/convênio, ora executados no âmbito do PROSUS, o qual deverá ser firmado em até 90 dias da data de deferimento, sob pena de nulidade. Ademais, dentro desse mesmo prazo, as entidades deverão solicitar pedido de moratória junto à Unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) ou da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) do domicílio tributário, que será concedida pelo prazo de 180 meses.

O pedido de moratória abrangerá as dívidas vencidas na RFB e na PGFN até o mês anterior ao da publicação das normas necessárias à execução do PROSUS, sendo permitida a inclusão de débitos que se encontrem em discussão na esfera administrativa ou judicial, desde que a entidade privada filantrópica ou a entidade sem fins lucrativos desista, de forma expressa e irrevogável, da impugnação, do recurso ou da ação judicial e, cumulativamente, renuncie quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem os processos administrativos ou judiciais.

Em síntese, o que se viu com o PROSUS foi a busca de uma solução temporária para dar sobrevida aos hospitais filantrópicos, através da concessão de moratória de débitos tributários

Para exemplificar o volume do descalabro que passa a saúde pública, destaca-se que tomar dois cafés expressos em São Paulo, por exemplo, custa em média R\$ 12,00 (doze reais), no entanto, o Sistema Único de Saúde (SUS) paga o equivalente a dois cafezinhos para o Hospital Filantrópico fazer um atendimento médico com observação por 24 horas de um paciente

pelo prazo de 180 meses, visando, com isso, viabilizar que essas entidades tenham condições de superar as dificuldades econômico-financeiras, sem que isso prejudique o desenvolvimento de suas atividades estatutárias e sem deixar a população necessitada ainda mais refém dos serviços prestados.

Diante de tal cenário, da forma com que os valores dos reembolsos são realizados, a celebração de parcerias entre o SUS e os hospitais filantrópicos é mais danosa do que construtiva, e está longe de ser um modelo adequado para prestação, com qualidade, dos serviços de saúde à população. Contudo, é imperioso reconhecer a importância dos benefícios contidos na Lei nº 12.873/2014, sem afastar o argumento de que eles contribuirão para minorar, porém, não para erradicar o quadro sofrível a que estão expostos os hospitais filantrópicos, pois estão se combatendo os efeitos, mais não a sua causa.

Em outras palavras, parafraseando uma analogia com a área médica, está se injetando uma dose de morfina em um doente terminal visando prolongar — um pouco mais — seu tempo de vida, dando-lhe mais qualidade em seus últimos dias, sabendo-se que em um futuro próximo a sua morte é fato incontroverso.

Enfim, os hospitais filantrópicos, conforme muito bem escrito pelos Titãs, estão “Até o dia seguinte ao próximo dia, Até o próximo dia ao dia seguinte, Até o dia seguinte ao próximo dia, Até o próximo dia ao dia seguinte, Agonizando, Agonizando”, à espera de uma solução definitiva e mais eficaz para o reestabelecimento de sua saúde, ao invés de medidas paliativas que possuem como objetivo apenas aliviar seu sofrimento.

Atitude mais aguerrida dos dirigentes dos hospitais filantrópicos, em parceria com o Ministério Público, se necessário for, e a boa vontade e seriedade política são ingredientes para um bom recomeço. Acredite!!! 🇧🇷

G

LEGISLAÇÃO



◀ **MARCOS BIASIOLI** é advogado em São Paulo, consultor jurídico do Terceiro Setor, titular da M.Biasioli Advogados, idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.



◀ **RODRIGO PINHEIRO NAKO** é advogado integrante da M.Biasioli Advogados e colunista da Revista Filantropia.

REFORMA NA EDUCAÇÃO

Mudanças no sistema educativo brasileiro são essenciais para desenvolvimento do país





Recentemente, o Jornal *The New York Times* trouxe uma importante reflexão acerca da qualidade da educação universitária americana, sob o título: *Colleges Reinvent Classes to Keep More Students in Science* (Faculdades reinventam aulas para manter mais estudantes nas ciências). A matéria traz um conteúdo interessante, na qual externa a nova técnica que está sendo adotada por algumas universidades, como as da Califórnia, Carolina do Norte, Colorado, Iowa e outras, na qual se estimula o aprendizado e a pesquisa mediante a mudança de paradigmas de ensino. Neste caso, o aluno é quem vira o professor, opinando, questionando, respondendo perguntas imediatas, em vez de ficar atônico apenas ouvindo o “mestre”. A transformação do método de ensino provoca uma reação imediata no comportamento do aluno, que não falta às aulas, mantém-se em silêncio, visando ao melhor aproveitamento da aula e, segundo a matéria, a disciplina é tanta ao ponto de “*se escutar o amassado de um papel e de uma tosse*”, numa sala de mais de 80 alunos.

Ainda segundo a matéria, a Universidade do Colorado, que é líder nacional na revisão da ciência de ensino, testou milhares de estudantes ao longo de vários anos e relatou que os estudantes das classes transformadas tinham melhorado suas pontuações em cerca de 50% em relação às aulas tradicionais. Em síntese, a dedução é de que as mudanças para a nova técnica do ensino superior americano têm derrubado seletos paradigmas da docência, e a mensuração dos resultados se dá não só por meio de notas que o aluno possa aferir, mas em especial pelo seu verdadeiro aproveitamento, fruto das aulas transformadoras. Fazendo uma acareação de tais métodos de ensino e avaliação para com os da educação brasileira, guardadas as exceções de algumas escolas de negócios, o contraste é substancial. Primeiramente porque o método de ensino predominante é o clássico; em segundo lugar, a maior avaliação do estudante se dá por meio de sua nota, e não do mero aproveitamento, o que nem sempre reflete o verdadeiro “*saber*”.

O próprio sistema de avaliação do estudante do ensino superior por parte do Ministério da Educação é baseado no resultado do Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (Enade), o qual visa a medir o desempenho dos estudantes em relação aos conteúdos programáticos ora previstos nas diretrizes curriculares do respectivo curso de graduação. Ocorre que a avaliação do estudante do ensino superior por meio do Enade, por si só, não traduz com extremada fidelidade o índice de seu aproveitamento estudantil, uma vez que nem sempre a nota é paritária ao seu desempenho e aproveitamento.

Agora, cabe analisar a dimensão dos reflexos que o baixo aproveitamento do estudante pode trazer para a universidade. Para isso, é forçoso entender que a instituição de ensino superior é subserviente ao Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes), ora operado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), o qual mensura: as instituições, os cursos e o desempenho dos estudantes. O desempenho do estudante é o principal vilão da avaliação da Universidade pelo Sinaes, de modo que, se baixo, pode levá-lo a severas penalidades. Vejamos, então, como funciona na prática.

A legislação – Decreto nº 5.773/06 – regula que caso seja constatado pelo Sinaes que uma determinada instituição educacional obteve conceitos insatisfatórios nos processos de avaliação, reconhecimentos, reconhecimentos e renovação de reconhecimento dos cursos de graduação, o Ministério da Educação poderá celebrar Protocolos de Compromisso que, em seu bojo, deverão conter as seguintes informações: I - o diagnóstico objetivo das condições da instituição; II - os encaminhamentos, processos e ações a serem adotados pela instituição com vistas à superação das dificuldades detectadas; III - a indicação expressa de metas a serem cumpridas e, quando couber, a caracterização das respectivas responsabilidades dos dirigentes; IV - o prazo máximo para seu cumprimento; e V - a criação, por parte da instituição de educação superior, de comissão de acompanhamento do protocolo de compromisso.

Caso o referido Protocolo de Compromisso não seja atendido na íntegra, ensejará na abertura de processo administrativo, o qual poderá culminar nas seguintes penalidades: I - suspensão temporária da abertura de processo seletivo de cursos de graduação; II - cassação da autorização de funcionamento da instituição de educação superior ou do reconhecimento de cursos por ela oferecidos; e III - advertência, suspensão ou perda de mandato do dirigente responsável pela ação não executada, no caso de instituições públicas de educação superior. Nesta linha de entendimento não há o que refutar, pois estará presente o princípio do contraditório das universidades. Porém, o que tem chamado a atenção em determinados casos é o uso descomedido do instrumento jurídico previsto em lei, ora denominado Medida Acauteladora, que está previsto na Lei nº 9.784/99, art. 45, combinada com o art. 69-A, do Decreto nº 5.773/2006, que assim dispõe: “*Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado*”; por parte do MEC, inclusive para vedar o acesso da Universidade aos incentivos financeiros ao ensino, como o FIES, entre outros.

A aplicação de tais medidas nem sempre estão balizadas em fundamentos jurídicos que lhes sustentem, e algumas delas gravitam, inclusive, no orbe próximo do abuso de direito e por supedâneo da ilegalidade, pois condenam a universidade antes mesmo de ser julgada. A jurisprudência tirada de nossos tribunais vem assentando entendimento que é “*ilegal o ato administrativo que impediu o funcionamento*

da Universidade, antes da conclusão do processo administrativo”¹. Noutro julgado, entendeu o Tribunal que a medida acauteladora é punitiva e não de cautela: “*Há patente inversão da ordem, pois aplicada uma medida qualificada como punitiva antes mesmo da avaliação pertinente*”².

Enfim, o MEC pode, mas não deve, precipitar-se na saga da cautela, pois muitas vezes o prejuízo à educação será maior que o rigor operado. Porém, caso a universidade assim não entenda, é recomendável à busca da tutela judicial, por meio de uma peculiar medida de nulidade de ato jurídico, visando não à cessação do processo administrativo, mas à eventual ilegalidade da medida acauteladora baixada.

Destaca-se, então, que todo esse imbróglio pode ter uma origem que não no conceito Enade, e tampouco nas outras avaliações de praxe e responsabilidade do Sinaes, mas sim no método de aprendizagem operado pela universidade, que vive sob a batuta da regulação operada pelo MEC. A mudança de paradigmas do ensino, como têm feito as universidades americanas, pode não ser a solução, mas sim um começo, não só para atenuar, mas também para exterminar o desinteresse do estudante, e com isso proporcionar uma melhor avaliação do seu desempenho. Pelo efeito cascata será difícil processar, quiçá punir, quem ensina com qualidade.

Conclui-se, então, que para se evitar um retrocesso para a nossa educação, com medidas restritivas, deve haver maior empenho dos educadores, das universidades, dos órgãos que as fiscalizam, em refletir conjuntamente – sobre as tais inovadoras técnicas transformadoras de ensinar, para que possamos deixar de ter alunos formados, mas sim profissionais em formação, evitando que as mazes das entranhas burocráticas, que encorajam o conflito, possam macular o progresso do ensino. Afinal, quem perde é o Brasil! 🇧🇷



1 TRF – 5ª Região, Processo 2007.83.00.010436-5.

2 TRF – 3ª Região - Agravo de instrumento nº 002152533.2011.4.03.0000/SP.

G

LEGISLAÇÃO



◀ **MARCOS BIASIOLI** é advogado em São Paulo, consultor jurídico do Terceiro Setor, titular da M.Biasoli Advogados, idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia



◀ **RODRIGO PINHEIRO NAKO** é coordenador jurídico da M.Biasoli Advogados e colunista da Revista Filantropia



JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 2.028

O QUE PODE MUDAR NA VIDA DAS ENTIDADES BENEFICENTES?

Em um país que tem 10,5 milhões de miseráveis, ou seja, que vivem como indigentes e não possuem sequer condições de se alimentar, assomados a 28,6 milhões de pobres, assim qualificados ante ao fato de que têm o dobro da renda da linha de miséria, segundo a última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), do IBGE, fica claro que quase 20% da população brasileira ainda não possui os mínimos necessários para viver. Os indicadores mostram a baixa escolaridade, a disparidade da distribuição de renda, a falta de moradia, a saúde precária, a fome e a desnutrição, assomadas à ampla demografia do Brasil, são os maiores ingredientes desse quadro. No entanto, e não menos importante, destaca-se a ausência de gestão eficiente pelo Governo, em especial no controle do consumo de ativos do erário, evitando que a chaga da corrupção que assola o orçamento público possa tirar do pobre ao menos a comida. Apenas o valor contabilizado (diga-se de passagem, sem muito parâmetro, eis que alimentados com dados da operação Lava-jato da Polícia Federal) pela Petrobras, como fruto de corrupção, ou seja, R\$ 6,2 bilhões, seria suficiente para distribuir, no mínimo, uma cesta básica para cada miserável/pobre do país.

É claro, então, que o Estado por si só não possui arsenal para a erradicação de tais chagas, de modo que ele carece da ajuda da sociedade civil organizada, que funciona como sua *longa manus* (extensão), e não como mero coadjuvante que integra o Terceiro Setor. A prova disso é que milhares de vidas são diariamente promovidas por ela em nome dele, quer por meio da assistência, da saúde ou da educação. Sem as instituições, seguramente os números apontados pela PNAD seriam mais catastróficos.

Para prover o referido *múnus público*, a Constituição Federal de 1988 acalentou uma limitação ao Estado, que é a de não tributar (com impostos¹ e contribuições²) a sociedade civil organizada, reconhecida como beneficente, dado que o inverso seria como tributar o próprio Estado, para que o valor dos referidos tributos sejam convolados em ações sociais. Em outras palavras, o Estado tira o recurso de um bolso para lançá-lo em outro.

No entanto, o governo, agindo em nome do Estado, ao invés de aliar-se, debater e buscar alternativa para a saúde econômica das beneficentes, dado que elas assumiram a função estatal, preferiu legislar de forma uníssona, em prol apenas do enriquecimento do erário, lançando uma vala econômica a tais entes privados de interesse público, desembocando em um grande duelo judicial, cujo tema gravita nas lides fiscais de quase todos os Tribunais Estaduais.

Ao que tudo indica, o Supremo Tribunal Federal deve colocar, em breve, uma pá de cal em tal imbróglio jurídico, de modo que cabe refletir quais reflexos e/ou consequências visitarão a operação da entidade beneficente.

ENTENDENDO O CONFLITO

O legislador constitucional de 1988, ao regular o financiamento da seguridade, assim o fez: “*Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: “I - do*

¹Art. 150, VI, c.

²Art. 195, § 7º.

O eventual provimento da ADIN não afetará diretamente os processos fiscais julgados com base na Lei nº 12.101/09, ora alterada pela Lei nº 12.868/13, pois o mérito dela não está jungido à nulidade por supedâneo da atual lei

empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro;...

Relevando que a Constituição Federal é pragmática, cabe ao Congresso Nacional regular, por meio de legislação própria, as matérias nelas contidas. No que diz respeito ao financiamento da seguridade social, objeto do referido artigo 195, o Congresso manteve-se inerte e deixou de legislar, de modo que foi colocado em mora pelo STF, por advento de um Recurso Extraordinário. O ato judicial levou à promulgação da Lei nº 8.212/91.

Do texto primitivo da referida lei, constava do “Artigo 55: Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente: ... III - promova a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes;”.

Logo se entende que a legislação originária não impunha qualquer limitação ou quantificação percentual de gratuidade para que a entidade beneficente pudesse ter reconhecida sua “isenção³” tributária.

Entretanto, em 11 de dezembro de 1998, foi promulgada a Lei nº 9.732, que alterou os critérios da “isenção”, uma vez que sua redação alterou aquela acima descrita, constante do inciso III, limitando que o benefício somente seria devido àquelas entidades que: (i) prestassem serviços exclusivamente gratuitos às pessoas carentes; ou (ii) atendessem pacientes do SUS em volume não inferior a 60%; ou (iii) condicionando a isenção na proporção do financiamento da saúde e/ou escolar.

O velho ditado já dizia: “dois pobres não se sustentam”, isto é, para que a entidade beneficente possa servir ao Estado, ela não pode agir como ele, ou seja, servir-se da arrecadação tributária – apenas para bancar o custo da máquina pública. É necessário, então, que ela produza recursos para sua sustentabilidade, ao ponto de não depender tão somente da “vaca leiteira do Estado”.

Porém, a Lei nº 9.732/98 vedava qualquer venda de serviço social, e soterrava a própria subsistência do ente beneficente, pois ele gasta muito mais com a promoção humana do que recebe do Estado, por meio do não recolhimento do tributo. De outro lado, segundo a lei, o ente que não cumprisse a determinação legal estaria impedido de usufruir a “isenção” tributária das contribuições sociais.

Traduzindo, a lei determinava aos entes sociais: - “Promova a educação, a saúde e assistência, apesar de ser dever do Estado, e não seu, com recursos próprios, não cobre nada pelos seus serviços, inclusive daqueles que podem pagar, senão lhe suprimo a isenção”.

Diante de tais despautérios da lei, além da falta de diálogo com o Governo, não restou alternativa aos entes sociais que não o aforamento de medidas judiciais, as quais estão em foco para breve decisão no STF.

MÉRITO JURÍDICO DA ADIN 2028 NO STF

A Confederação Nacional de Saúde-Hospitais, Estabelecimentos e Serviços-CNS foi a autora da referida ADIN, sendo que requereu ao STF que declarasse inconstitucional os artigos 1º, que alterou o inciso III do artigo 55 da Lei nº 8.212/91, bem como os artigos 4º, 5º e 7º da Lei nº 9.732/98, os quais impõem aquelas restrições ao acesso da “isenção” pelas entidades beneficentes.

O Plenário do STF, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio, decidiu pela concessão da liminar, retirando a eficácia daqueles dispositivos.

Cabe observar que o pano de fundo contido na ação e na liminar visa a estabelecer qual espécie de lei pode impor limitações ao poder de tributar às entidades beneficentes. Isto porque consta do artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição, o seguinte: “§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.”

A União defende que a Constituição remete à Lei Ordinária (aquela que requer apenas um quórum de votação de maioria simples do Congresso Nacional – vide artigo 47 da CF/88) ou à Lei Complementar (aquela que carece de um quórum de maioria absoluta – vide artigo 69 da referida Constituição).

³O STF entende que houve um erro do Legislador, na verdade é Imunidade.

Já a autora da ação CNS advogada na tese de que somente a lei complementar pode limitar o poder de tributar, com base no artigo 146, II da CF/88.

Ao conceder a liminar, o STF se filiou à tese da autora, sendo que, ao ser colocado em julgamento a referida ADIN em 04/06/2014, os ministros Joaquim Barbosa, Carmem Lúcia e Luiz Barroso votaram pelo provimento parcial da ação, sendo pedido vistas pelo ministro Teori Zavascki, o que se suspendeu o julgamento, o qual pode ser retomado em breve.

Em outro recente caso similar em curso no STF, Recurso Extraordinário 566.622, cujo mérito é praticamente o mesmo, os ministros Marco Aurélio, Carmem Lúcia e Luiz Barroso também entenderam que as limitações ao poder de tributar deve ficar a cargo da lei complementar, e não da ordinária. De igual sorte, o mesmo ministro Teori pediu vistas do processo, também suspendendo o julgamento, que pode a qualquer momento ser retomado.

Cabe sublinhar que, se aquele referido caso vier a ser provido, ele não terá efeito *erga omnes*, ou seja, somente valerá para a autora. Porém, como foi recepcionado com Repercussão Geral, influenciará em todos os demais julgamentos que estão tramitando perante os Tribunais Regionais. No entanto, se a ADIN for julgada procedente, o efeito é *erga omnes*, isto é, valerá para todas as entidades beneficentes.

CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DO JULGAMENTO

Os efeitos de uma eventual decisão favorável pelo Supremo Tribunal Federal poderão: (i) anular os efeitos da Lei nº 9.732/98, desde a sua origem, efeito *ex tunc*; (ii) aplicar a teoria da modulação, ora prevista na Lei nº 9.868/99 – artigo 27, que permite que os seus efeitos sejam aplicados a partir do julgamento, efeito *ex nunc*.

Caso o STF entenda aplicável o efeito *ex tunc*, na prática caem por terra todos os autos de infrações fiscais baseados na Lei nº 9.732/98. Porém, o mais importante deste julgamento será o reflexo imediato sobre a Lei nº 12.101/09, que não tem o status de Lei Complementar, mas sim ordinária, e que, a exemplo da Lei nº 9.732/98, impõe restrições ao acesso da “isenção” das contribuições sociais pelas entidades beneficentes.



Se o CEBAS representa um dos principais requisitos para o acesso à imunidades das contribuições sociais, não poderá o legislador ordinário promover outra restrição, por meio de dificultar a sua concessão

O eventual provimento da ADIN não afetará diretamente os processos fiscais julgados com base na Lei nº 12.101/09, ora alterada pela Lei nº 12.868/13, pois o mérito dela não está jungido à nulidade por supedâneo da atual lei, mas o fundo do julgamento poderá ser invocado por todas as entidades beneficentes que foram punidas fiscalmente, com base na referida lei, que não pode impor limites de gratuidades para fins do gozo da imunidade tributária das contribuições sociais, pois tal regulação cabe apenas à Lei Complementar, no caso, Código Tributário Nacional, em especial os artigos 9º e 14º.

REFLEXOS NOS JULGAMENTOS ADMINISTRATIVOS E JUDICIAIS

Na prática, todos os recursos administrativos das entidades beneficentes, ora pendentes de julgamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), lançados contra autuações baseadas na Lei nº 9.732/98, terão que seguir a ordem do STF, caso provida a ADIN, com efeito *ex tunc*, ante a vinculação operada e prevista no Regimento Interno daquele órgão, artigo 62, no inciso I do seu parágrafo 1º.

Já quanto aos processos que se encontram em sede judicial, poder-se-á também se invocar o julgamento favorável da ADIN, para que o magistrado ou o Tribunal o reconheça quando do julgamento do mérito da ação singular, o caráter vinculante, pois assim determina o STF: *“É preciso enfatizar, por relevante, que o Supremo Tribunal Federal tem assinalado, em diversos julgamentos, que a existência de pronunciamento anterior, emanado do Plenário desta Suprema Corte ou do órgão competente do Tribunal de jurisdição inferior, sobre a inconstitucionalidade de determinado ato estatal autoriza o julgamento imediato da causa, não importando se monocrático ou colegiado, sem que isso configure violação à reserva de plenário (...):”* (Rcl 17185 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 30.9.2014, DJe 27.11.2014).”

REFLEXOS PARA OS PROCESSOS FISCAIS JULGADOS COM TRIBUTOS PAGOS

A entidade beneficente que foi autuada sob os efeitos da Lei nº 9.732/98 e, caso ela venha ser rechaçada pela a ADIN

2028, poderá requerer a “repetição do indébito” em sede judicial, lembrando que os tributos da mesma espécie poderão ser compensados. Porém, deve-se observar o prazo decadencial de cinco anos a contar do lançamento do tributo, aliás, este é o entendimento do STJ:

“Ementa: Tributário. Processual Civil. Compensação. PIS. Prescrição. 1. No âmbito do lançamento por homologação, são compensáveis diretamente pelo contribuinte os valores recolhidos a título de FINSOCIAL com a COFINS, todavia a compensação do FINSOCIAL com o PIS não é admitida. 2. O PIS sujeita-se ao lançamento por homologação, faltante este, o prazo decadencial só começa a fluir após o decurso de cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados mais cinco anos, contados estes da homologação tácita do lançamento. (RESP 297292/MG).”

INFLUÊNCIA DO JULGAMENTO DA ADIN NO PROCESSO CEBAS

O STF quando proferiu o recente voto do ministro Marco Aurélio, ora Relator no referido Recurso Extraordinário, reconheceu que toda regulação que vise restringir a imunidade fiscal, por meio de lei ordinária que extrapole a previsão dos artigos 9º e 14º do Código Tributário, é inconstitucional, assim caso o recurso venha a ser procedente, ele terá efeito oblíquo nos julgamentos dos processos relacionados ao Certificado de Entidade Beneficente, pois se o CEBAS representa um dos principais requisitos para o acesso à imunidades das contribuições sociais, não poderá o legislador ordinário promover outra restrição, por meio de dificultar a sua concessão.

No entanto, torna-se necessária a cautela, no sentido de aguardar os julgamentos acima destacados, para que o mérito possa ser invocado em cada caso específico.

Enfim, a esperança é que fechemos um ciclo, com o esperado provimento da ADIN e daquele Recurso Extraordinário. Porém, não nos iludamos, pois muito debate jurídico ainda teremos pela frente, mais fortalecidos do que antes, e confiantes de que o Estado reconheça que as entidades beneficentes não são apenas uma sociedade organizada e mera coadjuvante, mas sim suas irmãs siamesas, com um detalhe de diferença: mais competentes e eficazes! 🇧🇷



◀ **MARCOS BIASIOLI** é advogado em São Paulo, consultor jurídico do Terceiro Setor, titular da M.Biasioli Advogados, idealizador e membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia



◀ **RODRIGO PINHEIRO NAKO** é coordenador jurídico da M.Biasioli Advogados e colunista da Revista Filantropia

REFLEXÃO: POLÊMICAS DA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA DA LEI Nº 13.019/14

Em meados do mês de abril de 2015 foi publicada a Lei nº 13.116/2015, cujo teor estimou a Receita da União para o exercício financeiro de 2015 no montante de R\$ 2.982.546.565.652,00. Deste total, aproximadamente 43% refere-se ao Orçamento Fiscal, 23% é relativo ao Orçamento da Seguridade Social, e o restante, ao refinanciamento da Dívida Pública. Dentro dessa estimativa, cabe ao Ministério do Planejamento definir os valores que serão direcionados às diversas atividades desenvolvidas pelo Poder Público. Sem entrar no detalhamento desta distribuição, é importante ressaltar que para a Saúde, o valor inicialmente previsto foi de, aproximadamente, R\$113,27 bilhões; para a Educação, R\$48,81 bilhões; e para a Assistência Social, R\$ 33,16 bilhões.

Sabe-se que, deste total, ao menos 15% escoam pelos ralos da corrupção. Não obstante tais perdas já estarem contabilizadas, no mês de maio de 2015 o Ministério do Planejamento alterou os valores a serem repassados e promoveu um corte de R\$ 70 bilhões nos recursos, fato que ocasionou uma diminuição no orçamento da Saúde, de 11,3%; da educação, de 19,3%; e da assistência social, de 4,2%. Na contramão desses cortes, nossos deputados e senadores aprovaram um aumento de 300% no Fundo Partidário, passando de 289,5 milhões para 867,5 milhões de reais, sendo que 5% desse total será distribuído a todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; e os outros 95% serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. Com isso, há partidos sem representatividade nenhuma que podem embolsar uma cifra expressiva, bem como há outros com baixa representatividade que recebem cerca de 1,5 milhão de reais ao ano.

Mesmo diante desse despautério econômico entre o financiamento da política e as garantias primárias do cidadão brasileiro, nasceu uma nova regulação que entrará em vigor no final do mês de janeiro de 2016: a Lei nº 13.019/2014, a qual estabelece um novo marco legal para as parcerias voluntárias, aumentando o rigor quanto ao repasse das verbas públicas e, com isso, dificultando ainda mais a atuação das entidades que dependem destes recursos, ora escassos, para manter o múnus que não é seu, mas do Estado.

Guardada a ideia de maior controle do orçamento público, que merece apoio de cidadania, não há como se esquecer que a vontade do rigor esmorece o entusiasmo de corroborar com o Estado, ainda mais quando se tenta regular um sistema que já funciona, impondo regras que já nascem sob os holofotes de uma (in)segurança jurídica. Se a Lei é federal e possui o status de norma geral, caberia a sua regulação dentro da mesma orbe federal, visando à uniformização do tratamento das parcerias. Porém, mesmo sem uma delegação objetiva, ela remete aos 5.570 Municípios e aos 27 Estados regular a sua aplicação de forma concentrada, o que poderá trazer uma enxurrada de interpretações disformes com a lei primária. Para contribuir com aqueles entes federados que ainda não legislaram sobre tal matéria e para encorajar os entes sociais a focar em um esforço conjunto na construção da regulação regional, abordamos um pensamento que poderá contribuir com a reflexão.

I - DO CONFLITO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

A competência legislativa regulada pela Constituição Federal nos remete ao exame do artigo 22, que define como competência privativa da União legislar sobre “*normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios*”. Contudo, em seu artigo 30 há dispositivo afirmando que cabe aos Municípios “*legislar sobre assuntos de interesse local*”. Já o Art. 204, inciso I, que trata das ações governamentais na área da assistência social, impõe que as diretrizes da descentralização político-administrativa são atributos das normas gerais de caráter federal. Porém, a coordenação e a execução dos respectivos programas nela previstos caberão às esferas estadual e municipal, bem como às entidades beneficentes e de assistência social.

Traduzindo, então, a regulamentação constitucional – é nítido que cabe à União legislar sobre a contratação pública, em todas as modalidades, incluindo as parcerias que envolvam transferências voluntárias de bens do erário, de modo que seria mais seguro e objetivo se a própria presidente regulasse a referida Lei nº 13.019/14, para que todos os entes federados de forma homogênea pudessem colocá-la em prática, pois o artigo 84, inciso IV, da mesma Constituição, assim lhe autorizaria. No entanto, permitiu que os entes federados o fizessem, talvez para o fim de respeitar a competência legislativa, que, no nosso entender, não estaria sendo usurpada; muito pelo contrário: sua omissão permitirá que possa resultar em leniência, transvestidas de decreto regulamentador, por parte de alguns entes federados, vindo a vulnerar o espírito da lei.

Para que os Decretos emanados pelos entes federados possam gozar de respeito das entidades sociais, eles terão que atender ao exato comando da lei primária, se exacerbarem, pois o Supremo Federal já delimitou o alcance da norma regulamentadora, assim julgando: “O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que se acha materialmente vinculado poderá configurar insubordinação administrativa aos comandos da lei. Mesmo que desse vínculo jurídico resulte, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação e inconstitucionalidade meramente reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada. (STF, Pleno, ADIMC 1347/DF, Rel. Min. Celso de Mello, p.41685). É sabido, então, que não pode o Município invadir competência da União e vice-versa, pois também assim já se pronunciou o STF: “*A competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados*”. (RE 313.060, rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 29-11-2005, Segunda Turma, DJ de 24-2-2006)”.

A rigor, então, o ente federado não pode exorbitar na regulação da Lei nº 13.019/14, sob pena de esmorecer a sua eficácia, ante a invasão da competência federal. Assim, na prática, a entidade social se subsume à lei primária e ao decreto regulamentador do poder que partir a transferência econômica, desde que ele não derroque a norma genuína. Do contrário, o judiciário pode e deve ser provocado para ceifar a eventual infração ao princípio da competência legislativa constitucional.

II - DA QUEBRA DA ISONOMIA

Os incisos VII e VIII do artigo 2º da Lei nº 13.019/2014 definem que as organizações podem instrumentalizar as parcerias voluntárias mediante a celebração dos Termos de Colaboração e Fomento. Importante ressaltar que tal instrumentalização somente será possível após a escolha, por meio de um chamamento público, das organizações que possuam as melhores condições de executar os serviços expressos no edital. Essa medida busca atender o artigo 37 da Constituição Federal, ou seja, que os princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, entre outros, sejam observados, evitando-se eventuais prejuízos ao erário.

Na contramão dessa medida, o inciso III do artigo 3º afirmou que aos contratos de gestão e às transferências voluntárias não serão aplicadas as exigências dispostas na Lei nº 13.019/2014, sendo, portanto, permitido o repasse de recursos públicos às organizações sem a necessidade de realização de procedimento de chamamento público prévio, fato esse que poderá resultar na inobservância dos referidos princípios constitucionais, em especial aquele que trata da isonomia.

A necessidade de igualdade de condições para todos os concorrentes também encontra-se especificada no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal e em julgados exarados pelo Supremo Tribunal Federal, como pode ser observado, a saber: *“Por não se tratar de contratos administrativos, não cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, restrito ao âmbito das contratações (CF, art. 37, XXI). Nem por isso, porém, a celebração de contratos de gestão pode ficar imunizada à incidência dos princípios constitucionais. Da mesma forma como se ressaltou acima, a Administração deve observar, sempre, os princípios estabelecidos no caput do art. 37 da CF. Dentre eles, têm destaque os princípios da impessoalidade, expressão da isonomia (art. 5º, caput), e da publicidade, decorrência da ideia de transparência e do princípio republicano (CF, art. 1º, caput). (Informativo nº 628 STF – maio/2011).*

III - POLÊMICA SOBRE O PAGAMENTO DE SALÁRIO AOS DIRIGENTES DA ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL

A polêmica em volta da remuneração do dirigente dos entes sociais não é atual, pois perpassa pelo seu regime tributário. O Código Tributário que derivou de Lei Complementar regula (artigo 9 combinado com 14) que um dos requisitos ao gozo da imunidade tributária é a comprovação de que não haja distribuição a qualquer título para os dirigentes¹. Entende-se, então, que esta regulação abarcou também a dita remuneração.

Já a lei que regula a qualificação da entidade social como beneficente prevê, no §1º do artigo 29 da Lei 12.101/2009, que não há óbice para a certificação à remuneração dos diretores não estatutários que tenham vínculo empregatício e a remuneração aos dirigentes estatutários.

De outro lado, a Lei nº 13.019 não enfatiza a distribuição a qualquer título nem aprova a remuneração do dirigente, mas veda a distribuição entre os seus sócios ou associados, conselheiros,





diretores, empregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio. Contudo, ela possibilita a remuneração da equipe de trabalho concentrada no objeto da parceria, de modo que o dirigente pode fazer parte da equipe, não como dirigente, mas como técnico do projeto.

Flagra-se, então, um sínodo entre todas as normativas quanto à remuneração para dirigentes, porém uma bifurcação perigosa, ora implicitamente prevista na Lei 13.019/14, quando não restringe que dirigente possa fazer parte da equipe, o que pode representar uma solução na profissionalização da instituição e na otimização do projeto, quedando-se a hipocrisia, de que apenas o voluntariado é que representa a válvula propulsora da obra do bem. No entanto, se a parceira do ente federado, quiser se valer do reconhecimento da isenção de impostos, assomada com a das contribuições, recomenda-se cautela e aposta na avaliação, se é oportuna ou não, a inclusão de forma remunerada do dirigente, na equipe de trabalho, pois apesar de advogarmos na tese de que a isonomia funcional é constitucional até mesmo nesse orbe social, não vem sendo este o entendimento das auditorias fiscais.

V - REFLEXÕES FINAIS

Como pode ser observado, não obstante as discussões e reflexões existentes acerca dos problemas existentes na Lei nº 13.019/2014, certo é que muitas organizações que atuam em prol da população mais carente não tem condições e, além disso, desconhecem a íntegra e a existência do referido diploma legal. Ademais, a própria Administração Pública também não tem estrutura e expertise de colocar em prática tal normativo, haja vista que ainda existem muitos municípios que sequer possuem Secretarias ou Conselhos Municipais de Assistência Social. Assim, certas burocracias poderão prejudicar o atendimento ao principal objetivo da Lei nº 13.019/2014, qual seja, o fim social a que ela se propõe, na medida em que os principais atores não estão devidamente aparelhados e capacitados para concretização de seus procedimentos.

¹TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE. ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 195, § 7º, DA CRFB/1988. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. ATENDIMENTO A REQUISITOS LEGAIS. ART. 55 DA LEI 8.212/1991. ART. 14, I, DO CTN. REMUNERAÇÃO DE DIRETORES, SÓCIOS E INSTITUIDORES. CONJUNTO PROBATÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. (...) Necessidade de atendimento cumulativo a requisitos legais para o reconhecimento da condição de entidade beneficente de assistência social e fruição da imunidade almejada. Vedação ao recebimento por diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores de remuneração ou usufruto de vantagens ou benefícios, a qualquer título (art. 55, IV, da referida lei, e art. 14, I, do CTN). 6. Anexos concernentes à perícia. Laudo pericial e outros elementos. Exame. 7. Conjunto probatório. Elementos acostados apontam remuneração dos diretores da mantenedora, em prestação de serviços à entidade mantida. Requisito elencado no art. 55, IV, da Lei 8.212/1991, não comprovado. Aplicação da regra contida no art. 14, § 1º, do CTN. 8. Condenação em honorários. Inversão do ônus da sucumbência. Mantido o valor fixado pelo Juízo a quo. 9. Apelação e Remessa Necessária providas, revogando-se a tutela antecipada anteriormente concedida. (TRF-2 - REEX: 200551010138210, Relator: Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO, Data de Julgamento: 17/12/2013, TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 26/12/2013)



◀ **MARCOS BIASOLI** é Advogado em São Paulo, Consultor Jurídico do Terceiro Setor, Titular da M.Biasoli Advogados, Idealizador e Membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia



◀ **RODRIGO PINHEIRO NAKO** é Coordenador Jurídico da M.Biasoli Advogados, colunista da Revista Filantropia



◀ **CLEBER L. M. PEREIRA** é Advogado em São Paulo, militante no Terceiro Setor.



A CRISE MIGRATÓRIA E O PAPEL DO BRASIL E DAS ENTIDADES BENEFICENTES

Em 10 de setembro de 2015, a presidente Dilma Rousseff publicou o artigo *Os refugiados e a esperança*, no jornal “Folha de São Paulo”, no qual destaca a crise migratória do Oriente Médio e do norte da África, ao afirmar que o “Brasil, mesmo neste momento de superação de dificuldades, tem os braços abertos para acolher refugiados”. No caso, o artigo sucedeu a comoção social em volta das imagens fortes de um menino sírio morto numa praia da Turquia, quando seus pais tentavam chegar à Europa para escapar de perseguições.

Diante deste enfoque, percebe-se que o Governo Federal adotou uma posição ambígua: apesar da crise político-econômica brasileira, assume coerência histórica no acolhimento de estrangeiros. Ou seja: o Brasil que, a partir do século XIX, aceitou a imigração europeia e asiática, neste momento quer reforçar os laços com novas imigrações, apesar de assentar-se em grave crise

política. A incerteza que surge é saber como o Governo Federal atenderá os refugiados se, em 2013, a população brasileira abaixo da linha de extrema pobreza aumentou 3,68%.

A transmigração que atualmente intensifica-se no mundo inteiro não pode ser tratada pelo Governo Federal sem o mínimo de planejamento. Desde janeiro até setembro deste ano, a Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (Acnur) informou que quase 500.000 pessoas já chegaram à Europa pelo Mediterrâneo. Segundo dados do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), órgão de deliberação coletiva, no âmbito do Ministério da Justiça, o Brasil possui aproximadamente 7.500 refugiados, mas o número total de pedidos de refúgio aumentou 930% entre 2010 e 2013.

Na mesma toada da União Europeia, que vem se organizando na propositura de cotas de refugiados para os países-membros,



Neste contexto de expansão de refugiados no território nacional, caberá também às Entidades Benéficas a responsabilidade de conter a marginalização e a miséria da imigração desenfreada

visando, com isso, distribuir as pressões migratórias e os impactos na moradia, educação, saúde e emprego local, o Brasil, por intermédio do Ministério da Justiça da Prefeitura e do Governo de São Paulo, assinaram um termo de compromisso, cujo teor teve como objetivo a promoção de determinadas ações para garantir os direitos basilares destes refugiados: a criação de um Centro de Cidadania e de Atenção ao Imigrante, bem como repasses ao Governo do Acre e para a Prefeitura de São Paulo. Diante de tal iniciativa, o Governo Brasileiro pretende auxiliar o imigrante na emissão de documentos, qualificação profissional, prestação de serviços de assistência social, como abrigo, orientação jurídica, aulas de português, apoio psicológico e demais campanhas de conscientização.

Neste contexto de expansão de refugiados no território nacional, caberá também às Entidades Benéficas a responsabilidade de conter a marginalização e a miséria da imigração desenfreada. Veja-se que a crise migratória não se restringe aos refugiados sírios, mas também alcança os congolezes, angolanos, palestinos, iraquianos e os imigrantes haitianos, entre outros. Aliás, o que não falta no mundo, infelizmente, são exemplos de países em conflitos armados, sejam eles internos ou externos.

DIREITOS DOS REFUGIADOS

Em breve análise sobre o assunto, podemos dizer que a *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados*, assinada em Genebra em 28 de julho de 1951, e adotada no Brasil pelo Decreto 50.215, de 28 de janeiro de 1961, assegura aos refugiados o exercício mais amplo possível dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Neste tom de proteção, a defesa dos direitos humanos, de cunho eminentemente constitucional, não é limitada às promessas de campanhas políticas imigratórias, mas, pelo contrário, dá-se por meio das relações internacionais mantidas pela República Federativa do Brasil, sob regência dos princípios fundamentais dos direitos humanos (art. 4º, II, da CF).

Assim, o ordenamento jurídico assume papel importantíssimo garantidor aos refugiados do direito a uma política de acolhimento temporária, com todos os meios e recursos a ela inerentes. Ainda que avulsa a apreciação pelo órgão do CONARE quanto à regularidade do visto humanitário, os refugiados têm assegurados o direito à vida, à integridade física e moral, à liberdade, ao trabalho, à alimentação, garantidos por Tratados e pela Constituição Federal, indistintamente.

Por sua vez, a Lei 9.474/97, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, dispõe

que será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: “I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.” Vale ressaltar que a condição efêmera de refúgio cessa no momento em que as circunstâncias em que a pessoa é obrigada a abandonar seu país deixarem de existir (art. 38, Lei 9.474/91).

De toda forma, o exercício dos direitos e deveres durante essa fase transitória, na qual a legislação autoriza, inclusive, o reconhecimento de certificados e diplomas e o ingresso facilitado em instituições acadêmicas de todos os níveis (art. 44, Lei 9.474/91), é condição jurídica especial extensível também ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional.

Portanto, o reconhecimento da condição jurídica de refugiados assegura a todos os direitos fundamentais da pessoa humana e, especialmente, **o direito previsto no artigo 32 da Lei 9.494/97 de não ser o refugiado obrigado a retornar ao seu país de origem.** Vale destacar que a condição de refugiado é juridicamente diversa da classe de imigrantes, que possui obrigações próprias advindas da Lei 6.815/80 - Estatuto do Estrangeiro.

O PAPEL DAS ENTIDADES BENEFICENTES NA CRISE HUMANITÁRIA

O papel das entidades beneficentes para a solução da crise humanitária é importantíssimo. O artigo 203 da Constituição Federal dispõe que a assistência social será prestada a quem dela necessitar. Por sua vez, a Lei 8.742/93 (LOAS) rege-se pelo princípio da igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza (art. 4º, IV). Ademais, seus objetivos visam proteger as pessoas de um modo geral, independentemente de sua condição, à garantia da vida, a redução de danos e a prevenção de riscos. (art. 2º).

O conceito de entidades beneficentes de assistência social encontra-se previsto no artigo 3º da LOAS. Mas a Lei 12.101/09, que dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social também traz sua definição. Para esta Lei, tais entidades são aquelas que prestam, sem fins lucrativos, atendimento e assessoramento aos beneficiários abrangidos pela LOAS, **especialmente as que realizam serviço de acolhimento institucional provisório de pessoas e de seus acompanhantes, que estejam em trânsito e sem condições de autossustento** (art. 18, §1º e §2º, III).

Por sua vez, a Resolução 109 do CNAS relata **expressamente a possibilidade de oferecer serviço de proteção social especial de**

Vale ressaltar que a condição efêmera de refúgio cessa no momento em que as circunstâncias em que a pessoa é obrigada a abandonar seu país deixarem de existir (art. 38, Lei 9.474/91)

alta complexidade, na modalidade de acolhimento provisório institucional, **aos indivíduos refugiados**, tudo como forma de integrar a universalidade na prestação da assistência social. Outrossim, ainda que o refúgio seja um critério político de asilo ao súdito de outra nação, o atendimento das necessidades básicas dos indivíduos que se encontram nessa condição pelas entidades beneficentes é vital. Seria um contrassenso que o refúgio, por ser medida política protetiva, não revestisse da proteção da assistência social.

Como o problema da crise humanitária se dá a nível global, o cumprimento da obra mínima para contemplar a dignidade da pessoa humana, ante a impossibilidade de o Poder Público assumir essa condição, recai quase sempre na esfera do Terceiro Setor. Mas diga-se que tal benesse não deve ser praticada pelas entidades sem a observação dos ditames estatutários e legislação social pertinente.

Assim, não há dúvidas que a solução para a crise migratória percorre o bojo das entidades beneficentes. Fundada no trabalho e no espírito de solidariedade ao próximo, todas demonstram capacidade em ajudar. E, não obstante essa situação de inabilidade estatal de exercer a proteção dos refugiados, a assistência social no Brasil praticada pelos particulares tem demonstrado muita competência!

A crise humanitária vivida pelos refugiados não pode ser apenas velada sob o crivo da política. A condição jurídica de refugiado traz consequências à assistência social, e por isso deve ser tratada com maior amplitude. Evidente que o encômio simbólico de boas-vindas pela Presidente Dilma Rousseff, assomado ao termo de compromisso assinado, não são suficientes para garantir os direitos dos refugiados previstos na Convenção. Não se trata aqui de fechar as portas para a transmigração, contudo, a crise migratória não pode se restringir ao discurso político e medidas paliativas, ora executadas sem o mínimo de planejamento pela Administração Pública, cuja consequência será a ineficácia do Termo de Compromisso e o aumento do desvio de recursos públicos derivado da corrupção. Nesse ponto, guardadas as nuances legais que regem a matéria, as entidades beneficentes de assistência social destacam-se para solução do problema. Quando recebem indivíduos de outra nação soberana, sobrevivendo por uma força maior, e não por vontade própria, as medidas de proteção praticadas devem ser imediatas e planejadas, mas sobretudo contextualizadas a cada caso. O refúgio é temporário, mas nem por isso a proteção dos direitos humanos pelas entidades deve ser deslembada. Mas nota-se: os objetivos institucionais devem ser cumpridos, sob a regência da legislação social. 📖



◀ **MARCOS BIASIOLI** é Advogado em São Paulo, Consultor Jurídico do Terceiro Setor, Titular da M.Biasioli Advogados, Idealizador e Membro do Conselho Editorial da Revista Filantropia.



◀ **RODRIGO PINHEIRO NAKO** é advogado em São Paulo, coordenador da Banca Jurídica, M.Biasioli Advogados e consultor Jurídico do Terceiro Setor.



O IMPEACHMENT PRESIDENCIAL E O TERCEIRO SETOR

O padeiro depende da farinha para o seu ofício, o farinheiro do trigo, o trigo do obreiro, o obreiro da mãe natureza. A natureza não produz sem o obreiro, o obreiro não produz sem o trigo, que não pode semear, azar do farinheiro, ruim para o padeiro, porém pior para o brasileiro. Esta simples metáfora demonstra que a cadeia do mais tenro processo produtivo, se interrompida por qualquer ator, desmantela a mesa do cidadão. Imagine, então, uma economia patética que mal faz, pois afeta a todos os atores do processo, quebrando a produção e a própria locomotiva do Estado.

Neste cenário, então, o *impeachment*, que virou pano de fundo, não foi impulsionado apenas pelas pedaladas fiscais, pois, se o Brasil estivesse com saúde econômica, talvez ele seria apenas um ator coadjuvante, mas não o astro que o povo se apegou para resgatar a moralidade pública.

No entanto, é preciso entender, economia à parte, que o *impeachment* deriva de crime e o processo que foi aprovado pela maioria absoluta do Congresso Nacional é oriundo da infração à Constituição Federal:

Art. 85.

São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

(...) V – a probidade na administração;

VI – a lei orçamentária;

VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

As provas apontaram que houve crime de responsabilidade, porém os arautos do poder defendem que a presidenta é honesta e não surriprou sequer um vintém dos cofres públicos em seu benefício, como se existisse apenas uma categoria de crime – qual seja, o de prevaricação, em que o ator lesa a pátria apenas em seu benefício. Advogam, então, a tese de que todo o imbróglio jurídico transveste-se de golpe, cujo movimento é político e não jurídico. E mais, hastearam a bandeira como se estivessem em campanha para a cooptação do voto direto, sob o apelo de que os programas Bolsa Família, Universidade para Todos, Pronatec, entre outros, seriam cessados caso aprovado o processo de *impeachment*, e que o pobre voltaria a ser miserável.

Triste empreitada da defesa, que subestimou o saber de nossas Instituições, fazendo com que nos lembrássemos do magistério de Norberto Bobbio, que explicou a ascensão e a queda da esquerda: “*Noliatum sapere sed time*” (Não te envaideças de teus elevados saberes, mas teme-os).

Assim, o discurso sucumbiu e o *impeachment* já passou e, recentemente, após o relator da Comissão Especial do Senado Federal apresentar o parecer que versa sobre a admissibilidade quanto à instauração do processo, o plenário, por maioria simples, o aprovou e, com isso, a presidenta ficará afastada do cargo por um prazo de 180 dias. Como pode ser observado pelo resultado dessa votação, os bons ventos da mudança sopram nesta casa do Poder Legislativo, na medida em que, não obstante ter iniciada a fase de produção de provas e apresentação de defesa, mais de dois terços dos senadores votaram pela instauração do processo, quantidade suficiente para posterior aprovação do afastamento definitivo da chefe do Poder Executivo.

Caso seja esta a rota do destino e o *impeachment* venha a se consumir, uma grande vala de dúvida sobre o futuro do Brasil já paira no ar, em especial quanto ao norte das políticas públicas sociais. Assim, parafraseando Carlos Drummond de Andrade: “A festa acabou, a luz apagou, o povo sumiu, a noite esfriou, e agora, José?”. Arriscando-nos a responder, temos então que caminhar em um só sentido, qual seja nos desapaixonarmos da vaidade de ser o criador para que nos apeguemos ao papel do operador, visando à preservação do bom em detrimento do ruim.

Neste diapasão, guardadas as barbáries cometidas pelo partido que representava o Poder Executivo, que cotidianamente vêm sendo reveladas e penalizadas pelo Judiciário, assomado ao crime de responsabilidade fiscal ora praticado pela presidenta, que pode levá-la a desembarcar do poder, não há como tirar o verniz de alguns pilares que foram construídos sob gestão do governo

petista e que os próximos governos precisam valorar, sob pena de um retrocesso abismal.

Para doutrinar o assunto, é bom rememorar que na década de 1930 imperava o Conselho Nacional de Seguridade Social (CNSS), criado para organizar e centralizar as obras assistenciais públicas e privadas, porém este naufragou em sua essência, ante o clientelismo político e a manipulação de verbas públicas. Na década de 1940, o modelo foi a Legião Brasileira de Assistência (LBA), impulsionada para tutelar as famílias cujos chefes foram para a guerra, porém a iniciativa virou a esfinge do primeiro damismo, de modo que abalou sua eficácia de perenidade e universalização. Já nos anos 1970, idealizou-se o Ministério da Previdência Assistência Social, com a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (Sinpas), que centralizava as políticas em nível federal, ao invés da descentralização visando à identificação e ao diagnóstico das causas por meio da capilaridade regional.

Foi a Constituição Federal de 1988 que trouxe novos rumos às políticas públicas, visando à integração dos entes federados e da sociedade, na saga das erradicações das desigualdades. Derivado e por ordem dela, a matéria social teve que ser regulamentada pelo Congresso Nacional, sendo que nos idos de 1993, sob a batuta do então presidente Itamar Franco, nascia a Lei Orgânica da Assistência Social (Loas), que tem como diretrizes: I – descentralização político-administrativa para os estados, o Distrito Federal e os municípios, e comando único das ações em cada esfera de governo; II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis; III – primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social em cada esfera de governo.

Na regência desta lei, coube aos entes federados implementar, ao seu bel prazer, as políticas públicas, desde que convergentes com a Constituição. De tal liberdade, virou libertinagem e muitos foram os programas criados Brasil a fora, cuja adversidade de rótulos (Leve-Leite, Bom Prato, Dose Certa etc.) viraram mais marca para marketing eleitoral do que programa de Estado, ameaçando a essência da ordem constitucional e vulnerando o tão sofrido orçamento e, por óbvio, o direito do cidadão brasileiro.

A liberdade da saga da estrutura social conferida aos entes federados, guardadas exceções, trouxe uma legião de malfazejos e o dinheiro público foi ralo abaixo, o que fez brotar um universo de denúncias de desvios públicos, não só fruto de corrupção, mas em especial de finalidade, no qual o pobre virou produto eleitoral, mas não causa para desafios de erradicação de desigualdades. Não foram e não são poucos os inquéritos e processos criminais e cíveis para penalizar e recuperar recursos desviados do cidadão brasileiro por meio das ONGs.

Diante de tal despautério, e talvez por ser a bandeira hasteada pelo governo petista, assomada da determinação constitucional e legal, o tema virou agenda política para o reordenamento da gestão



das ações descentralizadas e participativas de assistência social no Brasil, visando à integração dos entes União, estado e município.

O assunto foi debatido no âmbito nacional, em especial com a participação de atores especializados, e, levado a pauta da *IV Conferência Nacional de Assistência Social*, de 2003, quando foi deliberada a implantação do Sistema Único de Assistência Social (Suas). O ponto alto é que todo o debate engendrado não foi como de praxe ocorre, ou seja, intramuros – “governo a dentro” –, mas sim, de certa forma, participativo, com *status* de pacto federativo, vez que foi ostensiva a integração e presença com voz ativa da sociedade civil organizada, como: União Social Camiliana, Cáritas, Polis, ABCC, Adventistas, Pastoral da Criança, CUT, Fenacon, Fórum Nacional de Secretários Estaduais, Colegiados dos Gestores Municipais (Cogemas), Febec, CNTSS e outras.

Para o funcionamento do Suas, o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), por meio da Resolução nº 130/2005, aprovou a nova Norma Operacional Básica (NOB), que vigora até então – ainda com percalços, porém não deixa de traduzir que foi e está sendo um importante avanço para o desenvolvimento social do Brasil.

De outro lado, outro tema ocupou largo espaço na agenda pública do atual governo, que foi o árduo debate do mecanismo para o financiamento indireto da promoção humana, por meio do respeito à ordem constitucional da imunidade dos entes sociais.

Até 2009, a imunidade foi tratada como renúncia do Estado e não como limitação ao poder de tributar, porém, mediante a intervenção judicial (ADIN nº 2028 e outras tantas decisões

judiciais) e política, a Lei nº 12.101/2009 entrou em ação, unificando os requisitos para se aferir o direito constitucional, o que trouxe um norte aos operadores sociais do Brasil.

Em outra dimensão, o governo atual também trouxe, após largo debate com a sociedade civil, outro mapa legal (Lei nº 13.019/2014), que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil organizada, em regime de mútua cooperação para a realização de finalidades de interesse público.

Enfim, ainda que sob a perspectiva da organização legal, muito trabalhou o atual governo, e cremos que isto fez o país amadurecer no debate e na saga da gestão pública, até mesmo se espelhando nos seus erros, porém nada adianta a construção de leis se elas não forem cumpridas, e como o exemplo vem de cima, nada mais justo que criminalizar quem dita, mas não as cumpre, pois já está há muito tempo em desuso o imperialismo, do qual nasceu o velho adágio: “*faça o que eu mando, mas não o que o faço*”!

Que venham novas gestões para um Brasil melhor, mais justo, mais honesto, sem corrupção, de modo que, unidos em uma só voz, dizemos SIM ao *impeachment* da presidenta, caso assim entendam instituições de direito, porém não à derrubada das políticas públicas sociais, que a duras penas foram edificadas não só pelo governo, mas por meio dele, com o suor e as lágrimas da sociedade civil, que representa o mais retumbante de todos os partidos, o Terceiro Setor, pois, do contrário, aí sim estaremos testemunhando um golpe ao cidadão brasileiro. 🇧🇷

G

LEGISLAÇÃO



◀ **MARCOS BIASIOLI** é advogado, consultor jurídico do Terceiro Setor, titular da M. Biasioli Advogados, idealizador e membro do conselho editorial da *Revista Filantropia*.



◀ **RODRIGO PINHEIRO NAKO** é coordenador jurídico da M. Biasioli Advogados e colunista da *Revista Filantropia*.



COMPLIANCE DO TERCEIRO SETOR

A assistência social, quando tratada como “filantropia” – fruto de altruísmo individual –, influenciada pela sapiência das escrituras sagradas – “tu, porém, quando deres uma esmola ou ajuda, não deixes tua mão esquerda saber o que faz a direita. Para que a tua obra de caridade fique em secreto: e teu Pai, que vê em secreto, te recompensará” (Mateus 6:3, 6:6) –, era exercida meramente sob a regência de uma única lei: a do amor. Quanto mais anônima e secreta, maior era. Para muitos, ainda

é a eloquência da dimensão do amor ao próximo, sinônimo maior do caminho pavimentado ao céu.

Enquanto o sopão, as roupas, o abrigo, a palavra, o incentivo e até mesmo a profissão da fé eram imperativos no comboio da ação do bem, o Estado não interferia. Porém, com a maturidade hodierna, a esmola cedeu lugar para a assistência social, que, por sua vez, saiu do assistencialismo para construir pontes de desenvolvimento humano sob a estrutura de política pública.

Impor mudanças na geratriz do empreendimento pode ser uma salutar alternativa, a começar pela reflexão da alta direção sobre a importância do compliance no Terceiro Setor

Essa travessia trouxe consigo uma legião de adeptos de boas intenções, mormente os religiosos, mas, dado que “dois pobres não se sustentam”, ela também monetizou o empreendimento social, que movimenta atualmente não menos que 3% do nosso Produto Interno Bruto (PIB).

Nesse contexto, a sociedade civil teve de se organizar e, mesmo contrastando com seu DNA de bases meramente altruísticas, vem perpassando por transformações em que o empreendimento não mais é um coadjuvante da assistência social, mas também serve como barômetro no orçamento público, cuja métrica é a minoração dos índices de desigualdades derivada do trabalho delas.

Contudo, a velocidade imprimida de tais mudanças nem sempre foi paritária com a mudança da cultura na gestão da obra do bem, pois muitos dirigentes ainda resistem, advogando a tese de que a obra não está associada ao lucro, mas sim a ações de promoção humana, de modo que devem ser geridas por uma sinergia de voluntários para que haja perenidade da iniciativa.

A filosofia é para lá de valorosa e pontífica o trabalho desinteressado. No entanto, na prática ela é pecaminosa, pois a ausência de uma política austera e concentrada na busca da finalidade social, em uma gestão eficaz, pautada num orçamento palatável que entrega resultado, leva a intenção virar pesadelo.

Citamos, por exemplo, o caos em que se encontram os hospitais filantrópicos, que possuem nada menos que quase R\$ 20 bilhões de déficit. A Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas (CMB) divulgou que existem mais de 1.700 hospitais beneficentes operando no vermelho.

É atenuante o quadro, porém não excludente o fato de que o maior vilão da depreciação da virilidade econômica dos hospitais é o financiamento dos atendimentos dos pacientes usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) pelo Estado, vez que na maioria dos reembolsos se flagra o deságio em relação ao custo do atendimento.

A educação derivada das beneficentes não é diferente; muitas delas estão sofrendo para se manter diante do caixa raquítico. Citamos como exemplo o caso de um centro de educação infantil, de Campo Grande (MS), que fechou suas portas depois de 28 anos de existência, por falta de recursos. Outros

tantos exemplos podem ser colocados aqui para demonstrar o quão falho e incipiente é o conceito de gestão social.

Impor, assim, mudanças na geratriz do empreendimento pode ser uma salutar alternativa, a começar pela reflexão da alta direção sobre a importância do *compliance* no Terceiro Setor e para que se possa entender a sua função na construção social; torna-se indispensável o exame da sua origem e de seu conceito. Tal concepção foi introduzida para instituir o rigor no controle do capital financeiro, salientando-se a criação do Comitê de Supervisão Bancária de Basileia, Suíça, formado pelos então presidentes dos bancos centrais dos dez países de maior economia do mundo, visando fortalecer a solidez dos sistemas financeiros.

A acreditação nos sistemas financeiros multiplicou-se, a exemplo da prática de regras de conduta, dando origem ao *compliance*, sem adentrar no mérito da minudência de toda a sua origem.

A palavra *compliance* oriunda da conjugação do verbo no infinitivo da língua inglesa *to comply*, que significa cumprir, concordar, obedecer, estar de acordo, consentir ou sujeitar-se. Noutras palavras, pode ser entendida como a submissão a regras de condutas.

O Segundo Setor, até mesmo por imposição legal (Leis n.º 9.613/1988, n.º 12.683/2012, n.º 12.529/2011, n.º 12.846/2013 e outras), já vem há tempos implantando o conceito de autorregulamentação de suas operações.

Quando a temática estava submetida aos limites das leis, modesto era o movimento das empresas nacionais em prol de seu enquadramento, uma vez que tais leis nem sempre combinavam com os interesses lucrativos dos acionistas. Além disso, a impunidade reinava diante de um Judiciário moroso, de modo que transgredir essas leis com vista ao lucro compensava.

Todavia, as operações policiais dos últimos tempos, como a Lava Jato, Zelotes, Custo Brasil e tantas outras que estão desbaratando quadrilhas empresariais por todo o país, vêm levando muitas corporações a adotarem políticas rígidas e práticas objetivas de regulamentação interna (*compliance*) para evitar não só o agravamento da ameaça à liberdade dos seus gestores, mas também a liberdade do próprio empreendimento, que, mesmo com a possibilidade de um acordo de leniência, pode ser maculado para sempre.

A preocupação que se alardeia quanto à ausência de compliance está principalmente radicada quando as organizações não-governamentais mantêm relações com o Estado

Assim, para fechar ainda mais o cerco de combate à corrupção e melhoria das práticas administrativas, no dia 30 de junho de 2016 foi sancionada a Lei n.º 13.303/2016, cujo teor dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Como grande destaque desse diploma legal, ressalta-se a obrigatoriedade da criação de instrumentos de controle, fiscalização e ética corporativa, especialmente daquele previsto no § 4.º do artigo 9.º, o qual determina que o estatuto social deve prever a

possibilidade de que a área de *compliance* se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada¹.

Em relação aos integrantes do Terceiro Setor, guardadas as exceções, o *compliance* tem sido visualizado de binóculos, pois muitos ainda não creem que a virulência que tem atingido o Segundo Setor possa assoprar para o seu lado, dada a natureza do negócio social.

A prova da displicência com a importância de impor regras claras e objetivas de condutas é tanta que tem sido praxe no mercado depararmos com associações, organizações religiosas e fundações, até mesmo com estatutos sociais para lá de ultrapassados, que sequer atendem aos preceitos da lei vigente (Código Civil, Lei de Registros Públicos, Lei de Parcerias e Lei da Certificação Social, se aplicáveis à espécie), quanto menos que possuam normas internas a impor limites e responsabilidades na condução de suas operações.

A preocupação que se alardeia quanto à ausência de *compliance* está principalmente radicada quando as organizações não-governamentais mantêm relações com o Estado, pois elas traduzem, na grande maioria, a solução das maledicências derivadas das desigualdades sociais. Porém, algumas delas servem para subterfúgios dos limites das leis orçamentárias e acabam sendo utilizadas pelos governos como porta dos fundos da tergiversação do recurso público.

Enfim, é chegada a hora de impor mais e rigorosa retidão na gestão do empreendimento social. Em linhas gerais, pode-se recomendar a adoção, não exaustiva, de um módico guia de boas práticas de *compliance*:

- identificar se a finalidade social estatutária está sendo cumprida, acareando o estatuto no tocante aos relatórios de atividades e ele referente às leis e boas práticas de governança;
- não confundir a estrutura jurídica do ente (associação, fundação ou organização religiosa) com a sua classificação social (beneficente, organização da sociedade civil de interesse público – Oscip – ou organização social – OS), pois ela deve estar ligada ao gênero, e não à pretensão tributária;
- selecionar, classificar e remunerar bons dirigentes a fim de que o ente não se nivele a uma agremiação de amigos bem intencionados, e sim a uma empresa, ainda que o “produto” seja a obra do bem;
- impor regras de condutas claras e objetivas não só aos dirigentes, mas especialmente aos seus associados, usuários e todos os terceiros com quem se relacionem, de maneira sobressalente com atores que representam o Estado;
- exigir um Conselho Fiscal atuante, fiscalizador e reparador, impedindo o nepotismo e as coligações partidárias e/ou com administradores públicos, despedindo-se daqueles figurantes protocolares;
- criar canais e ouvidoria capazes de prostrar denúncias de desvios de condutas, materializando-as em processos reativos e corretivos;
- atender às regras da Lei n.º 13.019/2014, entre outras, quando a finalidade social autorizar se relacionar com o Estado, na condição de cooperadora dele;
- tornar transparentes contas (atendendo às Normas Brasileiras de Contabilidade – NBC), atividades, investimentos e políticas.

Enfim, o *compliance* do Terceiro Setor não entregará apenas retidão aos atos de gestão, mas sobretudo será o bastião da acreditação do empreendimento privado de interesse público, alforriando aqueles que se entregam ao legado do bem. 🇧🇷

¹BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13303-30-junho-2016-783296-publicacaooriginal-150692-pl.html>>. Acesso em: 19 jul. 2016.



◀ **MARCOS BIASIOLI** é advogado, consultor jurídico do Terceiro Setor, titular da M. Biasioli Advogados, idealizador e membro do conselho editorial da *Revista Filantropia*.



◀ **RODRIGO PINHEIRO NAKO** é coordenador jurídico da M. Biasioli Advogados.



FILANTRÓPICAS NO BANCO DOS RÉUS

Recentemente, foi divulgada pela mídia a intenção do novo governo de aproveitar o debate de reforma da Previdência para inserir mecanismos que visem minorar a “renúncia fiscal” ofertada aos microempresários, exportadores agrícolas e entidades filantrópicas, atualmente na ordem de R\$ 40 bilhões por ano, ou seja, metade do atual déficit previdenciário.

É preciso, então, entender o conceito para concluir se a filantropia suprime o recurso público ou fomenta as ações do Estado.

Cabe iniciar destacando que a República Federativa do Brasil é composta pelos estados, pelos municípios e pelo Distrito Federal, e um de seus principais objetivos é erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, segundo a Constituição Federal.

Nessa linha, a mesma Constituição impôs que a Previdência, a Saúde e a Assistência Social devem ser financiadas com recursos arrecadados: I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei;¹ II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social; III – sobre a receita de concursos de prognósticos; IV – do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Considerando que as entidades beneficentes de assistência social possuem — via de regra — os mesmos propósitos do Estado, então, não seria crível exigir daquelas a participação no financiamento, de modo que o legislador constitucional as excluiu do rol dos contribuintes, impondo, a favor delas, uma limitação ao poder de tributá-las, isto é, a imunidade.²

Ao explorar a temática por meio do exame fático-jurídico, é fácil concluir que há um erro colossal de gênero, caso realmente

¹Incidentes sobre: a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; a receita ou o faturamento; o lucro.

²Art. 195, § 7º, da CF/88.

seja essa a intenção governamental — ceifar a “renúncia fiscal” —, pois não se pode renunciar àquilo que não se tem. Em outras palavras, se é vedado ao poder tributante instituir o tributo contra determinado sujeito, não há como contemporizar a ideia que cabe ou não a ele renunciá-lo.

Não sendo apenas fumaça tal debate, cabe rememorar que esse tema também foi desafiado pelo Poder Executivo³ nos idos de 1998 e 1999, que também ostentava entendimento que podia suprimir a imunidade tributária, impondo restrições às filantrópicas por meio de uma mera Medida Provisória que se converteria em lei, e assim o fez, por meio da Lei n.º 9.732/98, em completo abandono ao que dispõe o art. 146,⁴ II, da norma soberana, que reserva somente à lei complementar a regulamentação das limitações ao poder de tributar.

Em face de tal ato, o Supremo Tribunal Federal foi instado a examinar a inconstitucionalidade de tal lei, ora motivada por meio da Ação Direta n.º 2.028, sendo que, em sede de liminar, o Pleno da Corte afastou parte de sua eficácia.

Mesmo diante da decisão liminar, não foram poucas as investidas do Estado, por meio de auditorias fiscais singulares que atacaram as filantrópicas e visaram surrupiar delas o direito constitucional da imunidade, sob a pecha, agora igualmente debatida, que elas colaboravam com a ruína do orçamento da Previdência Social, de modo que o Judiciário virou o maior palco para sanar as desinteligências jurídicas, cuja peleja aguarda até hoje o pronunciamento definitivo do Supremo.

Litigância à parte, tramitou no Congresso Nacional o projeto de lei que, depois de muitos desgastes nas campanhas de defesa do social, foi transformado na Lei n.º 12.101/09, sancionada pelo governo anterior, que acabou por minorar as turbulências de insegurança jurídica, dando até então um norte à organização social e tributária das filantrópicas.

Tal diploma, não muito diferente dos anteriores, impôs limites mínimos de obrigação às entidades filantrópicas de promoverem ações sociais gratuitas como sinônimo de contrapartida ao gozo da imunidade, as quais, guardado o debate de sua inconstitucionalidade, acabaram tornando-se palatáveis. Vejamos:

- **Saúde:** obrigatório o emprego de ao menos 60% de atendimento aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS).
- **Educação:** concessão de pelo menos uma bolsa de estudos integral gratuita para cada cinco alunos pagantes.
- **Assistência social:** serviços em prol dos usuários da política nacional de assistência social (PNAS), de forma integralmente gratuita.

Assim, depois de quase sete anos de mansuetude legislativa, as filantrópicas passaram a se adaptar e otimizar um plano de trabalho visando continuar a promoção social, mediante a autossustentabilidade, no propósito de se alforriar da ideia que poderiam viver com a ajuda direta do deficitário orçamento público, mesmo tendo tal direito previsto na Constituição Federal.

Admitir, então, que há indícios de voltarem ao “banco dos réus” na condição de vilões do déficit previdenciário é, no mínimo, miopia de administrador público, e, caso o governo que acaba de ser empossado abraça a bandeira de realmente investir a favor do fim ou de dificultar o acesso da imunidade tributária das filantrópicas, iniciará a cruzada de um retrocesso abismal.

O que sustenta tal afirmação? Primeiramente, neste momento de reconstrução da então achincalhada Ordem e Progresso do Brasil, é sabido que todos terão que contribuir com uma parcela de sacrifício, não obstante o fato de que, se possível fosse, o justo seria que tal conta fosse partilhada apenas entre aqueles 55 milhões de brasileiros que, mesmo sabendo do desastre econômico do país, entregaram “via voto”, de forma reiterada, as chaves do cofre público aos falsos paladinos dos pobres que derrubaram nada menos que *um quarto* do Produto Interno Bruto (PIB) em apenas um ano, segundo o Fundo Monetário Internacional (FMI), arremessando o Brasil de sexta para a nona maior economia do mundo,⁵ ante as mazelas operadas à frente da gestão pública.

Relevando que a democracia venceu e a justiça já foi parcialmente feita, voltemos ao foco do estudo, qual seja: será justo enviar novamente as filantrópicas ao “banco dos réus”?

A resposta é: óbvio que não. Façamos as contas.

Consta da pesquisa realizada pela DOM Strategy Partner, divulgada pelo Fórum Nacional das Entidades Filantrópicas (Fonif), que nas áreas de Saúde, Educação e Assistência Social, a cada R\$ 1,00 obtido por isenções fiscais, cada instituição filantrópica retorna R\$ 5,92 em benefícios para a sociedade.

A pesquisa também concluiu que, quando as áreas de atuação são analisadas separadamente, na Saúde, o coeficiente de contrapartida sobe para R\$ 7,35; na Assistência Social, o retorno à sociedade é de R\$ 5,73 e na Educação, R\$ 3,86.⁶

Esses fatos econômicos, ora construídos com isonomia, por si só, já seriam mais do que suficientes para desencorajar qualquer iniciativa governamental de estreitar o acesso da imunidade tributária às filantrópicas; porém, é importante trazer à discussão outros dados relevantes.

Iniciemos nosso exame.

³O ministro Geddel Vieira Lima, que hoje tem assento na Secretaria do Governo, fazia parte da liderança da bancada governista que à época encampou a tese de acabar com a isenção das filantrópicas. Oxalá estejamos errados, será um *déjà-vu*?

⁴Art. 146. Cabe à lei complementar: I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar [...].

⁵NAKAGAWA, F. Brasil cai para a posição de 9ª economia do mundo. *Revista Exame* [on-line]. 4 abr. 2016. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/pib-em-dolar-cai-25-e-brasil-cai-para-a-posicao-de-9a-economia-do-mundo>>. Acesso em: 19 set. 2016.

⁶Mais informações sobre a pesquisa do Fonif podem ser encontradas no artigo *Fonif divulga estudo sobre contrapartida oferecida pelo Setor Filantrópico ao país*, publicado nesta edição da *Revista Filantropia*, ou no link <<http://www.fonif.org.br/noticias/setor-filantropico-da-retorno-de-600-a-sociedade/>>.

- **Saúde:** destaca-se que o Tribunal de Contas da União (TCU), depois de um vasto estudo, concluiu o seguinte sobre os hospitais públicos:⁷

Os técnicos visitaram 116 hospitais e prontos-socorros do país:

- 64% estão sempre superlotados;
- 36% também passam por essa situação, mas com menos frequência;
- 77% dos hospitais mantêm leitos desativados porque não há equipamentos mínimos, como monitores e ventiladores pulmonares;
- 45% dos equipamentos ficam sem uso porque faltam contratos de manutenção;
- 48% sofrem com deficiência de instrumentos e móveis básicos para prestação dos serviços; e
- em 80% dos hospitais fiscalizados pelo Tribunal, faltam médicos e enfermeiros, e quase a metade deles tem leitos fechados, exatamente pela falta de profissionais.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) divulgou:

Quase 24 mil leitos de internação, aqueles destinados a pacientes que precisam permanecer num hospital por mais de 24 horas – foram desativados na rede pública de saúde desde dezembro de 2010. Naquele mês, o país dispunha de 335,5 mil deles para uso exclusivo do Sistema Único de Saúde (SUS). Em dezembro de 2015, o número baixou para 312 mil – uma queda de 13 leitos por dia.

Assim, diante dessa epidemia de leitos sendo desativados por ineficiência da gestão de saúde pública, um estudo demonstra a fragilidade da rota adotada no Brasil, pois possuímos 2,3 leitos para cada mil habitantes, enquanto a Organização Mundial da Saúde (OMS) recomenda de 3 a 5 leitos para cada mil habitantes, ou seja, estamos 50% abaixo da média ideal.

Nesse contexto da nossa saúde pública, ceifar a imunidade dos hospitais filantrópicos que, em sua maioria, estão arruinados por bancar o deságio da tabela SUS, que chega a até 65%, não nos parece visão proativa de uma governança pública que chega empunhando a bandeira progressista.

- **Educação:** o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb), construído com base na última Prova Brasil, apontou que mais de 65% dos alunos brasileiros no 5º ano da escola pública não sabem reconhecer um quadrado, um triângulo ou um círculo.

O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) divulgou que o Ideb das escolas públicas é menor, em média, do que o das escolas privadas — entre elas as filantrópicas — em cerca de 35%, o que o levou a estender o conceito de “muito crítico” ao ensino público.

A falta de valorização do professor e o sucateamento de muitas escolas públicas, inclusive universidades — mormente as federais — completam o quadro da educação gerida pelo governo, guardadas as exceções regionais.

Tal quadro é diametralmente diferente quando se trata da escola privada, incluindo as de interesse público — como no caso as filantrópicas —, que mesmo abatidas por alguns investidores, ora tidos como predadores de última hora — uma vez que enxergam os alunos como *commodities* e não como o futuro de uma pátria —, entregam alunos muito mais preparados ao mercado.

É injusto não listar todas, mas dada a limitação de espaço, destacamos que as escolas filantrópicas Adventistas, Agostinianas, Camilianas, Consoladas, Divina Providência, Dehonianas, Franciscanas, Lourdinias, Legião da Boa Vontade, Marcelinas, Maristas, Rede Azul, Salesianas, Santo Antônio e tantas outras pelo Brasil formam não milhares, mas milhões de alunos bolsistas todos os anos, sem falar na geração de emprego e de economia que, juntas, produzem para o Estado.

Acreditar, então, que elas contribuem para a corrosão do orçamento da Previdência significa endossar a maledicência daqueles que são contra privatização sob a bandeira que ela traduz a “rifa do Brasil”, pois se elas não promoverem a educação, sozinho o Estado não o fará.

- **Assistência social:** os regimentos anteriores aos de 2009 estipulavam como principal requisito ao reconhecimento, pela Administração Pública, de “entidade beneficente de assistência social”, a comprovação do emprego de recursos em ações sociais gratuitas na proporção mínima de 20% da receita auferida.

No entanto, a nova regra impôs que todas as ações promovidas pelas filantrópicas não de ser integralmente gratuitas, pois do contrário, além de não conseguirem o referido reconhecimento, por óbvio, não lograrão o direito de usufruírem o benefício tributário da imunidade.

Nesse contexto, a legião das filantrópicas de assistência social sobrevivem à noite com a labuta do dia e, assim, qualquer que seja o entrave que venha a ser criado em uma eventual reforma previdenciária traduzirá a impossibilidade de se continuar a promover o bem social, pois acarretará na extinção de diversas delas e, por consequência, na piora da qualidade de vida da população menos favorecida.

Por fim, é certo que até Deus sentou no banco dos réus, como destaca a clássica obra do filósofo irlandês C.S. Lewis (1898-1963), *God in the Dock (Deus no Banco dos Réus)*, cuja temática deu ênfase no quão difícil é conviver com o egoísta, o sabotador, o ciumento e como seria mais fácil se eles não existissem. Repentinamente, o autor vira o jogo ao enfatizar que essas frustrações são as mesmas que Deus tem que suportar todos os dias conosco, de modo que não daria para simplesmente colocá-Lo no banco dos réus, diante das consequências de nossos próprios atos.

Com base no anteriormente narrado, se o Estado está à beira da ruína, devemos nos aliar a ele na promoção humana, mas se a ideia for lançar as filantrópicas novamente ao banco dos réus, que ele não esqueça de colocar “dois assentos”, sendo o maior para ele! 

⁷G1. Mais de 60% dos hospitais públicos estão sempre superlotados. *Bom dia Brasil*, 27 mar. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/03/mais-de-60-dos-hospitais-publicos-estao-sempre-superlotados.html>>. Acesso em: 19 set. 2016.



◀ **MARCOS BIASOLI** é advogado e administrador de empresas, pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University, consultor jurídico do Terceiro Setor, titular da banca jurídica da M.Biasoli Advogados, e idealizador e membro do Conselho Editorial da *Revista Filantropia*.



O CALVÁRIO E AS SAÍDAS DO ADMINISTRADOR DO ENTE SOCIAL

Ao empreender uma obra social, tirando-a do plano romântico para o real, o primeiro – e primordial – requisito para a sua personificação de direito é eleger para ela o administrador, sendo este o próprio instituidor, o voluntário ou o profissional. Contudo, sem ele, gera-se uma espécie de infanticídio, ou seja, mata-se a obra antes mesmo de ela nascer.

Como todo nascituro, a obra, em seu despertar, é refém de quem lhe gestou, isto é, de quem o idealizou e o administra. Daí já se enraíza a obstinação pelo cumprimento da missão, mirando um horizonte de perenidade sustentável da iniciativa.

Relevando que, no empreendimento social, o homem é apenas um ator coadjuvante, pois as mãos invisíveis de Deus operam com virulência e fazem com que a obra cresça, o idealizador-administrador logo se depara com um conflito na administração de seu tempo, pois aquela “horinha” que ele dedicava

ao projeto passou a ser um “período” e, depois, transformou-se em longas “jornadas”, que provocam, sem sombra de dúvida, uma euforia sem métrica, cuja energia brota eloquentemente sem pedir passagem.

No entanto, aí começa o calvário do administrador, pois a vida é tão rica e o homem é tão pobre, que não consegue vivê-la em sua plenitude, uma vez que se sente um eterno ladrão, que rouba tempo da família para o trabalho e do trabalho para a família, sendo que o terceiro ator, tido como empreendimento social, já “chega chegando”, arrebatando uma fatia do tempo do pobre homem.

O conflito se torna realidade: família, trabalho, obra social, cuidados com a saúde, trânsito, WhatsApp, o time de futebol preferido, o cachorro... Todos passam a disputar um espaço na minúscula agenda do administrador!

Nesse compasso, a obra começa a encontrar caminhos perniciosos, pois precisa do seu idealizador, dado que o trabalho não é

Nessa árdua caminhada, o que pode contribuir com a decisão é a atitude objetiva do idealizador-administrador, ou seja, se for para assumir de fato e de direito a administração da obra, que o faça sem receio de macular a origem

mais de criança e, sim, de “gente grande”. Porém, ele começa a sentir que está perdendo a mão e depara-se com uma grande dúvida:

- Passar a administração?
- Assumir, de fato, a gestão?
- Tornar híbrida a sua atuação?

Passar a administração implica na busca de um verdadeiro administrador, alguém para assumir os ônus do múnus, contudo, sem garantias de resultados e da perenidade da iniciativa. Assim, ecoa um vazio, como: “agora que eu erigi obra, dela vou me divorciar?”. Fica, então, um grande hiato: o que fazer nessa caminhada?

Assumir, de fato, a gestão passa a ser, então, uma alternativa palatável, mas a decisão implica em renunciar o trabalho ordinário e cobrar da obra uma remuneração, afinal “dois pobres não se sustentam”. Porém, como transmitir tal anseio aos pares da idealização, ao mercado, aos órgãos públicos e até mesmo aos amigos contribuintes, sem que haja suscitação acerca da lisura do ímpeto primário do empreendimento social, que era movido tão somente pelo romance inicial?

Não é raro, então, para não dizer que ocorre com a maioria dos casos, o idealizador trilhar por outro caminho, qual seja, o híbrido, isto é, ele continua vinculado ao órgão diretivo, porém delega o operacional, e nas “horinhas” vagas se dedica aos pilares do negócio social.

Qualquer que seja a escolha, o calvário está formado. Então, é preciso coragem e desapego para se livrar dele. Mudar de lado é uma boa ideia, qual seja, trocar a figura de pai para se tornar filho, assumindo um papel de mero colaborador, até mesmo como remido, se isto lhe massagear o ego, porém não ostensivo, pois tudo tem prazo de validade, inclusive o administrador.

Nessa árdua caminhada, o que pode contribuir com a decisão é a atitude objetiva do idealizador-administrador, ou seja, se for para assumir de fato e de direito a administração da obra, que o faça sem receio de macular a origem, parametrize com o órgão colegiado uma justa remuneração, ora permitida pela legislação social, pois ninguém melhor do que o pai para saber as necessidades do filho. Governança em uma mão, evangelho na outra, e o céu é o limite!

No entanto, se apenas a paixão é que lhe move, desapegue, busque a alforria, saia inclusive do *board* e fique de camarote como benemérito, auxiliando a busca da perenidade da sua iniciativa, o que o protegerá da sábia responsabilidade objetiva.

Agora, se a ideia for aquela de **natureza híbrida**, ou seja, “dirijo, mas não administro”, liberte-se agora dela, pois é uma tremenda fria, dado que seu nome, sua moral, sua idoneidade, sua imagem, sem falar no seu casamento, estão sob risco. **Alerta vermelho!**

Vejam o motivo.

A velha máxima legal (vide artigo 1.011 do Código Civil) traduz a seguinte interpretação:

o administrador que, no exercício de suas funções, não tiver o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios, estará sujeito a responder por qualquer ato que implique em desvio de conduta, ainda que indiretamente.

A omissão também tem sido a maior vilã da responsabilização, como pode ser visto no recente entendimento havido pelo Superior Tribunal de Justiça:

[...] Como ex-diretor presidente, tinha o dever de se preocupar com a legalidade dos procedimentos realizados, bem como pautar suas ações nos estritos limites da lei a fim de não só evitar quaisquer prejuízos à empresa, como também pautar pela licitude dos atos da pessoa jurídica que representava. Assim, como administrador principal da companhia, tinha por obrigação implementar e fomentar boas práticas de governança corporativa, utilizando-se, para isso, de parâmetros/instrumentos legais e morais com vistas a aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade, o que passa ao largo da hipótese ora em foco, na qual constatada a inadequação de procedimentos aptos a ensejar prejuízos à companhia [...].¹

A leitura que se faz deste precedente é que o dirigente, ainda que não administre de fato o empreendimento, responde em primeiro lugar pelos ônus da eventual tergiversação da administração, sendo meramente coadjuvantes os demais pupilos eleitos para efetivamente gerir o negócio social.

Diante de tal contexto, não dá para tirar o verniz da coragem do gestor, muito menos o valor espiritual de sua saga, porém, nunca é tarde lembrar que temos a visão e a inteligência para escolher o caminho adequado para os nossos empreendimentos, de modo que saíamos da rota do calvário, pois dele somente um “ser” saiu depois de morto, Jesus. 🙏

¹REsp 1475706 SP 2013/0029904-5.

A woman in a grey strapless dress is leaning forward, whispering into the ear of a woman in a white dress. The woman in white has a glowing halo around her head and is pointing upwards with her right index finger. The background is dark with some light effects.

A Filantropia entre o céu e o inferno tributário

LEGISLAÇÃO



MARCOS
BIASIOLI

Depois de cinco Constituições¹, o Brasil conseguiu erigir, dentro do último ordenamento (1988), alicerces para o exercício pleno de uma política social de Estado, pois dela consta: sujeitos, formas e fontes para o seu custeio. Destaca-se o teor do artigo 195², que aduz:

A seguridade social³ será financiada por toda a sociedade, de modo direto e indireto, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, e das seguintes contribuições sociais [...].

Ao estabelecer as fontes de custeio, o legislador constitucional consignou que são contribuintes da seguridade social o empregador, a empresa e a entidade a ela equiparada na forma da lei. Contudo, excluiu do rol as entidades beneficentes de assistência social que atendam aos requisitos estabelecidos em lei, conferindo a elas a imunidade tributária.

Para regulamentar o parágrafo 7º do artigo 195 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi acionado por meio de um Mandado de Injunção (nº 232/RJ, de autoria do Centro de Cultura Professor Luiz Freire), que teve o objetivo de colocar o Congresso Nacional em mora. A par deste ato judicial, foi promulgada a lei de custeio nº 8.212/91.

Aproveitando-se do fato, o legislador foi incentivado pelo Poder Executivo a impor, como contrapartida ao reconhecimento da imunidade das contribuições sociais, requisitos restritivos² como condição às entidades usufruírem do direito constitucional, em especial serem reconhecidas pela Administração Pública, como beneficentes, ou seja, possuírem o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Cebas).

A legislação complementar que regulava o referido Cebas (Decreto nº 2.536/98) trouxe no seu contexto restrições ainda maiores, entre elas, a obrigatoriedade da comprovação do emprego de parte de suas receitas em ações sociais gratuitas.

As condições restritivas ao acesso à imunidade passaram a acirrar incomensuráveis conflitos entre o Estado e as entidades beneficentes, pois a União Federal resistia em reconhecer a imunidade das entidades beneficentes que não comprovassem a aplicação do percentual mínimo legal em ações sociais gratuitas em prol de pessoas em estado de vulnerabilidade.

A reforma da Previdência ainda assombra a imunidade e, como se trata de reforma da própria Constituição, a arma pública é mais letal, pondo em risco não só os programas sociais, mas a solvência e a sua própria coexistência, voltando ao dissabor da sombra do inferno tributário

As entidades beneficentes se defenderam escudando-se no fato de que, por serem complementadoras das ações sociais estatais, não se subsumiam a tal regra, pois ela era derivada de uma lei tida como ordinária, ou seja, que foi promulgada com quórum mínimo do Congresso Nacional. Assim, advogaram a tese de que eram reféns da norma prevista no Código Tributário Nacional (artigos 9º e 14º), por se tratar de lei complementar.

O judiciário, por inúmeras vezes, foi provocado a dirimir os conflitos quanto à legalidade e/ou constitucionalidade de uma lei ordinária (artigo 55 da lei nº 8.212/91) e impor requisitos para reconhecimento da imunidade, uma vez que o artigo 146, inciso II, da Constituição, determina que as limitações ao direito de tributar somente pode ser exercido por meio de Lei Complementar.

Os Tribunais Regionais de todo o Brasil exortaram vários julgados, reconhecendo que a limitação ao direito de tributar, em verdade, somente poderia ser imposta por meio de lei complementar, porém o assunto ainda não havia sido sedimentado pelo STF, de modo que viabilizou as renovadas investidas da União Federal, exigindo das entidades beneficentes o cumprimento da lei ordinária.

Avistando uma acachapante derrota judicial, nos idos de 1998, o Poder Executivo encampou a promulgação da nova lei ordinária nº 9.732, derivada do Projeto de Lei nº 3.021, impondo novas restrições ao acesso da imunidade tributária pelas entidades beneficentes.

Na busca por uma segurança jurídica definitiva, não restou outra alternativa às entidades beneficentes

Marcos Biasioli é sócio-titular da M.Biasioli Advogados, administrador de empresas (Mackenzie), pós-graduado em Direito Empresarial (The European University), contabilista, conselheiro de Administração (IBGC/SP), idealizador da Revista Filantropia, coidealizador da Primeira Comissão de Direito do Terceiro Setor no Brasil/OAB-SP e coordenador geral do Congresso Brasileiro do Terceiro Setor.

¹As Constituições Federais anteriores à 1988 foram promulgadas em 1824, 1891, 1934, 1946 e 1967.

²Vide artigo 55.

³Que por ordem da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93) exercia o múnus de julgar o reconhecimento social.

senão recorrer à tutela jurídica, diretamente junto ao Supremo Tribunal Federal, que o fizeram por meio da Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS), que ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Processo nº 2.028, cuja tese foi aquela que já vinha sendo repisada.

Houve liminar do Pleno do STF retirando a eficácia do artigo 1º da Lei nº 9.732/98, na parte que alterou a redação do artigo 55, inciso III, da Lei nº 8212/91, e acrescentou-lhe os parágrafos 3º, 4º e 5º, bem como os artigos 4º, 5º e 7º da referida lei.

Não obstante os efeitos da liminar, não faltaram novas investidas do Estado para continuar regulando a imunidade tributária de forma oblíqua, ou seja, por meio de outros instrumentos, em especial aqueles emanados pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS)³, relacionados à concessão do Cebas, que, por via transversa, representava o principal requisito para o acesso à imunidade tributária.

Relevando que a ADI nº 2.028 já estava há mais de uma década sem julgamento de mérito, outra lei ordinária foi editada (Lei nº 12.101/09), talvez em um ensaio para dismantelar a empreitada judicial travada na referida ação.

Dada a mão pesada do Estado quanto aos lançamentos fiscais e seus acessórios, muitas entidades beneficentes optaram em atender, sem titubear, à resenha das novas legislações ordinárias e extravagantes, porém sem descartar o “fio de esperança” ativado no julgamento do mérito daquela ADI.

O preço pago por elas não foi baixo, sendo que muitas chegaram a responder com a própria carne, ou seja, produziram ações sociais aos usuários da assistência social às suas expensas, e, ainda, pagaram os tributos lançados com base na legislação ordinária, de formas espontânea e compulsória.

Quando já eram rarefeitas as esperanças, depois de quase duas décadas, o Supremo Tribunal Federal, na seção de 2 de março de 2017, por unanimidade julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos da Lei ordinária nº 9.732/98.

ENFIM, O QUE MUDA?

Após a publicação do acórdão que externa o resultado do julgamento⁴ do STF, o que muda na vida das entidades beneficentes de assistência social, na prática, é:

1. O conceito maior que se abstrai da decisão plenária, qual seja, a limitação ao poder de tributar, é que somente poderá ser exercida por meio de Lei Complementar, consoante dispõe o artigo 146, inciso II, da Constituição Federal. E não poderia ser diferente, pois, do contrário, os 5.561 municípios poderiam legislar sobre a matéria, levando o Brasil à completa insegurança jurídica neste quesito.
2. A referida limitação ao poder de tributar, segundo a Suprema Corte, diz respeito apenas à definição do modo beneficente de atuação, em especial na fixação de limites de contrapartidas sociais (gratuidades)⁵.
3. No momento, então, para ostentar o direito da imunidade tributária das contribuições sociais⁶, as entidades beneficentes deverão obedecer à regra prevista no Código Tributário Nacional (artigos 9º e 14º)⁷ e também àquelas previstas na Lei Ordinária nº 12.101/09, com exceção a parte que fixa os limites de gratuidade.
4. As regulações havidas depois de edição da Lei nº 9.732/98, que igualmente desafiaram a Constituição Federal, impondo as referidas limitações por meio de lei ordinária, tal como a referida Lei nº 12.101/09, não perderão de forma automática a sua eficácia, pois não foram objeto do mérito da ação julgada, porém com o precedente da Suprema Corte, seus sujeitos poderão refutar seu cumprimento naquilo que conflitar com a decisão do STF, como as gratuidades, por meios legais, dado o vício de gênero quando de sua edição.
5. Todos os recursos extraordinários que estavam pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, respaldados na mesma tese, ora represados ou não nos Tribunais Regionais, diante dos efeitos da Repercussão Geral⁸, serão albergados pelo resultado e a procedência será obrigatória⁹, dado o efeito vinculante da ADI.
6. As instituições que foram penalizadas por não cumprirem a Lei Ordinária, na parte das gratuidades, poderão peregrinar na busca da reparação por via administrativa e/ou judicial, observado o período da prescrição.

⁴Foi interposto contra a decisão do Plenário, um recurso de Embargos de Declaração, o qual ainda não havia sido julgado até o fechamento desta edição da Revista Filantropia (junho/2017).

⁵Ementa do acórdão: “[...] 2) Aspectos meramente procedimentais referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo continuam passíveis de definição em lei ordinária. A lei complementar é forma somente exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem observadas por elas. [...] 3) Procedência da ação “nos limites postos no voto do Ministro Relator”.

⁶Que não se confunde com a imunidade dos impostos, dada que tal regulação está esculpida no artigo 150 da CF/88.

⁷Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 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 qualquer título; 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.

⁸Art. 1.030, III, CPC.

⁹Art. 927, I, CPC.

Em outras palavras, os ministros do STF entenderam, de forma unânime, que cabe ao Estado impor regras, por meio de lei ordinária, não só para qualificar o ente social como beneficente (Cebas) – aliás, este encargo já está previsto na Loas (Lei nº 8.743/90) –, mas também o de imprimir sobre ele um controle administrativo, a exemplo de fiscalizatório, em especial se ele ostentar o direito da imunidade.

Contudo, a Corte impediu que o Estado exija do ente social percentuais e limites para o exercício da benemerência (gratuidades), cuja ação social nem sempre é mensurável. Nesse contexto, o então ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, destacou com muita propriedade a citação de Alexis De Toqueville¹⁰:

A benemerência e a filantropia privadas são expressões da capacidade dos indivíduos para se organizarem com o objetivo de superar obstáculos sociais. Essa virtude democrática depende da ingerência ou da benevolência estatal.

Em suma, quem vislumbrava se alforriar da busca do reconhecimento de entidade beneficente de assistência social (Cebas) para gozar do direito da imunidade tributária, bem como das burocratas prestação de contas e das formalidades contábeis e sociais, decepcionou-se. Porém, cabe sublinhar que tais amarras imprimem transparência e *compliance*, que entregam segurança jurídica aos gestores, evitando as ciladas que estamos assistindo na agenda pública.

A meia-vitória havida pelas filantrópicas junto ao Supremo sequer deu tempo para ser comemorada, pois, na mesma semana do julgamento, bradava o relator da Proposta de Emenda à Constituição (PEC da Previdência nº 287): “as desonerações a entidades filantrópicas são um escárnio”. A declaração soou como uma ameaça à imunidade tributária das entidades beneficentes, pois se imaginava que a proposta viria com a supressão da atual previsão contida no artigo 195 da Constituição Federal: “§ 7º – São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.”

Diante da sinergia de muitas entidades sociais e outras representativas delas, que movimentaram o Congresso Nacional em prol da defesa de seus direitos, demonstrando que o trabalho eficaz que elas entregam ao público da Política Nacional de Assistência Social é muito mais relevante e econômico do que aquele prestado pelo Estado, a redação do referido dispositivo constitucional não foi atacada, dando alívio,

ainda que momentâneo, pois muitas emendas galopam naquela fragilizada Casa Legislativa, que ainda poderão ameaçar as filantrópicas.

Não obstante a isso, o relator não deixou de incluir mais um parágrafo no texto da PEC, que pode, em dado momento, vir a causar uma dúbia interpretação quanto a limitação ao poder de tributar, pois assim consta do parágrafo acrescentado ao artigo 195:

§ 11-B – É vedado o tratamento diferenciado e favorecido para contribuintes, mediante a concessão de isenção, redução de alíquota ou diferenciação de base de cálculo das contribuições sociais de que tratam os incisos I, *a*, e II do *caput* ou das contribuições que as substituem, salvo o previsto no § 8º deste artigo, na alínea *d* do inciso III do art. 146 e no § 13 do art. 201.

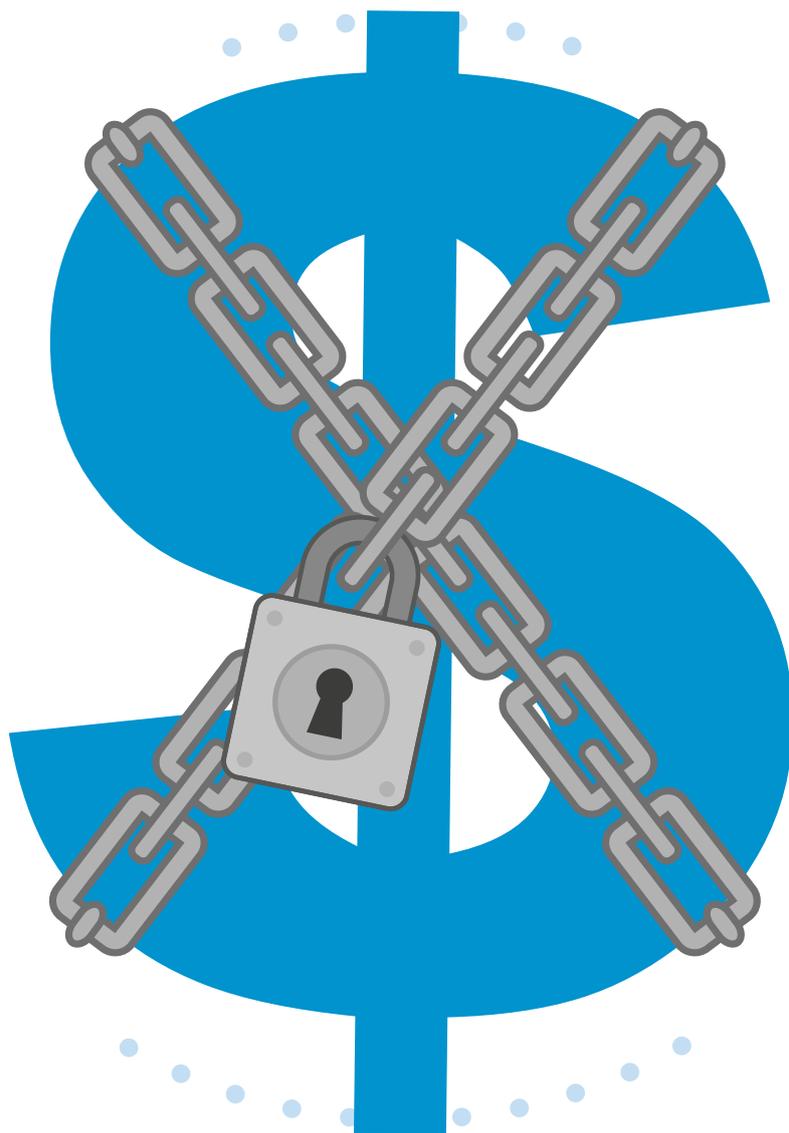
Muito embora tal redação possa desassossegara alguns entes sociais, defendemos aqui que tal proposta de emenda, se mantida o texto apresentado, não afetará, sequer de longe, o direito das entidades, a uma, que o parágrafo 7º não foi alterado; a duas, que um parágrafo de uma norma não pode suprimir a regulação de outro da mesma norma, pois seria um paradoxo; a três, que a referida decisão do STF sobre a limitação ao poder de tributar já pacificou o entendimento da garantia da imunidade tributária das beneficentes, ainda que arraigada de algumas restrições emanadas de lei ordinária.

Por fim, não dá para tirar o verniz da vitória das filantrópicas perante o Supremo, que depois de duas décadas, enfim, visitaram o *céu tributário*, pois foi lhes facultado maior direito de servir, sem as presas anacrônicas do pedágio social.

Contudo, a reforma da Previdência ainda assombra a imunidade e, como se trata de reforma da própria Constituição, a arma pública é mais letal, pondo em risco não só os programas sociais, mas a solvência e a sua própria coexistência, voltando ao dissabor da sombra do *inferno tributário*.

A caminhada é longa, mas quando a charrua está a serviço do bem, a energia brota do além e, assim, parafraseando *Olavo Bilac*, em seu clássico poema: “Tenho frio e ardo em febre”, no qual faz o prelúdio que o amor: “Deu-lhe a calma do céu e a agitação do inferno...”; advogamos a tese que as filantrópicas agora habitem sim à calma do céu, porém que sejam obstinadas na agitação, visando infernizar aqueles que ousam tentar novamente tungar seu direito constitucional. 🌀

¹⁰TOCQUEVILLE, A. Democracy in America. Adelaide: The University of Adelaide, dez. 2014. Disponível em: <<http://ebooks.adelaide.edu.au/t/tocqueville/alexis/democracy/complete/>>. Acesso em: 30 maio 2017.

LEGISLAÇÃO

UMA
CONFUSÃO
CONSTANTE

Sem fins lucrativos não é sinônimo de “voto de pobreza” nem significa que uma organização social não possa ter retorno financeiro positivo; conceito diz respeito ao destino dado a esse lucro

LEGISLAÇÃO

O ENQUADRAMENTO SINDICAL DAS FILANTRÓPICAS

A válvula propulsora do sindicalismo se deu nos idos do século XIX, diante do processo de transformação da economia, a partir da mudança da mão de obra escrava pelo trabalho assalariado, em especial no trabalho cafeeiro, formando-se as sociedades de socorro e cooperação mútua. Depois, a união operária passou a se organizar de acordo com o ramo de atividade, o que deu origem à entidade sindical. Sob o diapasão legal, a primeira Constituição de República (1891)¹ já trouxe o direito de associação, porém não de forma enfática na seara trabalhista. O então presidente da República, Afonso Pena, reformista republicano, baixou o Decreto nº 1.637/1907, regulando a possibilidade da organização sindical.

Dada a ampla liberdade sindical, prevista, em especial, pela Constituição Federal de 1988, que referendou² a forma de seu financiamento por meio da cobrança de contribuição por parte dos empregados, decorreu a proliferação de sindicatos, que já ultrapassam 15.000 entidades espalhadas pelo Brasil. Essa tendência galopante movimentou, apenas em 2016, segundo o Ministério do Trabalho, R\$ 3,5 bilhões,



MARCOS
BIASIOLI

cifra que justifica o desespero de muitos entes sindicais reclamarem a parternidade da representação das categorias profissionais.

Somado a isso, não obstante os entes sindicais estarem sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas da União (TCU), haja vista que a contribuição sindical tem natureza tributária, conforme já assentado pelo Supremo Tribunal Federal (STF)³, o TCU seguramente não acalenta contingente técnico para tal, de modo que entrega ampla liberdade à iniciativa, a qual faz uma tergiversação do recurso até mesmo para o financiamento político-partidário, contrariando não só o seu DNA, mas, em especial, a lei.

A legislação⁴ impõe que o uso do recurso arrecado pelo sindicato a título de *imposto sindical* seja empregado em: assistência jurídica; assistência médica, dentária, hospitalar e farmacêutica; assistência à maternidade; agências de colocação; cooperativas; bibliotecas; creches; congressos e conferências; auxílio-funeral; colônias de férias e centros de recreação; prevenção de acidentes do trabalho; finalidades deportivas e sociais; educação e formação profissional; e bolsas de estudos. Contudo, dada a ausência dos controles

Marcos Biasioli é advogado e administrador de empresas, titular da M.Biasioli Advogados e pós-graduado em Direito Empresarial. Conselheiro de Administração de Empresas pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), idealizador e membro do conselho editorial da Revista Filantropia e idealizador e vice-presidente da Primeira Comissão de Direito do Terceiro Setor do Brasil (OAB/SP).

¹A Constituição do Império (1824) não acalentou tal direito. Já a Constituição de 1891: "Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes. [...] § 8º - A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública. § 9º - É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades."

²A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, 1943), promulgada no Governo de Getúlio Vargas, regulava o "imposto sindical".

³RE 180.745/SP.

⁴Art. 592 da CLT.

Quando o tema é organização das ações governamentais em prol da assistência social (art. 204, inciso I), o legislador constitucional fragmenta os entes em dois tipos: beneficente e de assistência social

externos, ressalvadas as exceções, nem sempre o recurso é aplicado para os fins determinados por lei, vez que eles empoderam os dirigentes sindicais a fazerem a gestão econômica da melhor forma que lhes aprouver.

A fartura econômica sem rigor fiscalizatório por óbvio que impulsiona a “guerra aberta” de diversos atores na busca da direção da entidade sindical, a qual, muitas vezes, resulta desde fraude na eleição até morte. Exemplos vivos de tais fatos foram as noticiadas fraudes nas eleições do Sindicato dos Professores (Sinpro) e dos Bancários de Brasília, bem como no Sindicato das Empresas de Processamento de Dados (SINDPD) do Rio de Janeiro, descobertas por meio de delação dos operadores dela, entre outras. Em Guarapari (ES), por exemplo, o presidente do Sindicato dos Rodoviários foi assassinado.

É certo que tais fatos, isolados ou não, não podem tirar o verniz da missão sindical, uma vez que o operário singular não ecoa reivindicação, mas, sim, via de regra, demissão. Já o sindicato com voz plúrima irradia respeito e, em muitos casos, até temor por parte do empregador, que passa a negociar com mais retidão os direitos de seus obreiros.

Com a edição da lei nº 13.467/2017, tida como reforma trabalhista, cresceu o arsenal do obreiro, ainda que indiretamente, no controle da arrecadação, pois, o desconto da contribuição sindical deixa de ser compulsório, ou seja, está condicionado à sua autorização, uma vez que foi alterada a redação da CLT:

Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.

Com isso, a saga por maior adesão formal sindical está crescendo de forma avassaladora, sendo que os sindicatos, em especial aqueles que reclamam a enquadramento dos entes sem fins econômicos, estão se mobilizando para cada vez mais reclamarem a representatividade e legitimarem a cobrança sindical.

Para que as entidades sociais não embarquem em múltiplas reclamações, cabe trazer algumas considerações relevantes que contribuirão na identificação da representação sindical. Inicia-se lembrando que a Constituição traz em seu artigo

8º a liberdade sindical, bem como a vedação da interferência do Estado na organização. A CLT, apesar de ter sido promulgada por meio do Decreto-lei nº 5.452/1943, ou seja, anterior à Constituição vigente, já havia previsão (art. 511) da liberdade para a associação sindical.

O mesmo diploma que acalentou a liberdade regulou os parâmetros para a definição do enquadramento sindical. É o que consta no artigo 570:

Os sindicatos constituir-se-ão, normalmente, por categorias econômicas ou profissionais, específicas, na conformidade da discriminação do quadro das atividades e profissões a que se refere o art. 577 ou segundo as subdivisões que, sob proposta da Comissão do Enquadramento Sindical, de que trata o art. 576, forem criadas pelo ministro do Trabalho, Indústria e Comércio.

Muito embora o preâmbulo esteja em sintonia com a atual norma soberana, nos fiamos à corrente dos doutrinadores que entendem que a fixação de profissões para o enquadramento desafia a Constituição Federal, que veda o Poder Público de interferir na organização sindical, o que tornaria até inconstitucional a delimitação por meio do Quadro de Atividades e Profissões, previsto no art. 577, que dispõe: “*O Quadro de Atividades e Profissões em vigor fixará o plano básico do enquadramento sindical.*”

No entanto, os tribunais têm entendido que a Constituição recepcionou tal dispositivo e que, não obstante guardar assentada desatualização, está produzindo os regulares efeitos jurídicos.

Dentro deste contexto, o Ministério do Trabalho baixou o Quadro de Atividades e Profissões, que serve para direcionar o enquadramento sindical. A tabela a seguir reproduz aqueles que se aplicam aos entes sociais.

Assinala-se, então, que a primeira parte do quadro está relacionada às categorias econômicas e às profissões ligadas à educação e cultura, haja vista terem sido encampadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Educação e Cultura (CNTEEC). Já a segunda parte remete às profissões ligadas aos trabalhadores do comércio, ora defendida pela sua Confederação.

Em uma primeira análise, pela simples dicção dos quadros, não deixaríamos de afirmar que as associações estão mais para educação e cultura do que comércio, pois seus obreiros não

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO E CULTURA	CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM ESTABELECIMENTOS DE EDUCAÇÃO E CULTURA
1º GRUPO - Estabelecimentos de ensino Atividades ou categorias econômicas	1º GRUPO - Trabalhadores em estabelecimentos de ensino Categorias profissionais
Universidades e faculdades superiores reconhecidas Estabelecimentos de ensino de artes Estabelecimentos de ensino secundário e primário Estabelecimentos de ensino técnico-profissional	Professores do ensino superior Professores do ensino de arte Professores do ensino secundário e primário Mestres e contramestres de ensino técnico-profissional Auxiliares de administração escolar (empregados de estabelecimentos de ensino)
2º GRUPO - Empresa de difusão cultural e artística Atividades ou categorias econômicas	2º GRUPO - Trabalhadores em empresas de difusão cultural e artística Categorias profissionais
Empresas editoras de livros e publicações culturais Empresas teatrais Biblioteca Empresas de gravação de discos Empresas cinematográficas Empresas exibidoras cinematográficas Museus e laboratórios de pesquisas (tecnológicas) Empresas de orquestras Empresas artes plásticas Empresas de arte fotográfica	Empregados de empresas editoras de livros e publicações culturais Empregados de empresas teatrais e cinematográficas Cenógrafos e cenotécnicos Atores teatrais (inclusive corpos corais e bailados) Empregados de biblioteca Empregados em empresas de gravação de discos Atores cinematográficos Operadores cinematográficos Empregados de museus e laboratórios de pesquisas (tecnologistas) Músicos profissionais Artistas plásticos profissionais Fotógrafos profissionais
CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO	CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO COMÉRCIO
5º GRUPO - Turismo e hospitalidade Atividades ou categorias econômicas	4º GRUPO - Empregados em Turismo e hospitalidade Categorias profissionais
Empresa de turismo Hotéis e similares (restaurantes, pensões, bares, cafés, leiterias e confeitarias) Hospitais, clínicas casa de saúde Casas de diversões salões de barbeiros e de cabeleireiros, institutos de beleza e similares Empresas de compra e venda e de locação de imóveis Serviços de lustradores de calçados	Intérpretes e guias de turismo Empregados no comércio hoteleiro e similares (inclusive porteiros e cabineiros de edifícios) Enfermeiros e empregados em hospitais e casas de saúde, inclusive duchista e massagistas Empregados em casas de diversões Oficiais, barbeiros, cabeleireiros e similares Lustradores de calçados

estão à serviço da mercância, mas para assistência, educação, recreação, cultura e outras similares.

No entanto, a simplista conclusão não é sedutora para esvaziar o tema, que reclama um enfrentamento mais jurídico a partir do exame do princípio da unicidade sindical. Neste particular, o STF pacificou o seguinte entendimento: “Súmula 677: até que a lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade.”

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), ao analisar a legitimidade processual sindical, a esteio de estreitar o conceito da unicidade, também expediu Orientação Jurisprudencial nos seguintes termos: “A comprovação da legitimidade *ad proesum* da entidade sindical se faz por seu registro no órgão competente do Ministério do Trabalho, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988.”⁵ Cabe, então, mesmo prevista a liberdade, ao referido Ministério expedir a carta sindical que indica a categoria que o ente está autorizado representar – o STF, inclusive, já se posicionou nesse mesmo sentido.⁶

A saga por maior adesão formal sindical está crescendo de forma avassaladora, sendo que os sindicatos, em especial aqueles que reclamam a enquadramento dos entes sem fins econômicos, estão se mobilizando para cada vez mais reclamarem a representatividade e legitimarem a cobrança sindical

Definido tal parâmetro, o ente social, ao recepcionar a reivindicação sindical de mais de um sindicato, deve, antes de mais nada, pedir ao ente a remessa da carta sindical, ora expedida pelo Ministério do Trabalho, para verificar qual sindicato possui a representatividade da sua categoria.

Ultrapassada essa fase, outra tem tirado o sono dos entes sociais, pois algumas instituições têm recebido reivindicações de sindicatos com carta sindical que representam categorias similares, como: sindicato que representa as beneficentes, religiosas e filantrópicas; e sindicato que representa as entidades culturais, recreativas e de assistência social.

Nesse contexto, logo vem a suscitação: qual sindicato possui a legitimidade da categoria, pois, via de regra, as instituições, antes de serem beneficentes, elas necessariamente precisam ostentar a qualidade de serem de assistência social? Para responder à pergunta visando que o ente social possa optar com segurança jurídica, evitando ônus, é necessário que se examine outra nuance, de ordem conceitual. Para tanto, faz-se necessário o exame da norma legal.

Iniciamos citando novamente a Constituição Federal. Quando o tema é organização das ações governamentais em prol da assistência social (art. 204, inciso I), o legislador constitucional fragmenta os entes em dois tipos: beneficente e de assistência social. Já quando a temática está relacionada ao financiamento da seguridade social (art. 195, § 7º), os entes são tratados apenas como beneficentes de assistência social. No diapasão da limitação ao direito de tributar (impostos), o constituinte trata os sujeitos como entes de assistência social.

Estudemos, agora, a lei. A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) – Lei n. 8.742/1993 – conceitua: “Art. 3º – Consideram-se entidades e organizações de assistência social aquelas sem fins lucrativos que, isolada ou cumulativamente, prestam atendimento e assessoramento aos beneficiários abrangidos por esta Lei, bem como as que atuam na defesa e garantia de direitos.” Observemos, então, que a Loas se restringe a conceituar exclusivamente os entes de assistência social. Contudo, a lei nº 12.101/2009 regula a forma de reconhecimento do ente de assistência social como beneficente.

Em arremate à disposição constitucional e legal, o STF, por advento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) nº 2028, cujo mérito teve como foco o exame da (in)constitucionalidade de uma lei ordinária impor limites ao direito de tributar, trouxe como pano de fundo uma diferenciação entre a entidade beneficente daquela de assistência social. Para tal dialética, o Supremo concluiu que toda entidade beneficente é de assistência social, no sentido *lato sensu*, porém nem toda entidade de assistência social é beneficente.

De outro lado, nesse mesmo contexto, todos entes de promoção humana são filantrópicos, mas os filantrópicos não ostentam, por si, a capacidade de serem, por osmose, reconhecidas como de assistência social e, muito menos, como beneficentes sob o diapasão da lei.

Defendemos, então, que:

1. se o ente for de assistência social, o sindicato que tem direito a reclamar a representatividade é aquele que possui na carta sindical, a indicação de tal categoria;
2. se o ente for reconhecido como beneficente, caberá ao sindicato que ostentar tal indicação na sua carta sindical, reclamar a paternidade da representação;
3. se o ente for filantrópico, mas presta atendimento e assessoramento aos beneficiários abrangidos pela LOAS, de forma planejada e perene e/ou atua na defesa e garantia de direitos, ele se enquadra no sindicato de assistência social, pois passa a ser um ente de assistência social. Entretanto, se ele faz promoção social de forma altruísta, seu enquadramento passa para aquele sindicato, que ostenta tal representatividade filantrópica;
4. igual tratamento deve seguir o ente híbrido, ou seja, que também é religioso.

Enfim, o sindicalismo é necessário para imperar justiça trabalhista enquanto luta por direitos do obreiro, porém, quando ele ultrapassa tal limiar, priorizando a saga pela contribuição, desconfie e refute, pois como dizia Napoleão Bonaparte: “Todo homem luta com mais bravura pelos seus interesses do que pelos seus direitos!” 

⁴OJ-SDC-15 SINDICATO. LEGITIMIDADE “AD PROCESSUM”. IMPRESCINDIBILIDADE DO REGISTRO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO. Inserida em 27.03.1998.

⁵Citado pela relatora, ministra Kátia Magalhães Arruda, do Processo Nº TST-RO-115-16.2014.5.07.0000, julgado em 05.06.17.

LEGISLAÇÃO



VELAR SEM “MATAR” AS FUNDAÇÕES PRIVADAS



MARCOS
BIASIOLI

É vigorante, nos tempos modernos, o crescimento das iniciativas do homem na construção de obras que visam causas mais nobres do que o mero e reversível lucro aos seus bolsos. Tanto é verdade que as pesquisas apontam a existência de cerca de 10 milhões de organizações não governamentais no mundo. Para formalizar tal sinergia, o legislador pátrio regulou que as pessoas jurídicas são divididas, entre outras, em associações (união de pessoas para um determinado fim não lucrativo), organizações religiosas (destinadas a promoção de valores espirituais) e fundações, objeto deste estudo.

As fundações privadas derivam da iniciativa e da dotação de bens livres pelo seu instituidor, formalizada por meio de escritura pública ou testamento, visando à consecução de um dos seguintes objetivos: (i) promoção da assistência social; (ii) desenvolvimento da cultura; (iii) defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; (iv) educação; (v) saúde; (vi) segurança alimentar e nutricional; (vii) defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; (viii) pesquisa científica,

desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; (ix) promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; e, (x) para a prática de atividades religiosas.

O instituidor fundacional, em especial os grandes filantropos, nem sempre está disposto a obrar na causa de sua iniciativa, geralmente — até mesmo — por falta de tempo, sendo que apenas transfere seu patrimônio para que ele se transforme nos fins de seus anseios. Para preservar a perenidade da vontade do instituidor, em especial quando provém de bens havidos por meio de testamento, ou seja, protraídos para os fins fundacionais, depois da morte dele, a legislação (art. 66 do Código Civil) impôs que cabe ao Ministério Público, que possui, segundo a Constituição Federal, o múnus da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, velar por ela, em especial na proteção do seu patrimônio, podendo, inclusive, manejar medidas administrativas e/ou

Marcos Biasioli é advogado, titular da M.Biasioli Advogados, pós-graduado em Direito Empresarial pela The European University/Lisboa e administrador de empresas pela Universidade Mackenzie. Conselheiro de Administração de Empresas pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), idealizador e membro do conselho editorial da Revista Filantropia, e idealizador e vice-presidente da Primeira Comissão de Direito do Terceiro Setor do Brasil, por meio da OAB/SP.

judiciais como ferramentas do seu encargo para debelar eventuais malfazejos que desviam os seus fins.

Não há dúvida, então, de que o Ministério Público, ante sua independência do Poder Judiciário, vem exercendo com maestria a defesa dos direitos que lhe cabe preservar, não só das fundações, mas especialmente dos direitos difusos, destacando-se o combate à corrupção e aos corruptores, que estão sendo acachapados pela mão investigativa dos seus membros. Por meio delas, estão sendo esculpidas páginas inesquecíveis na história do Brasil, em pleno exercício do estado de direito, pois jamais se encarcerou tantos lesas-pátrias e recuperou-se milhares de milhões de recursos públicos desviados para o beneplácito de poucos em detrimento da grande fração empobrecida da população.

Muito embora os créditos que o Ministério Público ostenta, ante a sublime contribuição que vem fazendo ao Estado, nunca é demais debater, para a saga da sua excelência, um tema pouco doutrinado, qual seja, os “limites do velamento das Fundações de direito privado”.

O vocábulo velar foi introduzido por Rui Barbosa,¹ pois, no projeto do Código Civil de 1916, de Clóvis Bevilacqua, havia o emprego de outro vocábulo — inspecionar — sendo que foi alterado antes de sua aprovação do Senado Federal, visando ao alargamento da ação ministerial. Por influência de tal mudança havida no texto final, o atual Código, reformado em 2002, o manteve: “Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas”. No entanto, tal vocábulo tem sinônimo ambíguo: vigilar, tapar, ocultar, encubrir-se.

Poderíamos, então, recorrer ao próprio diploma legal para tentar abstrair dele o sentido de tal velamento, mas o único estreito texto encontrado é aquele do mesmo Código:

Art. 67. Para que se possa alterar o estatuto da fundação, é mister que a reforma:

[...] III – seja aprovada pelo órgão do Ministério Público no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, findo o qual, ou no caso de o Ministério Público a denegar, poderá o juiz supri-la a requerimento do interessado.

Dada tamanha incipiência conceitual, arriscamo-nos a defender o seguinte conceito: o velamento do Ministério Público consiste na sua obrigação de aferir se a gestão da fundação está atendendo aos anseios do instituidor, dentro dos parâmetros da lei, zelando pelo uso adequado do patrimônio e dos seus frutos, incluindo aqueles gerados de sua operação, em prol das finalidades fundacionais, por meio da sua contribuição, fiscalização, intervenção e/ou liquidação.

Da quádrupla função, a fiscalização, sem sombras de dúvidas, é a mais importante, pois ela norteia se a fundação precisa de contribuição. A falta dela é que deriva a intervenção e até mesmo a liquidação. Não são poucos os casos que chegam ao judiciário, visando a destituição de dirigentes e/ou apuração de desvios e até mesmo pedido de liquidação.

O Ministério Público, não obstante a incipiência do conceito legal, observado anteriormente, possui o controle externo do funcionamento das fundações, ora operado por meio da regular prestação de contas a que se presta a fundação. No Estado de São Paulo e outros conveniados com a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (Fipe), as curadorias se utilizam do Sistema de Cadastro e Prestação de Contas (Sicap), adicionado da apresentação física do parecer do Conselho Fiscal e da auditoria independente.

A partir da referida prestação de contas, os membros do Ministério Público, ora delegados para serem curadores, passam a ter o histórico da fundação, o que fomenta subsídios para que eles identifiquem, até mesmo por meio de indicadores econômicos e patrimoniais, se os gestores estão a serviço dos seus fins.

Contudo, dada a exaustiva demanda que assola o Judiciário, muita vez o curador não atina com rigor no exame das contas da fundação e acaba sendo, indiretamente, complacente com a gestão, o que pode levar à sua derrocada, restando-lhe então o penúltimo ato, qual seja, a intervenção antes da liquidação.

Dentro deste contexto, o curador – muita vez, por ter agido de forma omissiva na fiscalização –, busca recompensar sua atitude com mão atroz, pedindo a intervenção judicial, com o supedâneo afastamento liminar dos dirigentes, sob a singular acusação de má-gestão, sem lhes ofertar ao menos o direito de defesa.

No entanto, erra o curador que se assanha apenas na busca do afastamento *in limine* dos dirigentes, como se tal ato representasse um troféu. Para evitar tal percalço, é necessário o emprego de duas velhas matizes da responsabilidade civil: o dolo e a culpa.

Identificando o curador por meio de suas ferramentas investigativas, a presença de dolo, ou seja, que os dirigentes estão levando a fundação à bancarrota, com o emprego de meios fraudulentos de desvio de bens, enriquecimento sem causa e vulneração do fim e do patrimônio da fundação, ele deve agir em cooperação com a polícia, pedindo o encarceramento dos algozes e retirando deles o que foi desviado. Nesse caso, não cabe apenas o afastamento dos dirigentes de suas funções, pois este ato lhes soará como um prêmio e não punição.

De outro lado, se o curador identificar que a ruína financeira da fundação está ocorrendo por culpa dos dirigentes, isto é, não existe intenção de levar a fundação a pique, mas circunstâncias diversas alheias até mesma da própria vontade deles derivou o estado caótico, é necessária cautela, pois, mais do que nunca, reclama-se o velamento.

Alguns exemplos vivos concorrem com esta reflexão. Destacamos o caso de uma fundação de finalidade educacional radicada no interior de São Paulo. Para contribuir com seu ideal, os dirigentes criaram uma unidade de prestação de serviços técnicos, que possui duas finalidades, sendo uma delas contribuir com a geração de renda e outra para proporcionar formação técnica aos estudantes de engenharia. Tal unidade presta serviços para as municipalidades e para empresas

¹FERREIRA COELHO. Código Civil. v. 5. Rio de Janeiro, 1928, p. 309.

privadas, em especial construtoras, consórcios rodoviários e aeroportuários. Em meio a crise, assomadas que muitas delas se envolveram com empresas maculadas na Operação Lava-Jato, as vendas estancaram. Como se não bastasse isto, veio o *impeachment* presidencial, o atraso no pagamento do Fundo de Financiamento Estudantil (Fies) e a evasão e a inadimplência de alunos. Tudo junto decorreu em uma queda de mais de R\$ 10 milhões da receita.

Aos gestores não coube outra alternativa senão buscar caminhos menos ortodoxos para manter a fundação operando, como a busca de capital de giro a juros pouco convidativos junto aos bancos, cooperativas de créditos ou por meio de empresas captadoras de recursos, mediante comissões, dando inclusive o aval pessoal para facilitar o crédito. Trocaram a forma de pagar tributo, ou seja, ao invés de recolhê-los no prazo, escolheram os parcelamentos de longo prazo. Atrasaram, porém, mediante negociação, o pagamento de alguns fornecedores, além da folha de salários.

Não obstante a delicada situação econômica, não se desincumbiram de prestar contas ao Ministério Público, ora curador, o qual tinha inofismável conhecimento do que se avizinhava na gestão da fundação.

No entanto, por se tratar de um município pequeno, o curador foi sendo pressionado por meios de denúncias apócrifas, a pedir o afastamento judicial de forma sumária dos dirigentes. E assim o fez. O magistrado, refém dos fatos, não quis se acautelar de mais detalhes antes de decidir e logo determinou o afastamento liminar,² ou seja, sequer ouviu os requeridos.

A imprensa local se deliciou da mazela alheia e estampou na primeira página toda a celeuma judicial, escandalizando os dirigentes e espetacularizando os fatos.

O juiz logo nomeou um interventor judicial, de quase nenhuma experiência na gestão fundacional, e atualmente a fundação “namora” de perto com a insolvência, pois caiu na completa descredibilidade de toda a nação que se relacionava, do empregado ao banqueiro. O histórico acadêmico aponta que ela protraía cerca de três a quatro centenas de alunos por vestibular, sendo que, no último, parcos oitenta alunos foram admitidos. E, pior, não se identificou a subtração de nenhum vintém dela pelos dirigentes afastados. Puro caos!

Esta resenha aponta que faltou ao curador, neste caso, a exemplo de muitos outros que se alardeiam pelo país afora, o verdadeiro espírito de velamento, pois intervir é a parte mais fácil do processo, eis que entrega para outrem a obrigação que era sua, ou seja, de tentar contribuir com a perenidade fundacional.

Antes, então, da intervenção, o curador deve se envolver com a essência da crise experimentada pela fundação, ou seja, chega a vez da sua contribuição, que representa a prática – ao

vivo e em cores – do velamento. Técnicas de estudos e entrevistas com gestores, executivos financeiros, contabilistas, auditores e advogados, bem como visitar o “chão da fábrica”, como preleciona o velho adágio, são recomendáveis.

Após tal ciranda e identificação de que não existe intrínseca malversação de fins, tampouco de patrimônio, mas sim de nuances externas, como crise econômica, erro em políticas internas de gestão e até mesmo pouco comprometimento dos operadores, cabe ao curador buscar caminhos, primeiro com os envolvidos para mudar a rota da gestão fundacional, cercandose de técnicos contratados às expensas da instituição, para que eles possam lhe entregar um eficaz diagnóstico progressivo. Isso é velar! O curador que pula essa fase falta com o seu múnus, pois a intervenção sem a contribuição traduz inspiradora falta de capacidade de velar, para não dizer uma assaz covardia.

Defendemos, então, que, sendo a intervenção o caminho, ela pode ocorrer de duas formas: administrativa e judicial. A administrativa parelha com a contribuição, pois o curador ingressa porta adentro com as suas ferramentas, em especial com uma auditoria, para o fim de acompanhar *in loco* a minudência da administração. É tirado de forma indireta, o governo isolado da entidade fundacional, pois ele acaba refém da reverência do Ministério Público.

É fato que essa forma administrativa é mais invasiva, mas é deveras eficaz, pois quando o polo diretivo não ostenta a qualidade almejada pelo instituidor, logo ele espana com tanto controle.

Já a intervenção judicial é atroz, culmina, via de regra, na liquidação da fundação, caso não seja bem aparelhada, pois se deve combater os malfazejos e não a fundação, como bem observado anteriormente. Ela depende do convencimento do juiz, por isso, na maioria das vezes, ela reclama um inquérito civil anterior, capaz de trazer incontestes fatos e atos que comprovem a nocividade da gestão.

Deferida a intervenção, a contrário de muito que tem se visto em processos em curso no judiciário, caberá novamente ao curador contribuir com o velamento, auxiliando e participando dos atos do interventor para o fim de identificar se ele está fazendo a rota da comezinha administração, grifada anteriormente, senão ele apenas trocará de problema, quiçá arruando um ainda maior.

Enfim, o múnus maior do Ministério Público somente será exercido na sua plenitude se os seus atos ajudarem a manutenção da saúde da fundação, eliminando dela as bactérias nefastas. Do contrário, a ausência da fiscalização e, por óbvio da contribuição, desembocará na intervenção, fonte primária da preparação da liquidação, que traduz o sinônimo da omissão do *Parquet*, que deixou de velar para matar a fundação. 

²Contrariando, inclusive, a pacífica jurisprudência dos Tribunais, que combatem o afastamento sumário sem o exercício mínimo do contraditório: “Agravado de instrumento. Declaratória. Indeferimento da tutela antecipada para destituição dos agravados dos cargos de direção do Sindicato dos Servidores Públicos de Barretos e declarados inelegíveis. Decisão mantida. Tratando-se de fase inicial da demanda, em juízo de cognição sumária, não cabe antecipação da tutela, sobretudo porque as conclusões exigem análise e contraditório. Mister aguardar a integração da lide, com eventual manifestação da agravada. Agravado desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2059776-43.2013.8.26.0000; Relator: Natan Zeilnschi de Arruda; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barretos – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/02/2014; Data de Registro: 17/02/2014).

LEGISLAÇÃO

ACÓRDÃOS 822 E 823 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O Feitiço virou contra o Feiticeiro da Filantropia

Um país que possui mais de 8,5 milhões de quilômetros quadrados de extensão, 207 milhões de habitantes, 50 milhões que vivem na linha da pobreza, ora espalhados em mais de 5.500 municípios, não pode ostentar a pretensão de que um governo possa resolver sozinho os seus problemas sociais, ainda mais quando a sua lei soberana permite entregar tal poder a um presidente que agregue apenas um atributo, ou seja, ser brasileiro nato, pouco importando, em nome da democracia, se ele reúne formação mínima para administrar os interesses do povo, quicá gerir um orçamento na ordem de R\$ 3,5 trilhões.

Na seara social, a construção de um Estado justo não se dá apenas pelas mãos de governantes, ainda mais como andam, comumente, “suja”, mas especialmente por meio da sociedade civil organizada – beneficente –, pois é ela quem reúne ferramentas para



MARCOS
BIASIOLI



RICARDO
CURIA
MONTEMAGNI



RODRIGO
PINHEIRO
NAKO

implementar a meritocracia, avaliando pessoalmente, e não só burocraticamente, o estado de carência do usuário da política pública.

No entanto, é certo que o ato delegado às beneficentes pela Constituição Federal para complementar a ação estatal não comporta vacilo na gerência do emprego dos recursos públicos, pois elas são geridas por pessoas que, quando desprovidas de princípios, tornam a causa social em produto lucrativo para beneficiar indivíduo. No entanto, a exceção não é regra.

Falando de exceções, destacam-se as recentes decisões havidas pelo Tribunal de Contas da União (TCU), resumidas nos acórdãos 822 e 823, de 18/04/18, que, depois de ativadas auditorias nos Ministérios da Educação (MEC) e Desenvolvimento Social (MDS), demonstraram anomalias em processos de certificações beneficentes.

A auditoria do MEC identificou:

Descrição da Anomalia	Consequência
1.484 entidades usufruindo o benefício da imunidade tributária, porém apenas 1.239 possuem CEBAS	245 instituições usufruindo os benefícios da imunidade que, segundo o TCU, não poderiam fazê-lo, ante a previsão contida na Lei 12.101/09.
Ausência do controle das informações econômicas dos bolsistas, inexistente banco de dados de bolsistas.	Concessão de bolsas a quem delas não necessitam, sendo destacado, por amostragem, 462 bolsistas sócios de empresas; 49 bolsistas donos de embarcações; 3 donos de aeronaves; 65 de veículos de alto valor comercial; 191 bolsistas que recebiam em média mais de dez salários mínimos por mês; além de 1.151 sócios de empresas tidos como responsáveis por bolsistas, igualmente proprietários de embarcações, aeronaves e veículos importados.
Inexistente compartilhamento de informações sociais dos bolsistas entre o MEC e a RFB.	Acolhimento indistinto das informações de bolsas concedidas.
Atraso na análise dos requerimentos da CEBAS, prazo médio de 58 meses e 24 dias, ante a transição do CNAS e carência de pessoal.	Perdas tributárias do erário, cuja “renúncia” gravita na ordem de R\$ 4,5 bilhões.
Descumprimento por parte do próprio MEC, quanto a ausência da exigência da prestação de contas prevista no artigo 36 do Decreto 8.242/14, independente do prazo da CEBAS, sendo constatado que apenas 6% das entidades que possuíam a certificação apresentaram o relatório anual de prestação de contas.	Ausência de controle contínuo e falta de transparência limitando a atuação do MEC, que deixa de ter acesso aos resultados da política pública, que ora deriva da contrapartida aos benefícios fiscais.
Processos entrados há muitos anos, ora pendentes de julgamento, desde 1992, conforme quadro abaixo.	Com o atraso do julgamento, mesmo que indeferidos, não mais produziram efeitos,

1992	1994	1997	2000	2001	2003	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Total
1	1	1	6	1	6	1	2	1	2	146	196	118	535	138	379	194	60	2	1790

Marcos Biasoli sócio Titular da M.Biasoli Advogados, administrador de empresas, pós-graduado em Direito Empresarial (The European University), contabilista, Conselheiro Empresarial (IBGC/SP), idealizador da Revista Filantropia, coidealizador da Primeira Comissão de Direito do Terceiro Setor no Brasil/OAB-SP, Coordenador Geral do Congresso Brasileiro do Terceiro Setor. Ricardo Curia Montemagni é advogado colaborador, integrante da banca jurídica M.Biasoli Advogados. Rodrigo Pinheiro Nako é advogado colaborador

Diante de tal quadro, o TCU, valendo-se de suas prerrogativas, ora previstas na Lei 8.443/92, determinou ao MEC que:

1. Apresente Plano de Ação em 60 dias para análise temporária dos processos de concessão/renovação;
2. Informe quadrimestralmente o estágio de desenvolvimento do SisCebas;
3. Apresente, até 30/06/2018, o resultado consolidado das entidades que tiveram o CEBAS/Educação válido em 2017;
4. Apresente, em 90 dias, plano de ação para as entidades detentoras do CEBAS/Educação;
5. Instaura processos de supervisão das entidades que o TCU identificou indícios de concessão de bolsas em desacordo com as nuances legais no prazo máximo de 180 dias;
6. Formalize as rotinas de análise dos processos de concessão e renovação, notadamente para o controle das bolsas de estudos;
7. Dê publicidade para a Secretaria da Receita Federal do Brasil e demais órgãos legislativos.

Já a auditoria do MDS achou:

Descrição da Anomalia	Consequência
Mecanismo e processo de controle utilizados no exame dos processos é deficiente, em especial por se restringir a exame documental tirado de um checklist;	Não entrega segurança objetiva para verificar os pré-requisitos legais para a certificação
O Cadastro Nacional de Entidades de Assistência Social (CNEAS) não é utilizado como fonte de informações para análises da concessão e renovação da CEBAS;	Vulnera o exame do cumprimento dos requisitos legais.
O quadro de servidores da SNAS/MDS, envolvidos na análise dos processos CEBAS, é composto por servidores não efetivos.	Compromete a continuidade do processo de análise
Falta de capacidade técnica dos Conselhos Municipais de Assistência Social, notadamente pela falta de recursos, sendo que quase metade dos CMAS analisados, não possuíam sequer um local ou sede específicos para o seu funcionamento; sendo que 300 CMAS afirmaram que sequer possuem acesso a telefone próprio; 5.257 afirmaram não possuir veículo de uso exclusivo; 456 afirmaram não realizar qualquer tipo de fiscalização; 1.164 informaram realizar fiscalizações apenas por meio de análises documentais; 53% dos Conselhos afirmaram não possuir funcionários que atuem exclusivamente na secretaria executiva; 1.853 dos Conselhos afirmaram funcionar apenas um dia por semana, sendo que 41,4% funcionam menos de 10 horas por semana; tudo segundo fonte do Censo SUAS – 2014.	Ausência de fiscalização e controle das instituições certificadas.
Por amostragem, identificou-se instituições com folha de pagamento e número de funcionários aparentemente incompatíveis com os serviços que declararam prestar	O benefício tributário é maior do que a prestação de serviços sociais.
Entidades certificadas com processos de Tomada de Contas Especial autuados no TCU, bem como gestores condenados em débito e/ou multa.	Incompatibilidade com o benefício do recurso público
Entidades com CEBAS, cuja atividade principal é a cessão de mão-de-obra e não a prestação de serviço social	Desvirtuamento dos fins e por consequência de recursos públicos.
Ausência de análise e de apreciação dos processos dentro prazo legal de 180 dias.	Vulnera a transparência e permite usufruir dos benefícios da CEBAS, em especial os tributários

Com o propósito de minorar as anomalias e regularizar o usufruto da isenção das contribuições para a seguridade social, o TCU determinou à Secretaria Nacional de Assistência Social do MDS que:

1. Adote medidas visando melhorias no controle dos processos de concessão e renovação;
2. Complemente o checklist, incluindo questões que tratem da universalidade e continuidade das entidades, além de outras informações;
3. Elabore plano de reposição dos servidores envolvidos na análise do CEBAS;
4. Complemente dos documentos solicitados, com o objetivo de analisar todos os critérios de elegibilidade do CEBAS;
5. No prazo de 180 dias: (i) ajustes no CNEAS; (ii) crie medidas para que as entidades preencham o cadastro no CNEAS; (iii) medidas para análise em 6 meses para análise dos processos de concessão/renovação; (iv) critérios mais objetivos para análise dos processos de supervisão ordinária; (v) apresente plano de ação para cumprimento dos prazos;
6. Estabeleça estratégias visando a melhoria na atuação nos Conselhos Municipais;
7. Promova cruzamento de dados para fins de identificar o risco de descumprimento dos pré requisitos do CEBAS;
8. Utilize o CADSUAS e o Censo SUAS como ferramentas de controle dos processos de concessão e renovação;
9. Adote critérios diferenciados para a análise de processos de concessão e renovação da Cebas, como, por exemplo, a materialidade (renúncia estimada) e o porte da entidade (quantitativo de funcionários).

Das conclusões tiradas do Tribunal de Contas da União – TCU, algumas merecem amplo e incontido destaque para **notar** a operação das entidades beneficentes, a partir de tais decisões, quais sejam:

a. Quebra do sigilo fiscal.

O próprio Tribunal enfatiza que, nem mesmo mediante ofício emanado por aquela Corte, a Receita Federal do Brasil quebrou o sigilo fiscal das instituições sociais e/ou bolsistas, de modo que, igual restrição acomete a entidade beneficente de exercer um controle de tamanha magnitude, além daquele que já obtempera seus atos quando das concessões de bolsas, como entrevista social ancorada com a colação de documentos sobre a renda.

A tríplice cooperação RFB X MEC X Entidade Beneficente, juntas poderiam exercer tal fiscalização, mediante o acesso a um banco de dados virtual para evitar o assalto ao erário, porém jamais atribuir a responsabilidade apenas às entidades sociais e ao próprio órgão ministerial.

Aliás, cita-se como precedente, o caso de uma aluna de tradicional faculdade de medicina da cidade de São Paulo, que falseou informação econômica e, depois de ter cursado mais de três anos, por determinação do MEC, a entidade beneficente foi forçada a instaurar competente sindicância e delibou a fraude, vindo a resultar na sua exclusão do curso. A decisão da faculdade foi refutada na justiça, porém o desate deu ganho de causa à beneficente, mediante o seguinte fundamento na sentença¹: *“Nada obstante, haveria, sim violação ao princípio da isonomia se outra fosse a decisão do órgão deliberativo da faculdade, tratando desigualmente os iguais, já que possibilitaria o ingresso diferenciado daquele que não se enquadra em população de baixa renda, nos moldes estabelecidos em lei, e, mesmo após constatada a irregularidade, permitiria a manutenção do vínculo, agora a título oneroso, a despeito de não ter se submetido ao vestibular, em igualdade de condições com os demais alunos regulares”*

Assim, sugere-se àquelas que foram envolvidas em tal processo de auditoria que, por meio de uma sindicância interna, se arvore de provas para demonstrar que cumpriram o escorrido caminho da retidão legal, porém se houve despautério do bolsista, ele deve ser responsabilizado civil e criminalmente, mas não a instituição que agiu dentro da moralidade pública.

b. Contrapartida social.

O TCU enfatiza com eloquência que os Ministérios devem utilizar métricas para apurar as contrapartidas sociais das beneficentes, sob pena de vulnerar o erário, em especial quando o valor do benefício fiscal superar aquele do emprego social.

A medida seria legítima se o STF, nos autos ADIN 2028, ora convertida em Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, não tivesse suprimido do legislador ordinário, o poder de impor limitação ao poder de tributar mediante a exigência de contrapartida social. Citamos, o que interessa da referida ementa do STF: “A lei complementar é forma somente exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem observadas por elas.” Assim, à mingua de lei complementar, os Ministérios não possuem a prerrogativa de desafiar a ordem da Suprema Corte.

Não obstante tamanha quebra de braço, sugere-se que os entes sociais não se alforriem de demonstrar que, mesmo não estando obrigados a empregar percentuais fixos de sacrifício econômico, digamos, gratuidade, não deixe de promovê-lo sob pena de vulnerar a sua própria essência de construtor social.

c. Monitoramento.

O Decreto 8.242/14, em seu artigo 36, já impunha obrigação às entidades sociais, para anualmente prestarem contas de seu múnus ao Ministério da Educação, sem prejuízo do prazo da validade da certificação. Igual exigência consta da Portaria nº 15/17.

A par de tal previsão, nenhum exagero existe em tal exigência do TCU, a qual deve ser respeitada, até mesmo por comando da Lei 12.101/09, referendada pelo Supremo, até então, para regular o funcionamento do ente social.

Enfim, desde a institucionalização do então “*certificado de fins filantrópicos*”, por meio do Decreto 1.117/62, muitas entidades beneficentes foram tiranizadas como vilãs do orçamento público, inicialmente pelo primeiro colegiado de fiscalização, qual seja, o Conselho Nacional de Serviço Social – CNSS, depois pelo seu sucessor Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, agora pelos Ministérios da Educação, Desenvolvimento Social e da Saúde, sendo que chegaram, muitas vezes, até serem acachapadas com ilações de “*pilantrópicas*”, porém -, desta vez, o alvo do TCU não foram elas, mas sim a própria Administração Pública que, na visão dele, não tem demonstrado eficácia na gestão dos processos de reconhecimento social, o que prova, que tal caminho pela excelência das causas de desigualdades no Brasil, não se resolve com meros julgamentos burocratas, mas com ação conjunta entre o poder e a sociedade.

Assim, é indene de dúvidas, que o:

“Feitiço virou contra o Feiticeiro da Filantropia, qual seja, o próprio Estado!” 🗣️

¹Processo 0011872-06.2012.403.6100, 14ª Vara Cível da Justiça Federal/SP, Faculdade Ciências Médicas Santa Casa de São Paulo, advogado, Marcos Biasioli.

LEGISLAÇÃO

VISTO

PARA MISSIONÁRIOS
RELIGIOSOS NO BRASIL

MARCOS
BIASIOLIEVANDRO LUIS
DESIDERIO
DA ROCHA

O exercício ministerial possui vasta expansão histórica, desde a época romana. Os primeiros registros de missionários no Brasil foram dos jesuítas, que faziam parte de uma ordem católica denominada “Companhia de Jesus”. Eles viviam em sistemas de privações e tinham de exercer as suas atividades religiosas pelo mundo, em locais bem distantes de onde estavam acostumados a viver.

Os jesuítas chegaram ao Brasil no meio do século 16 e tinham o objetivo de disseminar as doutrinas católicas entre os povos indígenas em todo o território colonial. Essa missão ocorria por meio de uma organização que acarretava trabalhos e religiosidade.

Uma de suas primeiras catequese ocorreu com a inauguração de um colégio na cidade de Salvador (Bahia), onde fundaram a Província Brasileira da Companhia de Jesus. Pouco tempo depois, havia colégios espalhados por quase todo o território litorâneo.

Com a chegada da família real ao Brasil, mais precisamente em 1.808, houve o decreto da abertura dos portos brasileiros, dando a oportunidade de os comerciantes adentrarem em nosso território. O decreto concedia a chamada “liberdade de consciência”, que permitia que as pessoas praticassem a sua fé com alguma tolerância. A Constituição Imperial de 1824 reconhecia o catolicismo como religião do império, porém permitia os cultos de outras religiões de forma doméstica: *“Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma do exterior do Templo.”*

Assim, além de realizar missões, os missionários tinham o objetivo de levar a religião para determinados locais e, por isso, enfrentavam muitas dificuldades, já que a nossa Constituição passava longe de ser “cidadã” como a atual (1.988). Há indícios históricos de que os missionários ficaram mais de 150 anos sem poder atuar no Brasil, pois a legislação da época não os deixava realizar suas tarefas.

Nesse primeiro momento da história dos missionários religiosos, eles eram independentes quase que em sua totalidade, agiam de forma individual,

O Vaticano divulgou que a América do Sul apresenta um declínio contínuo de vocações, chegando a 17,4%

contavam com seus próprios recursos e, por consequência, tomavam suas próprias decisões. Por muitas vezes iniciavam a vida missionária somente após o sucesso profissional - geralmente quando já estavam aposentados.

Em um segundo momento, os missionários passaram a ter ajuda da Igreja, facilitando as atividades daqueles que ainda não tinham sucesso na carreira profissional, mas desejavam dedicar suas vidas para Cristo e suas missões. Era uma maneira de estruturar sua vontade com certo apoio dos religiosos, possibilitando, assim, o aumento substancial e o desenvolvimento da missão no país¹.

Muito embora haja pessoas imbuídas nessa atividade ao longo da história, é fato que, atualmente, a discrepância entre os missionários e os seguidores é extremamente relevante. Conforme o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, existem no Brasil cerca de 169.404.488 religiosos, mais precisamente 123.280.172 católicos, 42.275.440 evangélicos e 3.848.876 espíritas², entre outros.

Não é difícil de imaginar quantos missionários religiosos são necessários para atender tamanha demanda. No entanto, ao invés de se aumentar o número de vocacionados, ele está reduzindo. O Vaticano divulgou³ que a América do Sul apresenta um declínio contínuo de vocações, chegando a 17,4%. Essa diminuição afeta todos os países do subcontinente de diversas maneiras, principalmente Peru, Colômbia e Brasil.

É fato que a realidade da Igreja Católica não é a mesma da Igreja Evangélica, pois, segundo o IBGE, enquanto o catolicismo perde 1% de seguidores ao ano, os evangélicos ganham 0,7% ao ano, levando a uma estimativa de que entre 10 a 15 anos, o Brasil poderá ter mais evangélicos do que católicos.

Marcos Biasioli sócio é Titular da M.Biasioli Advogados, administrador de empresas, pós-graduado em Direito Empresarial (The European University), contabilista, Conselheiro Empresarial (IBGC/SP), idealizador da Revista Filantropia, coidealizador da Primeira Comissão de Direito do Terceiro Setor no Brasil/OAB-SP e Coordenador Geral do Congresso Brasileiro do Terceiro Setor.

Evandro Luis Desiderio da Rocha é Advogado da M.Biasioli Advogados.

¹Acessado em: 27/07/2018. <https://pt.scribd.com/doc/19049061/HISTORIA-DAS-MISSOES-EM-TERRAS-BRASILEIRAS>

²Acessado em: 27/07/2018. <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?edicao=9749&t=destaques>

³Acessado em 30/07/18: *Annuario Statisticum Ecclesiae*: <https://www.vaticannews.va/pt/vaticano/news/2018-06/anuario-pontificio-2018-annuario-statisticum-ecclesiae.html>

As organizações religiosas podem viabilizar a admissão do missionário ao reconhecer a importância de seu trabalho pastoral e intermediar a documentação que obrigatoriamente tramitará por meio da Polícia Federal e do Ministério do Trabalho

Muitas razões para esse descompasso têm sido objeto de estudos da Igreja Católica, porém a minoração dos postulantes para a missão religiosa, assomada ao tempo de preparação daqueles engajados na missão, que pode durar até oito anos, pode explicar parte do desequilíbrio. O referido *Annuario Statisticum Ecclesiae* publicado pelo Vaticano aponta: “As deficiências mais evidentes de sacerdotes estão localizadas na América do Sul (12,1% de sacerdotes e 27,9% de católicos), na África (10,9% de sacerdotes e 17,6% dos católicos) e na América Central Continental (5,3% de sacerdotes e 11,6% de católicos).”

Dessa forma, ao menos para os católicos, uma das ferramentas para manter viva a promoção da fé é importar missionários religiosos para dar continuidade às atividades pastorais, de modo que é forçoso estudar, então, os mecanismos franqueados pelo nosso ordenamento jurídico para o acesso e residência dos estrangeiros que possuem este múnus como propósito de vida.

Temos, assim, um verdadeiro condão legislativo protegendo a atividade em nosso território, a começar pela Lei 13.445/2017, que revogou a Lei 818/1949 e o Estatuto do Imigrante, Lei 6.815/1980.

A nova legislação prevê tanto a possibilidade de estada no país por meio de visto temporário, como de residência. Segundo o disposto nos artigos 14, inciso I, alínea “g”, e 30, inciso I, alínea “g” da legislação: “Art. 14. O visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em pelo menos uma das seguintes hipóteses: g) prática de atividade religiosa ou serviço voluntário; Art. 30. A residência poderá ser autorizada, mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiro ou ao visitante que se enquadre em uma das seguintes hipóteses: g) prática de atividade religiosa ou serviço voluntário;”.

Ato contínuo, o artigo 40 do Decreto da Lei 9.199/2017 que visa regulamentar a Lei do imigrante dispõe sobre as pessoas religiosas que gozam do direito de possuir o visto temporário, sendo elas: (i) ministro de confissão religiosa; (ii) membro de instituto de vida consagrada ou confessional; (iii) membro de ordem religiosa.

Como essas atividades podem se confundir em meio a tantas outras existentes no âmbito religioso, o Ministério da Justiça e das Relações Exteriores elaborou diversas resoluções que visam dinamizar e dar celeridade às devidas autorizações, fornecendo competência de autorização para cada órgão em específico, a depender da atividade.

No caso de estrangeiros religiosos que queiram atuar no Brasil, o interessado deve seguir a regra contida na Resolução Normativa nº 1, de 01 de dezembro de 2017, pois nela constam todas as documentações necessárias para a devida legalização e autorização de residência.

Por fim, a Resolução Normativa nº 14, de 12 de dezembro de 2017, regulamenta e disciplina a concessão de visto temporário e autorização de práticas religiosas no Brasil de forma clara à figura do missionário: “Art. 1º O visto temporário, nos termos do art. 40, caput, do Decreto nº 9.199, de 2017, para prática de atividades religiosas, poderá ser concedido ao ministro de confissão religiosa ou membro de instituição de vida consagrada, ou confessional, ou de ordem religiosa, que venha ao País para prestação de serviços de assistência religiosa, sem vínculo empregatício no Brasil. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se também àqueles que venham ao Brasil na condição de missionário”.

Nesse contexto, as organizações religiosas podem viabilizar a admissão do missionário ao reconhecer a importância de seu trabalho pastoral e intermediar a documentação que obrigatoriamente tramitará por meio da Polícia Federal e do Ministério do Trabalho. Após comprovado o cumprimento dos requisitos legais, o visto será concedido.

É certo que em dias difíceis como os atuais, quando nem sempre encontramos um “ombro amigo”, os missionários são muito bem-vindos. Em especial os religiosos que renunciam a bens efêmeros para dedicar o amor ao próximo, longe de sua família de sangue e de seus costumes para viver em comunhão com Deus na assistência à humanidade. Ao liderar obras sociais que formam a maestria do Terceiro Setor, eles suprem de maneira incontestável as lacunas deixadas pelo Estado. 🙏

OPINIÃO



PRIVATIZAÇÃO

DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

Ao menos as pessoas da terceira idade não esquecem o caos de outrora para se obter uma linha telefônica fixa, com as filas de espera intermináveis para se inscrever, quicá receber a instalação de telefone nos seus lares; pessoas que se engalinhavam na busca de senhas, o mercado negro que se deliciava vendendo, a preço de ouro, o mero direito oneroso de falar telefonicamente com outra pessoa, fazendo com que o preço saltasse aos olhos das classes menos favorecidas.

Não foi diferente com a energia elétrica, com o abastecimento de água, gás, com o transporte, com as rodovias e outros tantos serviços. Foi preciso coragem e astúcia para abrir as portas à privatização, cujos reflexos benéficos são sentidos até hoje. Contudo, boa parte do que ficou sob a batuta do Estado apodreceu. Vejamos o caso das companhias aéreas, ferroviárias, petroleiras, siderúrgicas e até os bancos. O que não apodreceu, adoeceu,



MARCOS BIASIOLI

RICARDO CURIA
MONTEMAGNITHAIS JENNIFER
FREIRE AMANCIO
DA ROCHA

infectou-se de bactérias humanas, servis a loteamentos políticos, corrupção, cabides de empregos para correligionários e, depois de quase falidas, estão sendo passadas às mãos técnicas para tentar salvá-las e/ou sendo entregues à iniciativa privada por meio de apressadas privatizações.

Enfim, sabendo que o monopólio estatal não interessa ao Estado e tampouco aos cidadãos, pergunta-se: “A quem ele interessa, a não ser a determinados arautos e assaltantes que supostamente integram o poder?”

Partindo dessa visão, abstraem-se significativos R\$ 85,9 bilhões, apenas do orçamento público federal, que foram destinados por meio de transferências sociais para Assistência Social em 2018. Incluindo o montante destinado para manter o benefício para prestação continuada, como por exemplo: (i) ao idoso com 65 anos ou mais; (ii) à pessoa com deficiência, de qualquer idade,

Marcos Biasioli sócio é Titular da M.Biasioli Advogados, administrador de empresas, pós-graduado em Direito Empresarial (The European University), contabilista, Conselheiro Empresarial (IBGC/SP), idealizador da Revista Filantropia, coidealizador da Primeira Comissão de Direito do Terceiro Setor no Brasil/OAB-SP e Coordenador Geral do Congresso Brasileiro do Terceiro Setor.

Ricardo Curia Montemagni é Advogado em São Paulo (OAB/SP 236.175), membro da M.Biasioli Advogados e pós-graduado em direito tributário pela PUC-SP com especialização em Contabilidade aplicada ao Direito pela FGV. Membro da Comissão de Direito do Terceiro Setor OAB/SP e autor e coautor de artigos para a Revista Filantropia.

Thais Jennifer Freire Amancio da Rocha é advogada em São Paulo (OAB/SP 411.029), membro da M.Biasioli Advogados, autora e coautora de artigos para a Revista Filantropia.

com impedimentos de longo prazo (aqueles que produzem efeitos pelo prazo mínimo de dois anos, conforme atual redação da LOAS, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial; e (iii) àquele que auferir renda familiar mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo, conforme definido no art.20, §3º da LOAS. Já o valor auferido que o Estado deixa de arrecadar das entidades sociais ante sua limitação ao poder de tributá-las atingiu mais de R\$ 3 bilhões em 2018.

Não obstante a todo esse amontoado de recursos públicos, guardada a significativa eficiência de parte dessa construção em investimento social, é certo que há anos o Brasil vem ocupando posições acachapantes no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Atualmente classificado em 79º lugar, estamos atrás de países como Argentina, Costa Rica, Irã, Panamá, Cuba e Sri Lanka, entre outros. Segundo o último senso do IBGE, ainda temos 15,2 milhões de pessoas que vivem na “extrema” pobreza, ou seja, recebendo US\$ 1,90 por dia.

Acareando esse cenário econômico, logo suscitamos se o problema é a incipiência de uma política pública social estruturada. Não nos intimida afirmar que essa não é a deficiência que temos, pois o Brasil, depois da última constituinte, construiu a partir da lei orgânica da assistência social sólidos pilares empíricos, além daqueles gestados no campo legislativo, para fortalecer as bases da justiça social. É possível mensurar o exército de colegiados que opera nesse sentido, como o Ministério de Desenvolvimento Social, hoje denominado de Cidadania, os Conselhos Nacional, Estaduais e Municipais de Assistência Social, o Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), o Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), os Fundos de Desenvolvimento Social, os Conselhos da Criança e do Idoso, sem falar nos órgãos de controle do gasto público social, como os Tribunais de Contas, Secretarias dentro dos Ministérios para expedir certificações sociais, Curadorias de Fundações e Consultorias Jurídicas especializadas. Já na ponta da prestação do serviço social, além da própria administração pública, mais de meio milhão de entes sociais também procura corroborar com o Estado.

No campo constitucional e legal, fontes públicas de financiamento social não faltam. Para desvendá-las, basta uma sucinta leitura nos artigos 60, 61, 74, 76, 80, 81, 82, 84, 195, 202, 212 e 213 da Constituição Federal. Indo mais adiante, assim classificaremos as fontes financiadoras: (i) Indiretas: que são fruto do direito da imunidade tributária de impostos e contribuições sociais, usufruído pelos entes sociais, artigos 150 e 195 da CF, para que o produto dos tributos seja aplicado pelos próprios entes nas causas estatais que a eles foram delegadas; (ii) Diretas: são os recursos derivados do orçamento para transferências sociais, por ordem constitucional, regulados pela Lei 13.080/15, ora repartidas com base no Decreto 6.170/07, Lei 13.019/14 (MROSC), Lei 8.080/90 (SUS), entre outras.

Considerando o contexto financeiro, é indubitável que as transferências sociais diretas, tais como as indiretas, estão ameaçadas de minoração ante a maior seletividade do trespasse delas

Ocorre que, ainda que estruturada a política pública social sob o prisma jurídico e econômico, esse mecanismo de mera descentralização estatal mediante o financiamento do social continuará esbarrando na baixa entrega de resultados de minoração de desigualdades. Ou seja, está provado, em verdade, que essa ciranda é estática.

Como se não bastasse, o atual orçamento público atenta contra a manutenção do próprio financiamento social. Basta notar que o déficit do Estado em 2018 foi superior a R\$ 130 bilhões. E tudo indica que em 2019 não será diferente, uma vez que foi orçada uma receita líquida de R\$ 1,304 trilhão para uma despesa de R\$ 1,424 trilhão. Com base nisso, nenhuma genialidade é necessária para se deduzir que o atual governo possui apenas duas alternativas para reequilibrar as contas públicas: aumentar as receitas ou cortar as despesas.

Considerando o contexto financeiro, é indubitável que as transferências sociais diretas, tais como as indiretas, estão ameaçadas de minoração ante a maior seletividade do trespasse delas, visando mais acuidade do real emprego do recurso público. Elas estão classificadas na lei orçamentária, dentro da rubrica de despesa da seguridade que, ao todo, gravita na ordem de R\$ 1,05 trilhão. E, salvo melhor entendimento, é nesse sentido que caminha a nova gestão governamental; acirrar o controle do emprego do recurso público social, pois se abstrai da Medida Provisória 870/19, recém-editada, a qual delegou poderes à Secretaria do Governo em promover o maior controle das organizações não governamentais. Vejamos o texto: “Art. 5º - À Secretaria de Governo da Presidência da República compete: II - supervisionar, coordenar, monitorar e acompanhar as atividades e as ações dos organismos internacionais e das organizações não governamentais no território nacional;...”

Todo controle é bem-vindo quando o assunto é orçamento público, porém a história está demonstrando que apenas regular e controlar não passam de pleonasma no campo social. O Estado, por força de lei, financia e exige a exaustiva comprovação do emprego do recurso per capita nos fins definidos no instrumento de repasse, por meio de demonstrações contábeis e relatórios de atividades sociais que quantificam informações quanto aos tipos de programas/projetos, seus custos, qualificação das pessoas envolvidas e o volume de atendimentos. Essas

Sendo assim, não seria a hora de o novo governo repensar não só um novo e rigoroso modelo de política pública social, mas um novo conceito? Seria ousadia ou até utopia para muitos estudiosos e ativistas sociais refletirem sobre a “privatização da Assistência Social”?

informações, se atendidos os parâmetros legais, são suficientes para encorajar o Estado a manter a continuidade do ciclo, que atenua os efeitos mas não resolve a causa. Dito isso, em nada adiantará apertar mais o controle estatal; é necessário ousar, e a privatização da assistência social não deixa de ser uma sedutora e promissora ideia.

Sendo assim, não seria a hora de o novo governo repensar não só um novo e rigoroso modelo de política pública social, mas um novo conceito? Seria ousadia ou até utopia para muitos estudiosos e ativistas sociais refletirem sobre a “privatização da Assistência Social”?

A princípio, sob o berço constitucional e legal, é possível avançar com a reflexão, pois a Carta Política de 1988 prevê que as ações governamentais na área de assistência social devem obedecer, entre outras diretrizes, à descentralização político-administrativa, cabendo também às entidades beneficentes a execução dos programas, tanto na esfera estadual como na municipal. E mais, delegou às organizações o múnus de formular políticas públicas e exercer o controle delas. Na saúde, igualmente conferiu o direito às instituições privadas de participarem do Sistema Único de Saúde. Já na educação, delegou o dever ao Estado de promover o desenvolvimento do indivíduo para o pleno exercício da cidadania, qualificando-o para o trabalho. Na mesma linha que a assistência social e a saúde, o legislador constitucional também comandou que as ações tenham a colaboração da sociedade.

Porém, na prática, como se daria a privatização da Assistência Social?

Que tal iniciarmos citando um modelo externo adotado pelos EUA desde 1897, bem como na Grã-Bretanha e outros países, tido como *performance bond*? Nele, a iniciativa privada é provocada a participar de um certame para explorar uma atividade eminentemente pública, inclusive de interesse social. O vencedor recebe do governo, porém uma Seguradora deve garantir o cumprimento da obrigação, eliminando o risco do Estado e oportunizando negócios para as partes que incentivam indiretamente as iniciativas estatais, sem ter de se preocupar com o controle do emprego do recurso público.

Defendemos que esse modelo pode funcionar para a assistência social, “lato sensu”. Como?

Digamos que determinado município queira erradicar o analfabetismo local. Em vez de investir somente em escolas, qualidade de ensino, docentes, controles diretos e indiretos da verba pública, ele passará a licitar para iniciativa privada. Dentre as pessoas de direito privado, preferencialmente as entidades beneficentes, como determina a Constituição - para que assumam esse múnus, por um valor global anual, com a garantia de uma Seguradora. Se houver tergiversação por parte da vencedora, o Estado recebe o dinheiro de volta. Caso haja sucesso, como aconteceu com o ENEM, poderá multiplicar a demanda para outras áreas do município.

Imaginemos um município de extrema pobreza, o qual não protraí recursos locais para bancar transformações sociais. A União abre o certame para a iniciativa privada erradicar a miséria naquela cidade, mediante a entrega de mínimos sociais, com a contratação de *performance bond*. Ou seja, a Seguradora bancará o ônus, caso não atendidos os anseios do edital, que colocará métricas para mensurar o resultado. Filantrópicas, empresas, bancos e até pessoas físicas providas de garantia poderão participar. Acabará a intermediação do compadrio público, pois a Seguradora é quem fará a seleção e aferição do segurado, e não o Estado.

Vamos para outro exemplo tirado do semiárido, onde as pessoas não têm o que plantar, pois o solo não permite. Abre-se, então, processo licitatório para implantação de cisternas, saneamento básico, postos de saúde e de trabalho. Destaca-se no edital que a prestação de contas, além de comprovar o emprego do recurso público, deve favorecer nominalmente os usuários, gerenciando e comprovando o seu engajamento aos fins. Isso traz métricas objetivas ao Estado, de transformações por microrregiões; tudo garantido por *performance bond*, ou seja, risco zero para o Estado.

Enfim, tantos outros conceitos podem ser adicionados para contribuir com a ideia da privatização da assistência social. Porém um fato é certo: o Estado não reúne braços para identificar a necessidade social de cada microrregião, o que facilita a evasão do recurso público e assanha a corrupção. Que a nova gestão, munida de uma sincera auto-crítica, possa reconhecer que a iniciativa privada é, senão a única, uma enérgica saída para a quebra de todos os males que assolam o Brasil. 🌐



CAPA

TERCEI RIZAÇÃO PELO TERCEIRO SETOR

Tema dos mais polêmicos e controversos envolvendo a relação entre o Estado e as organizações sociais, organizações da sociedade civil e a iniciativa privada, a chamada “privatização” da gestão de equipamentos públicos se tornou um modelo bastante adotado pelos governos em todos os níveis da administração

POR LUCIANO GUIMARÃES

Há anos o estado de São Paulo tem sido pródigo em levar adiante projetos considerados bem-sucedidos em áreas tão diversas como assistência social, saúde, educação e cultura, a exemplo do Bom Prato, dos Ambulatórios Médicos de Especialidades (AME) e de serviços de diagnóstico, da Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo (Osesp), Sala São Paulo, Pinacoteca e do Memorial da Resistência.

A assertividade dessa fórmula levou o então governador Márcio França a baixar, no final do ano passado, o Decreto nº 64.056, estabelecendo que o prazo de duração dos contratos de gestão não deverá ser inferior a dois anos nem ultrapassar dez anos. As organizações que hoje fazem a gestão dos equipamentos públicos foram definidas após processo licitatório.

Por óbvio, independentemente do estado onde vigora o contrato de gestão, a tendência é que haja cada vez mais controle por parte da administração pública, principalmente em tempos de crise financeira e consequente “contingenciamento” de verbas. Além de ter os balanços financeiros auditados e publicados na imprensa, relatórios com as contas são enviados periodicamente à administração pública. Na esfera federal, por exemplo, acirra-se o controle do emprego do recurso público social.

“A Medida Provisória 870/2019, de 1º de janeiro, delegou poderes à Secretaria do Governo, para promover maior controle das organizações não governamentais (ONGs)”, comenta o advogado Marcos Biasioli, sócio do M. Biasioli Advogados, membro do conselho editorial da revista *Filantropia* e vice-presidente da Primeira Comissão de Direito do Terceiro Setor do Brasil, por meio da OAB/SP.

Segundo o artigo 5º da MP, que tem dez itens, “*A Secretaria de Governo da Presidência da República compete: II - supervisionar, coordenar, monitorar e acompanhar as atividades e as ações dos organismos internacionais e das organizações não governamentais no território nacional; ...*”.

Favorável à chamada “Privatização da Assistência Social”, Biasioli, assim como os seus colegas advogados Ricardo Curia Montemagni e Thais Jennifer Freire Amancio da Rocha, defendem esse ponto de vista.

“Não seria a hora deste novo e entusiasta governo repensar não só um novo e rigoroso modelo de política pública social, mas sim um novo conceito? Seria ousadia ou até utopia para muitos estudiosos e ativistas sociais refletir sobre a ‘privatização’ da assistência social?”, questiona o trio, em recente artigo escrito sobre o assunto.

Diretor-executivo da Associação Brasil de Captadores de Recursos (ABCR), o advogado e mestre em administração pública João Paulo Vergueiro argumenta que, em primeiro lugar, é importante entender o papel das organizações da sociedade civil.

*As organizações
são parte da
democracia,
compõem o tecido
social que torna a
nossa democracia
mais forte*

Segundo o especialista, as ONGs não existem para substituir o governo ou porque ele é ineficiente. As organizações são parte da democracia, compõem o tecido social que torna a nossa democracia mais forte. Existem em todos os países onde há liberdade, para garantir a defesa de direitos, a promoção de causas e a transformação da sociedade.

“Quando analisamos a possibilidade de termos as organizações assumindo a gestão de espaços públicos, como centros culturais, museus, postos de saúde e, eventualmente, até escolas, ela tem que ser vista dentro desse contexto: não da organização assumindo a responsabilidade que deveria ser do Estado, mas fazendo parceria com o próprio para garantir uma gestão mais eficiente e que retorne ainda mais impacto para a sociedade – mas que, no final, ainda é de competência do Estado”, descreve.

Vergueiro, entretanto, alerta para o risco desse modelo tornar a organização dependente do recurso público. “Como a administração transfere não somente a gestão do espaço, mas também uma boa quantidade de recursos, esse modelo pode tornar a organização muito vulnerável no futuro, caso o orçamento seja cortado”, observa.

O gestor também defende que, na captação de recursos, haja a diversificação das fontes de receita, evitando-se, com isso, depender de um único financiador que represente mais de 30% da receita da organização. Em seu entender, o modelo de gestão de espaços públicos por organizações da sociedade civil muitas vezes leva a isso, tamanho é o aporte financeiro do governo.

“É uma grande ameaça para as organizações. O melhor é sempre investir em captação de recursos e garantir que a instituição seja financeiramente independente. Diversifique suas receitas, tenha doadores. Isso faz a diferença”, recomenda.

NA PRÁTICA, COMO SE DARIA A “PRIVATIZAÇÃO” DA ASSISTÊNCIA SOCIAL?

O *performance bond* é um modelo adotado pelos Estados Unidos desde 1897, bem como na Grã-Bretanha e em outros países. Nele, a iniciativa privada é provocada a participar de um certame para explorar uma atividade eminentemente pública, inclusive de interesse social. O vencedor recebe do Estado, porém uma seguradora deve garantir o cumprimento da obrigação, eliminando o risco do poder público e oportunizando negócios para as partes que incentivam indiretamente as iniciativas estatais, sem ele ter que se preocupar com o controle do emprego do recurso público.

Exemplo 1:

Admitamos que determinado município queira erradicar o analfabetismo local. Ao invés de só investir em escolas, qualidade de ensino, docentes, controles diretos e indiretos da verba pública, ele passe a licitar para a iniciativa privada. Dentre as pessoas de direito privado, preferencialmente as entidades beneficentes, pois assim determina a Constituição Federal, para que assumam esse encargo, por um valor global anual, com a garantia de uma seguradora. Se houver tergiversação por parte da vencedora, o Estado recebe o dinheiro de volta. Caso haja sucesso, o que é mais provável, cuja régua será formada pelos exames já existentes, tal como o Enem, poderá multiplicar a demanda para outras áreas do município.

Exemplo 2:

Imaginemos um município com extrema pobreza, o qual não consegue obter recursos locais para bancar transformações sociais. Porém a União abre o certame para a iniciativa privada erradicar a miséria naquela cidade, mediante a entrega de mínimos sociais, com a contratação de *performance bond*, ou seja, a seguradora bancará o ônus, caso não atendidos os anseios do edital, que colocará métricas para mensurar o resultado. Filantrópicas, empresas, bancos e até pessoas físicas, providas de garantia, poderão participar. Acabará a intermediação, o compadrio público, pois a seguradora é quem fará a seleção e aferição do segurado, e não o Estado.

Exemplo 3:

No semiárido, cujo local as pessoas não têm o que plantar, pois o solo não permite; não há o que caçar para saciar a fome, pois sequer existe vida animal; não se tem água para matar a própria sede etc. Abre-se, então, processo licitatório, como de praxe, para a implantação de cisternas, saneamento básico, postos de saúde e de trabalho, destacando-se no edital que a prestação de contas, além de comprovar o emprego do recurso público, deve obrigatoriamente favorecer nominalmente os usuários, gerenciando e comprovando o seu engajamento aos fins, trazendo métricas objetivas ao Estado, de transformações por microrregiões, tudo garantido por *performance bond*, ou seja, risco zero para o Estado.



FONTE: M. BIASIOLI ADVOGADOS

EFICIÊNCIA NA GESTÃO

Para a especialista em desenvolvimento institucional e avaliação socioambiental Carol Zanoti, uma das motivações dos que defendem a terceirização da gestão de equipamentos públicos para organizações sociais e iniciativa privada é a eficiência da gestão, desde que se incluam dois princípios: a referência no atendimento diante da causa, para as primeiras, e a lucratividade, para a segunda.

No caso específico da área da saúde, explica ela, é imprescindível entender que existem vinculações constitucionais que estabelecem limites mínimos a serem aplicados pelos entes federados.

“Esses limites mínimos estão congelados desde a PEC nº 241/2016, por 20 anos – de 2017 a 2036 – em termos reais, a despesa primária no patamar de 2016, forçando que muitas metas estabelecidas para o SUS ficassem inoperantes e desconsiderassem as mudanças socioeconômicas



e de acesso a direitos preconizados constitucionalmente”, argumenta.

Carol ressalta que a relação entre Estado e organizações sociais ainda carece de transparência suficiente no modo como são dispostos e analisados dados referentes a diagnóstico, licitação, monitoramento, avaliação de processos e aporte dos recursos públicos, inclusive com metas completamente desajustadas.

“Mesmo para quem tem costume de pesquisar em diários oficiais, a transparência desse processo, que deveria levar à eficiência da gestão, torna-se um trabalho hercúleo, na hora de comprovar se o serviço ‘x’ ou ‘y’ é realizado por uma organização social”, enfatiza.

Segundo a especialista, as organizações sociais são, na teoria, filantrópicas. Na prática, porém, funcionam com modelos de gestão privados, pois suas ações são por prestação de serviços.

“Os equipamentos de saúde geridos pelas organizações sociais atualmente custam aproximadamente 50% a mais do que aqueles geridos diretamente pelo poder público, de acordo com dados do Sistema de Informações Gerenciais da Execução Orçamentária (SIGEO). Além disso, um terço desses equipamentos não publicou seu balanço e um quarto apresentou patrimônio negativo, portanto 80% das que apresentaram balanço estão *quebradas*”, observa.

Para a especialista, há vários motivos para os déficits, sendo o principal deles o orçamento inadequado. “No processo de terceirização dos serviços de saúde, entre outros, os contratos ou convênios são negociados, pelas partes, já sabendo que os recursos não serão suficientes para cobrir as metas de atendimento. Muitos termos e contratos aditivos são assinados somente para cobrir a diferença dos prejuízos. Além disso, o governo do estado [de São Paulo] tem mantido as metas de atendimento e reduzido os orçamentos por ano, por conta de contingenciamentos. É uma conta que não bate”, argumenta Carol.

APAC

O Brasil está repleto de bons e maus modelos da chamada terceirização da assistência social. Um exemplo positivo é a [Associação Pinacoteca Arte e Cultura \(Apac\)](#), sociedade civil de direito privado e sem fins lucrativos criada em 1992 com o objetivo de apoiar o funcionamento do museu, hoje com cerca de 10 mil obras.

Qualificada no final de 2005 como Organização Social de Cultura, a Apac assumiu, a partir de 2006, a gestão do museu para execução da política cultural definida pelo governo do

estado. Atualmente é responsável pela gestão da Pina_Luz, Pina_Estação e do Memorial da Resistência.

A entidade renovou contrato com o governo paulista no fim de 2018 com validade até 2022, e presta contas à administração pública em relatórios trimestrais.

De acordo com o balanço financeiro relativo ao ano passado e auditado pela KPMG, a Apac registrou R\$ 22,2 milhões em recursos advindos do contrato de gestão com o poder público. A organização também arrecadou R\$ 629 mil em venda de ingressos, R\$ 1,158 milhão com a comercialização de produtos na loja e R\$ 214 mil em patrocínios não incentivados. Entre receitas e despesas, fechou as contas de 2018 com superávit de R\$ 282 mil.

OSESP

Outro exemplo interessante vem da Fundação Osesp, que gere e administra a [Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo \(Osesp\)](#), a [Sala São Paulo](#) e o Festival de Inverno de Campos do Jordão. Para a temporada 2019 estão previstas mais de 120 apresentações, sendo 13 gratuitas.

A organização social encontra-se em seu terceiro ciclo contratual de parceria com o governo paulista, que termina em 31 de dezembro deste ano. Seus balanços contábeis são auditados pela PricewaterhouseCoopers.

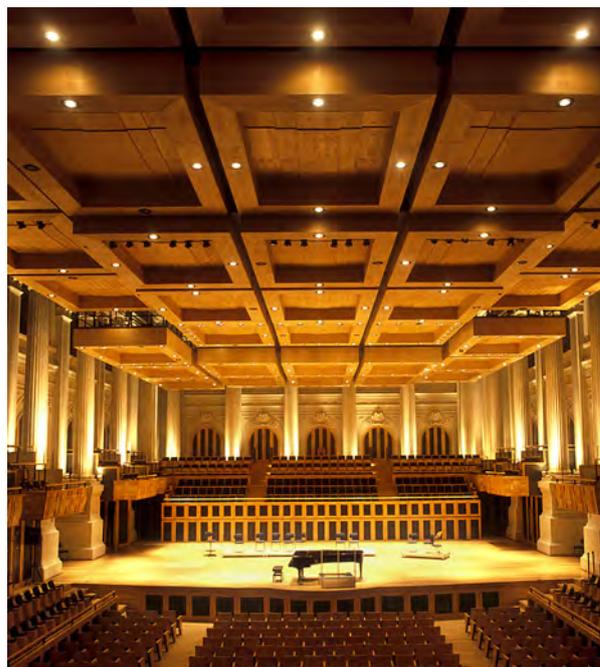
Segundo o Relatório Gerencial de Orçamento Previsto X Realizado, a Osesp terminou 2018 com receitas de R\$ 102,554 milhões, sendo R\$ 55,282 milhões oriundos de repasse do contrato de gestão com o governo estadual. O caixa foi bem reforçado pela captação de outros R\$ 34,2 milhões provenientes de recursos incentivados, patrocínios e assinaturas para as apresentações. Ao fechar com despesas totais de R\$ 96,314 milhões, a Fundação obteve superávit de R\$ 5,4 milhões (descontadas as amortizações e depreciações).

AME

Responsável por gerir e administrar seis unidades do [Ambulatório Médico de Especialidades \(AME\)](#) – Carapicuíba, Itu, Jundiaí, Jardim dos Prados e Pariquera-Açu e Santos –, a organização social Cruzada Bandeirante São Camilo Assistência Médico Social tem se destacado pela eficiência demonstrada em sua gestão.

Além dos AMEs citados, a entidade também administra o Hospital Geral de Carapicuíba e de Itapevi, além do Polo de Atenção Intensiva em Saúde Mental (PAI) – Baixada Santista, localizado em Santos, e das unidades de Pariquera-Açu e Santos da Rede de Reabilitação Lucy Montoro.

Nos últimos cinco anos, a parceria com o governo paulista repassou em torno de R\$ 2,3 bilhões, o que torna a Cruzada Bandeirante uma das organizações sociais que mais recebem repasses do poder público no estado. 🌐



CAPTAÇÃO DE RECURSOS

FUNDOS PATRIMONIAIS

(ENDOWMENT FUNDS)

A nova vedete da captação de recursos do Terceiro Setor



MARCOS
BIASIOLI

A Medida Provisória nº 851, de setembro de 2018, sancionada pelo então presidente Michel Temer, está movimentando o “mercado”. Convertida na Lei nº 13.800, de janeiro de 2019, sancionada pelo atual presidente Jair Bolsonaro, autoriza a constituição de fundos patrimoniais com o objetivo de arrecadar, gerir e destinar doações de pessoas físicas e jurídicas privadas para programas e projetos, tais como à educação, ciência, tecnologia, pesquisa e inovação, cultura, saúde, assistência social, segurança pública, ao meio ambiente, esporte, direitos humanos e a demais finalidades de interesse público.

A motivação que levou ao seu sancionamento deriva da necessidade do capital da iniciativa privada para o financiamento das instituições e dos interesses públicos, dada a ausência de orçamento estatal para mantê-los.

A experiência internacional, lançada como exemplo na exposição de motivos para sancionar a lei, também teve um forte apelo, com referência ao modelo americano de fundos bilionários, notadamente para financiar universidades e a conservação de patrimônio histórico.

Em tal modelo, para a educação, foram citados dois fundos: (i) Universidade de Harvard, que possui um patrimônio estimado em US\$ 37,6 bilhões; (ii) Stanford, Princeton e Yale, com patrimônios estimados entre US\$ 20 e 25 bilhões. Já na área da cultura, destacou-se que 69% das receitas do *Metropolitam Museum of Art* de Nova Iorque decorreram de seus Fundos Patrimoniais e doações, sendo 38% em doações e 31% em rendimentos desses fundos.

A lei é abrangente, mas acertadamente não deixa de albergar os organismos integrantes do Terceiro Setor, entre eles, as entidades sociais, que podem ocupar o papel de instituição apoiada, isto é, ser financiada pelos fundos patrimoniais ou aquele de organização gestora do fundo na captação e na gestão das doações e do patrimônio constituído.

Não há dúvida que as entidades sociais, indiretamente, já vêm operando nesse viés, pois atualmente estão autorizadas, diante de sua finalidade e múnus de interesse público, a receberem apoio para as suas causas, como gerir recurso para apoiar outras iniciativas

É o conjunto de ativos de natureza privada, gerido pela organização, com o intuito de constituir fonte de recursos de longo prazo

sociais. Assim, à primeira vista, a nova legislação não traz nenhum alento para facilitar o financiamento do mister social, apenas prevê a institucionalização da figura de novo ente de caráter financeiro para subsidiar a causa sob os auspícios das ondas de governança cooperativa.

A legislação assim conceitua o fundo patrimonial: “é um conjunto de ativos de natureza privada instituído, gerido e administrado pela organização gestora de fundo patrimonial com o intuito de constituir fonte de recursos de longo prazo, a partir da preservação do principal e da aplicação de seus rendimentos;”. Nota-se que ele é diametralmente distinto do fundo de investimentos, que nada mais é, em síntese, do que a sinergia de investidores com propósito de experimentar lucro no mercado de capitais.

Os entes sociais, até mesmo por força de lei e com respaldo na jurisprudência, devem aplicar os excedentes de recursos públicos em fundos de investimentos, a saber: “Lei 8.666/93, Art. 116, § 4º - Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês.” Isto prova que o fundo financeiro não é inusitado na vida do ente social.

No entanto, o fundo patrimonial é inovador, pois ele não está pareado ao fundo de investimento, já que não busca simplesmente a multiplicação do pouco ou do muito erigido pelo ente, por meio do mercado de capitais.

Marcos Biasioli sócio é Titular da M.Biasioli Advogados, administrador de empresas, pós-graduado em Direito Empresarial (The European University), contabilista, Conselheiro Empresarial (IBGC/SP), idealizador da Revista Filantropia, coidealizador da Primeira Comissão de Direito do Terceiro Setor no Brasil/OAB-SP e Coordenador Geral do Congresso Brasileiro do Terceiro Setor.

Colaboração de Thais Jennifer Rocha e Ricardo Curis Montemagni.

<p>O que é o “fundo patrimonial”, segundo a legislação?</p>	<p>É o conjunto de ativos de natureza privada instituído, gerido e administrado pela organização gestora de fundo patrimonial com o intuito de constituir fonte de recursos de longo prazo, a partir da preservação do principal e da aplicação de seus rendimentos.</p>
<p>E o que seria uma organização gestora de fundo patrimonial?</p>	<p>É uma instituição privada sem fins lucrativos instituída na forma de associação ou de fundação privada com o intuito de atuar exclusivamente para um fundo na captação e na gestão das doações oriundas de pessoas físicas e jurídicas e do patrimônio constituído. Resumidamente, é uma ferramenta de financiamento da sociedade civil, formada a partir de um montante inicial, advindo de doações de recursos ou bens, investidos com a finalidade de financiar as atividades das organizações assistenciais com seus rendimentos tornando-as mais independentes à captação de recursos por projetos, como bem define o GIFE.</p>
<p>Qual a finalidade destes fundos?</p>	<p>Os fundos patrimoniais terão por finalidade a constituição de fontes de recursos de longo prazo para o fomento das instituições apoiadas e para a promoção de causas de interesse público, por meio de parcerias.</p>
<p>Qual a recomendação para constituição deste fundo?</p>	<p>O fundo deve constituir uma fonte de recursos de longo prazo a ser investido com objetivos a preservar o seu valor, gerar receita e constituir fonte regular e estável de recursos, ou seja, é de extrema importância que as organizações que se proponham à criação do fundo se atentem em não fazer investimentos arriscados, ou como se diz no mundo dos investimentos, “arrojados” e “de alto risco”. A própria lei, inclusive, prevê a possibilidade de contratação de “pessoa jurídica gestora de recursos registrada na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) com conhecimento e experiência para operacionalizar a aplicação financeira do fundo patrimonial”.</p>
<p>Quais fontes de recurso formam um fundo patrimonial?</p>	<p>O fundo patrimonial deverá ser formado por: (i) aportes iniciais; (ii) doações financeiras e de bens móveis e imóveis e o patrocínio de pessoas físicas, de pessoas jurídicas privadas, nacionais ou estrangeiras, de Estados estrangeiros e de organismos internacionais e multilaterais; (iii) ganhos de capital e os rendimentos oriundos dos investimentos realizados com seus ativos; (iv) recursos derivados de locação, empréstimo ou alienação de bens e direitos ou de publicações, material técnico, dados e informações; (v) os recursos destinados por testamento, nos termos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); (vi) contribuições associativas; (vii) demais receitas patrimoniais e financeiras; (viii) exploração de direitos de propriedade intelectual decorrente de aplicação de recursos do fundo patrimonial; (ix) venda de bens com a marca da instituição apoiada; e (x) recursos provenientes de outros fundos patrimoniais.</p>



Quais requisitos essenciais a serem observados no trato do patrimônio do fundo de investimento?	O patrimônio do fundo de investimento deverá ser segregado, contábil, financeira e administrativamente, daqueles de seus instituidores, da instituição apoiada e da organização executora – instituição sem fins lucrativos ou organização internacional reconhecida e representada no país, que atua em parceria com instituições apoiadas e que é responsável pela execução dos programas, dos projetos e de demais finalidades de interesse público, visando conferir maior transparência e gestão efetiva desse patrimônio.
Como fica a responsabilização da organização gestora frente às obrigações da instituição apoiada e/ou organização gestora?	As obrigações de qualquer natureza, inclusive civil, ambiental, tributária, trabalhista e previdenciária, da instituição apoiada ou da organização executora não são responsabilidade, direta ou indireta, da organização gestora de fundo patrimonial, ou seja, trata-se de uma unidade independente que não se vincula às instituições apoiadas, nem mesmo à organização executora.
Firmada uma parceria, qual o reflexo de uma eventual irregularidade na utilização dos recursos do fundo patrimonial?	Todos os recursos do fundo deverão ser utilizados estritamente em conformidade com os instrumentos de parceria, termos de execução e projetos formais, observando-se especialmente as condições e os encargos. Havendo a constatação de qualquer irregularidade, os termos poderão ser suspensos até a cessação das causas que motivaram a irregularidade, ou por até dois anos, bem como por meio da impossibilidade de se firmar novos termos e bloqueio de movimentação.
Extinta a organização gestora do fundo, o que deve ser feito com o patrimônio existente?	Na hipótese de liquidação ou dissolução da organização gestora do fundo, o patrimônio existente deverá ser destinado a outra organização de fundo patrimonial com finalidade de interesse público similar, devendo constar esta previsão no Estatuto que a instituiu.
Estes fundos patrimoniais gozam de algum benefício fiscal?	Houve veto presidencial às proposições de benefícios fiscais aos fundos patrimoniais, as quais estavam constantes dos artigos 28, 29 e 30, sob o seguinte argumento, porém elas foram remetidas ao preenchimento dos requisitos do Código Tributário Nacional: “As proposições com possibilidades de benefícios tributários dos quais decorram potencial renúncia de receitas devem atender aos requisitos da legislação orçamentária e financeira, em especial, o artigo 14 da Lei Complementar nº 101, de 2000 (LRF), o artigo 114 da Lei nº 13.473, de 2017 (LDO-2018) e o art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).”

Ele vai além e busca, ao invés do ganho financeiro, a acreditação na causa e por consequência sua perenidade, através da captação de recursos por meio de doações de pessoas físicas e jurídicas. Ele deve ser exclusivo para esse fim, ou seja, autônomo do organismo social, ainda que derivado dele, para que possa atender ao comando da lei e lograr independência com maior transparência.

A saga dos entes sociais na busca da fidelização de doadores não é uma tarefa fácil, pois quando se trata de um organismo pouco estruturado, até as querelas são suscitadas. O ceticismo é imperativo, dada a ausência de mecanismos de transparência e comprovação da entrega social, capaz de incentivar a continuidade da contribuição. As receitas, tais como as despesas, se misturam, e a identidade da doação se perde, o que causa o desestímulo.

Já os entes sociais mais aquinhoados nem sempre conseguem persuadir a necessidade de fomento para os seus fins. De forma transversa, igualmente entregam, ainda que inconscientemente, ceticismo ao doador que, via de regra, se sensibiliza mais com os miseráveis do que com os abastados. Logo faz-se a leitura de que a opulência não reclama necessidade, pouco importando que o dinheiro é finito, mas a causa e os efeitos são perenes.

Eis então a importância do *fundo patrimonial*, que se presta a financiar uma determinada causa de interesse público

e tudo que nela gravita, tem o destino certo, objetivo e claro, além de não estar misturado e tampouco contaminado com outras despesas e receitas. Alguns exemplos, além daqueles já mencionados, podem ser destacados, em especial quando há comoção nacional, como aquelas em torno da restauração do Museu Nacional radicado no Rio de Janeiro, destruído recentemente pelo fogo (com arrecadação em torno de R\$ 1 milhão), tal como ocorreu na Catedral de Notre-Dame na França (com arrecadação em torno de R\$ 2,5 bilhões!!), em que ambos deram matizes para a arrecadação popular.

Fato é que o fundo tende a seduzir mais o doador com seriedade, transparência e prova de que a sua aplicação se destina exclusivamente para o fim estabelecido, até porque ele é formado por colegiados de gestão e controle. O crescimento do patrimônio do fundo patrimonial, ao invés de afugentar doadores, deve agregá-los, pois traduz credibilidade e incentiva as iniciativas previstas nos seus fins, como vimos nos exemplos dos fundos bilionários americanos.

Enfim, toda iniciativa que visa contribuir ao combate de desigualdades sociais é plausível de reverência. Ainda que haja um terreno árido e espinhoso para edificar os fundos patrimoniais, eles poderão imprimir uma nova era de mobilização de recursos, capaz de ao menos minorar ou quem sabe eliminar o eco do caixa social. 🌱

O NOVO NORMAL DO TERCEIRO SETOR

OPINIÃO



MARCOS
BIASIOLI

Brasil, no final do ano passado, contabilizava sinais de pujanças econômicas. Os economistas projetavam um crescimento de 2,3% do PIB, as bolsas de valores chegaram a bater 112,5 mil pontos e a taxa básica de juros, SELIC, caiu de 6,5% para 4,5% em menos de um ano, demonstrando a retração da necessidade do financiamento da dívida pública. Além disso, o lucro das empresas brasileiras com ações na Bolsa vinha de um crescimento de 42%, o que representou cerca de R\$ 177,5 bilhões.

Os quatro maiores bancos do Brasil apresentaram performance similar, uma vez que os lucros cresceram 18% e os ganhos alcançaram R\$ 81,5 bilhões. A taxa de desemprego vinha, ainda que timidamente, caindo, de 12,3% em 2018, para 11,9% em 2019.

Contudo, não é menos verdade que o movimento capitalista, que estava produzindo tamanha riqueza, também estava trazendo algo nocivo. Não apenas em decorrência das atividades brasileiras, mas do mundo corporativo num cenário global, em especial contra o meio ambiente, por meio das mutações climáticas que ceifaram a vida de muitas pessoas em catástrofes e acidentes naturais. No Brasil, houve os casos Mariana, Brumadinho e Angra dos Reis. No mundo, vimos inundações que mataram centenas de pessoas na Índia, o maior ciclone em 11 anos no Moçambique, o maior terremoto já visto na Albânia, um tufão Hagibis com ventos de até 200 km/h no Japão e o furacão Dorian no Caribe, entre tantos outros.

Não faltaram explorações, em muitos casos, de trabalhadores. Alguns inclusive vítimas de escravidão (ou condição análoga), cujos atos foram debelados pela força policial. Muitos filhos viveram como órfãos, com seus pais *workaholics* consumidos pelo trabalho, dando margem à terceirização da educação doméstica e até do carinho parental. Famílias foram separadas pela rotina perdulária, não foram poucos os casamentos desmantelados, houve desprezo pelas causas sociais e muito mais. Vivia-se um conflito velado em prol do capitalismo.

De repente, o mundo desabou com a chegada de um vírus dizimador de vidas, que obrigou o fechamento da “máquina” produtiva, derrubando a economia mundial. Engaiolou as pessoas dentro de casa, obrigando-as a fazer algo que a vida já havia lhes oferecido, mas a embriaguez da rotina estava ofuscando

suas visões, como deleitar a família e encontrar uma matize diferente ao bem viver.

É fato que nem todos puderam e podem ficar em casa ao lado da família, como os heroicos profissionais da saúde e também aqueles que integram o rol dos desvalidos - que, no Brasil, somam mais de 13,5 milhões. Muito menos trabalhar por meio de recursos da internet, pois sequer computador possuem, quanto menos os 20 milhões que já estavam sem emprego. Porém, não existe margem de dúvida que toda essa mudança está movimentando o mundo, que ainda chora pelas perdas de vidas, mas ao mesmo tempo se empodera com experiências construtoras para uma rotina diferente. E como dizia Francis Bacon, “*não se aprende bem a não ser pela experiência*”.

Este vírus está mostrando ao mundo que a equação de 16 horas na rua contra 8 em casa (incluindo o sono necessário), pode trazer riqueza - mas não harmonia, convívio familiar e felicidade. E, infelizmente, a letalidade é que está vaticinando este alerta por via oblíqua.

É chegada a hora, então, de desbravar um novo normal; não aquele alardeado em simples protocolos sanitários, como o uso de máscaras, assepsia, evitar aglomeração. Mas uma ampla mudança do viver, que não cabe apenas às pessoas, mas notadamente ao Estado, às empresas e às sociedades civis organizadas integrantes do Terceiro Setor.

Neste contexto, a reflexão a seguir busca encontrar respostas sobre o “novo normal” a que as organizações sociais estarão sujeitas, sob os eixos econômico, social e estrutural.

ECONÔMICO

A Associação Brasileira de Captadores de Recursos (ABCR) trouxe ao mercado uma importante ferramenta que funciona como uma régua mensuradora do volume de recursos doados pela iniciativa privada ao cuidado/combate e proteção em relação ao coronavírus.

A ferramenta aponta que a crise atual sensibilizou pessoas e empresas dos mais diversos segmentos, conforme se observa nas tabelas da página seguinte, cujo total de doações ruma para R\$ 6 bilhões, realizadas em pouco mais de dois meses.

Esta métrica pode, em função de derivar de informações coletadas da internet e/ou prestadas pelos

Marcos Biasioli é sócio e Titular da M.Biasioli Advogados, administrador de empresas, pós-graduado em Direito Empresarial (The European University), contabilista, Conselheiro Empresarial (IBGC/SP), idealizador da Revista Filantropia, coidealizador da Primeira Comissão de Direito do Terceiro Setor no Brasil/OAB-SP e Coordenador Geral do Congresso Brasileiro do Terceiro Setor.

será gerido com ampla retidão em prol das causas vítimas das desigualdades sociais, obedecendo rigoroso critério contábil, econômico e fiscal - ou seja, em conformidade com a lei.

O Terceiro Setor também deve mostrar que, assim como a Covid-19, a cada ano morre, no Brasil, mais de um milhão de pessoas vítimas de outras causas. Muitas delas são combatidas pelas organizações sociais de maneira mais silenciosa, como mostra o gráfico divulgado pela Secretaria de Vigilância em Saúde.

Não são poucas as organizações beneficentes focadas em saúde, ou seja, que se dedicam às cinco maiores causas de óbito no país. Outras tantas direcionam seus fins para combater a violência, sexta maior causa de morte no país. Sem falar naquelas que tratam pessoas vítimas de alcoolismo, que transforma o vício em doença - cirrose, décima principal causa de morte -, além daquelas que trabalham pela educação, cujo magistério minora a violência, o racismo, a desigualdade, produz a integração ao mercado do trabalho e muito mais.

Assim, o “novo normal” do Terceiro Setor, sob o aspecto econômico, é a resiliência perante doadores e agentes públicos — que muitas vezes repassam migalhas às organizações sociais — sobre causas tão nocivas quanto o coronavírus.

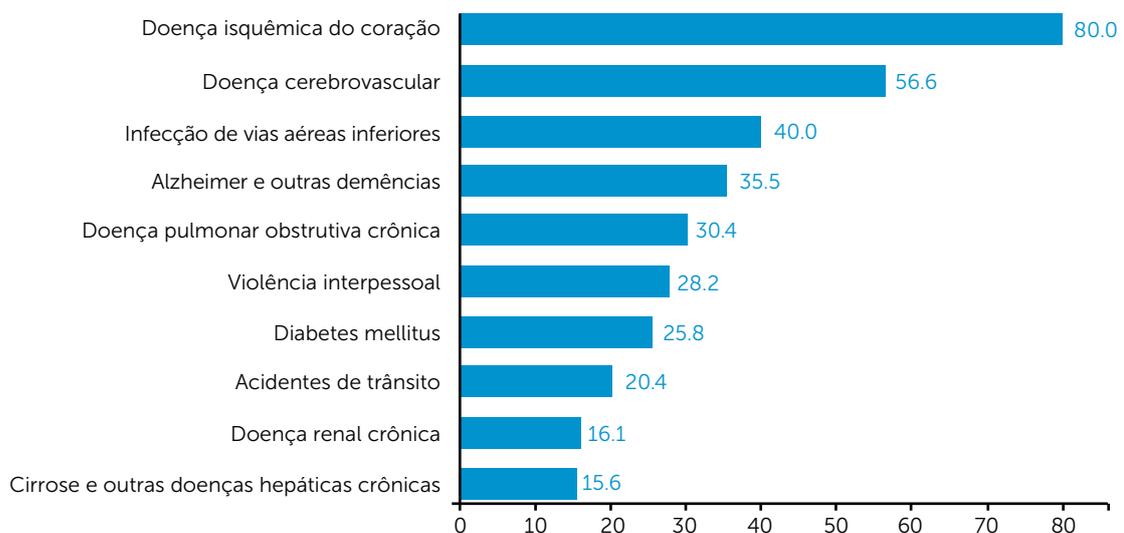
De outro lado, a fidelização não deriva apenas da causa, mas sim do melhor extrato de transparência no combate das mazelas e na eficiência da governança social. E, principalmente, na busca do maior envolvimento de todos os atores (*stakeholders*) no processo, que somados farão a construção de uma marca transformadora de vidas, capaz de manter em funcionamento o “caixa eletrônico” da doação.

O ponto nuclear que sustenta a doação, depois da causa, é a certeza de que o recurso será gerido com ampla retidão em prol das causas vítimas das desigualdades sociais, obedecendo rigoroso critério contábil, econômico e fiscal

SOCIAL

A qualificação de organização beneficente assistencialista é conferida a quem promove: (a) o atendimento dirigido às famílias e indivíduos em situações de vulnerabilidade ou risco social e pessoal; (b) o fortalecimento dos movimentos sociais e das organizações de usuários e para formação e capacitação de lideranças, dirigidos ao público da política de assistência social; (c) a defesa e garantia de direitos. A mesma qualificação é conferida para a organização educacional que alfabetiza e forma de maneira regular quem experimenta vulneração social. As instituições de saúde são qualificadas mediante o atendimento de pessoas egressas do Sistema Único de Saúde (SUS), ou seja, que não reúnem condições de bancar um sistema privado de saúde.

10 PRINCIPAIS CAUSAS DA MORTALIDADE NO BRASIL, EM TODAS IDADES (2017)



DOAÇÕES CONSOLIDADAS POR CLASSIFICAÇÃO DO DOADOR: (APENAS DOS QUE CONSTAM DA LISTA ABAIXO)

Classificação	Total Doado (em R\$)	Percentual
Empresas	5.006.372.740	83%
Campanhas e Lives	363.038.731	6%
Indivíduos e Famílias	261.056.000	4%
Fundações, Institutos e Fundos Filantrópicos	228.744.840	4%
Administração Pública	169.213.735	3%
Sindicatos	5.209.050	0%
Cooperativas	2.000.000	0%
Igrejas	21.000	0%

DOAÇÕES CONSOLIDADAS POR ORIGEM DO DOADOR: (APENAS DOS QUE CONSTAM DA LISTA ABAIXO)

Tipo	Total Doado (em R\$)	Percentual
Sistema Financeiro	1.848.369.245	31%
Alimentação e Bebida	780.153.000	13%
Mineração	584.836.000	10%
Campanhas de Doação e Lives	363.038.731	6%
Famílias e Indivíduos	303.110.188	5%
Saúde	290.510.275	5%
Educação	270.194.608	4%
Energia	234.429.000	4%
Autarquia/Fundacional/Público	169.213.735	3%
Mobilidade e Logística	153.537.786	3%
Produtos de Consumo	149.601.000	2%
Comércio Eletrônico e Tecnologia	138.726.000	2%
Outros setores (21)	749.936.529	9%

próprios doadores, até estar subestimada, pois muitas iniciativas preferem o anonimato à publicidade.

Contudo, o que vale para a reflexão não é o valor propriamente registrado, mas sim o conceito de solidariedade, jamais visto com tamanho calibre econômico. Isto prova que, no atual cenário, a vida tem preço. Sem o socorro econômico, tanto da esfera pública como da privada, o número de pessoas que perderam a vida seguramente já teria ultrapassado os atuais.

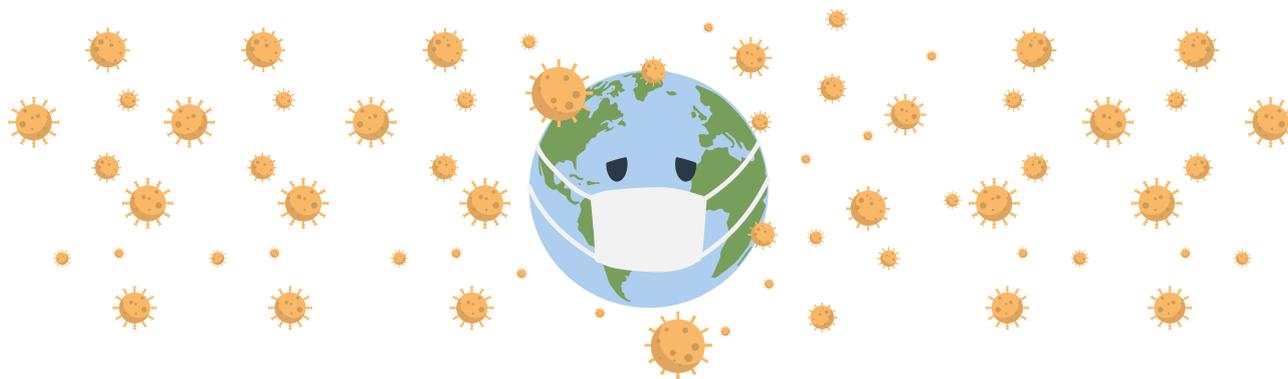
Sabemos que a pandemia é passageira, visto que muitos países asiáticos e europeus viveram dias com milhares de óbitos e já retomaram a vida cotidiana, apesar da cautela. No Brasil, não deve ser diferente.

Com a diminuição das vítimas de coronavírus, haverá um arrefecimento de recursos destinados aos seus reflexos, tanto do orçamento público (tido como de guerra), como das doações

privadas, sendo que a pandemia deixará de ter um “caixa eletrônico”. Porém, o conceito solidário é que não pode acabar.

O Instituto para o Desenvolvimento do Investimento Social (IDIS) divulgou em uma pesquisa que apenas 26% dos doadores acham as ONGs confiáveis. Outro estudo apontou que sete em cada dez pessoas relatam ter doado dinheiro, porém 58% destinaram suas doações para organizações religiosas em detrimento das demais ONGs, laicas. Isso demonstra que as pessoas acreditam mais no trabalho liderado pelos homens de fé do que aqueles que voluntariamente trabalham em prol do bem, sem a batina.

Estes estudos apontam que o Terceiro Setor, sob o ponto de vista econômico, não pode deixar que haja um desencorajamento dos doadores, pós-pandemia, mas, sim, que seja perpetrada a concepção da doação. Entretanto, o ponto nuclear que sustenta a doação, depois da causa, é a certeza de que o recurso



É importante destacar que essas finalidades imbricam direta ou indiretamente nas 169 metas e nos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), definidos pelos 193 Estados-membros das Nações Unidas, entre eles o Brasil.

Qualquer que seja a finalidade social das organizações beneficentes, elas estão à serviço da dizimação/minoração das desigualdades e da transformação do planeta, o que eleva sua responsabilidade.

Contudo, o coronavírus não deixou ilesas as instituições sociais obstinadas em cumprir os ODS, visto que muitas tiveram de interromper o atendimento, ainda que parcialmente, devido ao distanciamento e isolamento social. Viu-se, então, o Estado promover o financiamento aos desvalidos, via abono emergencial, a um custo de mais de R\$ 50 bilhões, beneficiando mais de 24,5 milhões de pessoas. As famílias, por sua vez, deixaram de confiar o serviço de tutela aos filhos, idosos, doentes, PCDs e outros. Criou-se, então, uma mudança de cultura social.

Já o Estado está vendo que não adianta investir maciçamente em infraestrutura - como aquela da Copa do Mundo de futebol, que consumiu milhões do caixa público - em detrimento de pessoas. Existem hoje, no Brasil, 13,5 milhões de pessoas vivendo com menos de USD 1,9 por dia, ou seja, em extrema pobreza, sem qualquer condição sanitária. Quando há uma pandemia como a que estamos vivendo, elas sequer têm um mero aparelho respiratório para salvar sua vida. O novo normal social ao Estado deve estar pautado no enfrentamento das causas que visam a prevenção e não a reação, pois ela custa vidas.

Para as famílias assistidas, o novo normal social seguramente derivará do que estão atualmente experimentando, ou seja, do exercício de novas façanhas. Seja adequando a coabitação por meio de um reinvento doméstico e profissional, que pode representar um novo normal para elas, e provocar uma mudança perene.

Já o Terceiro Setor, tido como uma cegonha do bem estar, também terá de se reinventar e buscar o novo normal social. Será necessário mudar muitas vezes até a forma de prestar os serviços sociais. Por exemplo, em vez de acolher, capacitar os beneficiários e suas famílias a produzir, ou seja, educar para

não faltar. Levar o social para dentro dos lares dos desvalidos, e não esperar que eles venham buscar, cuja saga pode propiciar uma nova descoberta de produzir o bem.

Outra missão do Terceiro Setor diante do novo normal social é a eterna e beligerante vigilância do orçamento público, pois não existe mais margem para uma Santa Casa Filantrópica, por exemplo, ficar à mercê do Estado, à espera de um respirador ou repasse de recursos para a sua aquisição, enquanto pessoas perdem vidas por desperdício da poupança pública em época de pujança econômica. O governo e/ou o gestor público não é o dono do cofre, mas o depositário dele, de modo que a ingerência do recurso público não pode ser relegada, mas sim suscitada até em raias judiciais, mediante provocação do Ministério Público. O coronavírus veio ceifar o refestelar daqueles que esperam pela mera sensibilidade do gestor público.

Enfim, o novo normal social do Terceiro Setor reclama “atitude” com relação a todos os atores, desde o Estado até os próprios usuários dos programas sociais.

ESTRUTURAL

Entendemos que, num futuro próximo, haverá regras sanitárias não só protocolares, mas punitivas, como aquelas relacionadas à acessibilidade, fruto dos reflexos da atual pandemia. Elas virão para ficar e serão direcionadas especialmente para as unidades de atendimento. Muito embora não haja lei com previsão de penalidades é sempre bom lembrar que o Código Civil já prevê a responsabilização a quem agir por ação ou omissão e causar dano a outrem: “*Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*”

O novo normal estrutural nos remete a fazer dois exercícios: (i) uma análise das regras protocolares fixadas, por exemplo, pelo município de São Paulo; (ii) quais regras podem e devem se tornar perenes para as organizações sociais. Para tanto, o quadro na página seguinte funciona não apenas como reflexão, mas como um convite para o Terceiro Setor. Os itens que podem ter uma implantação continuada estão assinalados.

Principais regras do município de São Paulo	Protocolos (permanentes)
Aferição de temperatura	✓
Alimentação / líquidos – embalagens individuais	
Barreiras físicas ou uso de EPIs	✓
Definir horários diferentes para pessoas do grupo de risco	
Dispensers de álcool gel	✓
Disseminação de novos processos e treinamento	✓
Distanciamento em filas	✓
Distanciamento social (1,5m)	
Distribuir cartazes de comunicação para o novo convívio	✓
Encontros virtuais	✓
Envelopar máquina de cartão de ponto	✓
EPIs reutilizáveis - desinfecção	✓
Evitar o compartilhamento de objetos pessoais (copos, talheres, canetas, material escolar, etc)	✓
Evitar o uso do ar condicionado	
Evitar serviços de terceiros	
Exigência de máscaras e local apropriado para o seu descarte	
Flexibilização de horário de alimentação	✓
Instalação de lixeiras que dispensem o manuseio para abrir e fechar	✓
Limitar número de pessoas no uso do elevador	✓
Priorizar o teletrabalho	✓
Redução da circulação de pessoas	✓
Redução de viagens	✓
Reduzir risco de contágio entre funcionários	✓
Retirada de tapetes e carpetes	✓
Suspender simulação de incêndio	

Desta análise tiramos que, da mesma forma que existem regras de conformidade com as leis (*compliance*) para a governança corporativa, o novo normal estrutural do Terceiro Setor reclama, desde já, a implantação daquilo que hoje é mero protocolo, em regras de conduta estrutural perenes. Em primeiro lugar para preservar vidas contra novas epidemias, em segundo, para prevenir responsabilidades, evitando que a inércia possa refletir em qualquer reclamação danosa.

Defendemos, então, que seja inaugurado um novo *compliance* pelas organizações sociais: o sanitário. E que ele não fique em protocolos, mas que seja incluído no regimento interno,

nos contratos de prestação de serviços (sociais, educacionais e de saúde), nas estruturas físicas e até mesmo nas relações com o Estado, visando implementar um novo normal estrutural.

Enfim, o Novo Normal do Terceiro Setor impõe vários desafios que não se esgotam aqui, já que as relações trabalhistas, com o Estado, com as autoridades sanitárias, com a segurança e a medicina do trabalho, e a prestação de contas aos órgãos públicos, entre outras, também carecem de reflexão para o novo momento que o planeta experimenta. Contudo, ainda que as causas sejam antigas, a pandemia nos empurrou para um recomeço, visando que o velho se transforme e debute novamente como o “novo normal”! 🌀

Referência Bibliográfica

REQUIÃO, Rubens. Livro Curso de Direito Comercial. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 205.

WALD, Arnaldo. O Direito de parceria e a nova Lei de Concessões. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004

MCCORMICK, Rogerio. A experiência das parcerias público-privadas no Reino Unido. **Migalhas**, 28/04/2004. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/4507/a-experiencia-das-parcerias-publico-privadas-no-rei-no-unido>

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A boa-fé na formação dos contratos. Revista da Faculdade de São Paulo, São Paulo, 01/01/1992. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67168/69778>

MESTRINER, Maria Luiza. O Estado entre a filantropia e a assistência social. 2ª Edição. São Paulo: Cortez, 2004.

CAETANO, Marcelo. Das fundações: subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa. Lisboa: Ática, 1962.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil. 1ª Volume. São Paulo: Saraiva.

CONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Forense.

DOWBOR, Ladislau. Economia social no Brasil. São Paulo: Senac, 2001.

DELAMÉA, Elenita. Contabilidade Eclesiástica. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

MONTEIRO DE BARROS, Alice. Trabalho voluntário e trabalho religioso. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, 2000. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/84744/009_barros.pdf?sequence=1

MORAES DIAS, Ellen Christine; THEÓPHILO, Carlos Renato; SOARES LOPES, Maria Aparecida. Evasão no Ensino Superior: estudo dos fatores causadores da evasão no Curso de Ciências Contábeis da Universidade Estadual de Montes Claros. Minas Gerais.

NAKAGAWA, Fernando. Brasil cai para a posição de 9ª economia do mundo. **Revista Exame**, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://exame.com/economia/pib-em-dolar-cai-25-e-brasil-cai-para-a-posicao-de-9a-economia-do-mundo/>

Mais de 60% dos hospitais públicos estão sempre superlotados. **Bom dia Brasil**, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/03/mais-de-60-dos-hospitais-publicos-estao-sempre-superlotados.html>

O Anuário Pontifício 2018 e o Annuarium Statisticum Ecclesiae. **Vatican News**, Vaticano, 2018. Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/vaticano/news/2018-06/anuario-pontificio-2018-annuarium-statisticum-ecclesiae.html>

SABO PAES, Jose Eduardo. Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social. São Paulo: Forense, 2019, p. 106, 10, 18, 143, 163, 181 e 391.

SAAD DINIZ, Gustavo. Direito das Fundações Privadas: Teoria Geral e Exercício de atividades econômicas. 3ª edição. Minas Gerais: Lemos & Cruz, 2007, p. 89, 179, 319 e 379.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvania. Parcerias na Administração Pública: Concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 05, 08, 63, 143, 231 e 299.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, p. 226, 38, 627, 953 e 1011.

PESQUISAS TRIBUTÁRIAS. Princípio da Eficiência em matéria tributária. Série 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 30 a 49, 51 e 125.

BARROSO LEITE, Celso. Filantropia e Contribuição Social. São Paulo: LTR, 1998, p. 21, 41, 71, 72 a 85.

Índice remissivo

A

Associações – pág.....	08	Custeio da Previdência Social – pág.....	12
Estatuto – pág.....	08	Código Tributário Nacional – pág.....	16
Lei de registros Públicos. – pág.....	08	Certificado de entidade beneficente de assistência social – pág.....	17
Participação patrimonial – pág.....	08	Certificações Públicas – pág.....	80
Atuação da assembleia geral das associações – pág.....	38	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) – pág.....	23
Lei 11.127/05 – pág.....	38	Cota Patronal – pág.....	35
Novo Código Civil – pág.....	38	Decreto 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social) – pág.....	35
Assembleia Geral das Nações Unidas – pág.....	48	Lei 8.212/91 – pág.....	35
Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (Corde) – pág.....	48	Confusão patrimonial entre bens provindos dos instituidores – pág.....	37
Lei nº 8.213 – pág.....	48	Cofins – pág.....	40
Pessoas portadoras de deficiência – pág.....	48	Lei Complementar nº 70/91 – pág.....	40
Aviso prévio proporcional – pág.....	91	Lei 9.718 – pág.....	40
Alterações na concessão do Aviso Prévio – pág.....	91	Medida provisória nº 1.807/99 – pág.....	40
Aviso Prévio Proporcional - pág.....	91	MP 2.158-35 – pág.....	41
Aviso Prévio Proporcional a Lei nº 12.506/11 – pág.....	91	Conceito de organização social – pág.....	42
Tempo de Serviço – pág.....	91	Cooperação com o Poder Público – pág.....	50
Alterações na Lei 12.101.2009 – pág.....	106	Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento (Pnud) – pág.....	50
Medida Provisória 650/2013 – pág.....	106	Corresponsabilidade estatal – pág.....	51
Projeto de Lei 6.149/2013 – pág.....	106	Lei 8.666/93 – pág.....	51
Adesão ao PROSUS – pág.....	123	Contabilidade do Terceiro Setor – pág.....	53
Concessão de moratória de débitos tributários – pág.....	123	Benefício tributário da imunidade - pág.....	53
Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2028 – pág.....	128	Contabilidade de custos – pág.....	54
Confederação Nacional de Saúde-Hospitais Estabelecimentos e Serviços – CNS – pág.....	129	Vícios contábeis – pág.....	53
Lei nº 8.212/91 – pág.....	129	Convênios filantrópicos – pág.....	55
Lei nº 9.732 – pág.....	129	Convênios filantrópicos celebrados com entidades sociais – pág.....	55
Administrador do ente social – pág.....	148	Convênio público – pág.....	55
Administrador da Entidade (CC, art. 1011) – pág.....	148	Contratação de mão de obra por tempo determinado – pág.....	56
O calvário do administrador – pág.....	147	Certificador de qualidade do Terceiro Setor – pág.....	80
Acórdãos 822 e 823 do Tribunal de Contas da União – pág.....	161	Carga tributária – pág.....	109
Emprego dos recursos públicos – pág.....	161	Lei nº 11.941/2009 – pág.....	110
Tribunal de Contas da União (TCU) – pág.....	161	Lei nº 12.865/2013 – pág.....	110
Anomalias em processos de certificações beneficentes – pág.....	161	REFIS da crise – pág.....	110
Contrapartida social – pág.....	163	Crise migratória – pág.....	135
Monitoramento – pág.....	163	Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) – pág.....	135
Quebra do sigilo fiscal – pág.....	163	Refugiados – pág.....	135
C			
Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) – pág.....	17		
Certificado de filantropia – pág.....	12		
Decreto 3.577/59 – pág.....	12		
Decreto 1.117/62 – pág.....	12		

Captação de recursos do Terceiro Setor – pág.....	176	Erradicação da pobreza – pág.....	82
Ausência de orçamento estatal Lei nº 13.800 – pág.....	177	Educação inclusiva da pessoa portadora de	
Busca da fidelização de doadores – pág.....	177	deficiência – pág.....	103
Necessidade do capital da iniciativa privada – pág.....	177	Exclusão dos associados – pág.....	104
Coronavírus – pág.....	181	Exclusão judicial do sócio – pág.....	104
Arrefecimento de recursos – pág.....	182	Recurso Especial nº 917.531 – pág.....	105
Novo normal – pág.....	181	Enquadramento sindical – pág.....	154
Novo compliance – pág.....	185	Decreto nº 1.637/1907 – pág.....	154
Recursos da internet – pág.....	181	Imposto sindical – pág.....	154
Compliance – pág.....	141	Liberdade sindical – pág.....	154
Compliance no Terceiro Setor – pág.....	142	Possibilidade da organização sindical – pág.....	154
Gestão social – pág.....	142		
Guia de boas práticas de compliance – pág.....	143	F	
Lei nº 13.303/2016 – pág.....	143	Fundações – pág.....	10
Práticas de regras de conduta – pág.....	142	Fiscalização das entidades de atendimento – pág.....	84
D		Funcionamento e a tipificação das entidades – pág.....	85
Decreto 2.536/98 – pág.....	17	Lei nº 8.742/93 – pág.....	85
Desenvolvimento social – pág.....	43	Resolução nº 109 – pág.....	85
Dívidas tributárias federais – pág.....	96	Figura do aprendiz no mundo jurídico – pág.....	87
Direitos dos refugiados – pág.....	136	Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – pág.....	87
Condição jurídica de refugiado – pág.....	137	Ficha limpa – pág.....	100
Estatuto dos Refugiados de 1951 – pág.....	136	Financiamento – pág.....	100
Lei 9.474/97 – pág.....	136	Fim da escola religiosa – pág.....	118
Papel das entidades beneficentes – pág.....	137	Bolsa de estudo – pág.....	120
Resolução 109 do CNAS – pág.....	137	Diversificar a fonte de renda – pág.....	120
E		Escolas religiosas – pág.....	119
Entidade beneficente – pág.....	10	Falta de mão de obra – pág.....	120
Imunidade fiscal – pág.....	11	Fundações privadas – pág.....	158
Entidades de fins filantrópicos – pág.....	12	Afastamento in limine dos dirigentes – pág.....	159
Entidades beneficentes portadoras da		Fundação de finalidade educacional – pág.....	159
imunidade/isenção fiscal – pág.....	12	Intervenção judicial – pág.....	159
Fundações de Pesquisa – pág.....	30	Ministério público – pág.....	158
Constituição Federal, art. 150, VI – pág.....	30		
Extensão da imunidade e isenção tributária às		I	
fundações de apoio e pesquisa – pág.....	30	Inclusão das PPDs no mercado de trabalho – pág.....	48
Recurso Extraordinário nº 202.700-6 – pág.....	30	Lei de Quotas – pág.....	48
Extinção de fundações – pág.....	44	Polêmica entre as entidades sociais – pág.....	48
Lei nº 10.402/02 – pág.....	44	Isenção das contribuições sociais – pág.....	65
Lei de Diretrizes e Bases (LDB) – pág.....	44	Isenção previdenciária – pág.....	73
Exercício do poder das entidades beneficentes – pág.....	45	Intermediação do trabalho aprendiz – pág.....	88
Estado e entidade filantrópica – pág.....	61	Iniciativa comercial – pág.....	101
Ação investigadora no CNAS – pág.....	61	Insegurança jurídica da Lei nº 13.019/14 - pág.....	132
Lei de custeio nº 8.212/91 – pág.....	61	Lei nº 13.116/2015 – pág.....	132
Mandado de injunção nº 232/RJ – pág.....	61		
Seguridade social – pág.....	61		
Entidades filantrópicas e a isenção das contribuições			
sociais – pág.....	65		

Programa Nacional de Publicização (PNP) – pág.....	71	Remuneração do empregado dirigente – pág.....	89
Emenda Constitucional nº 19/98 – pág.....	71	Risco fiscal – pág.....	89
ProUni – pág.....	75	Renovação do CEBAS da educação – pág.....	93
Isenção fiscal – pág.....	75	Decreto nº 2.536/98 – pág.....	93
Lei do ProUni, nº 11.096/05 – pág.....	75	Lei nº 12.101/09 – pág.....	93
Plano de Desenvolvimento da		Ministério da Educação – pág.....	93
Educação (PDE) – pág.....	75	Resolução nº 177/00 – pág.....	94
Planejamento legal tributário – pág.....	77	Reconhecimento como ente imune a tributos – pág.....	98
Desoneração fiscal da entidade – pág.....	78	Artigos 9º e 14 do Código Tributário Nacional– pág.....	99
Fator gerador da gratuidade – pág.....	77	Decreto nº 7.107/2010 – pág.....	99
Programa de Estimulo à Reestruturação e ao Fortalecimento das Instituições de Ensino Superior (PROIES) – pág.....	95	Imunidade das contribuições sociais, lei nº 12.101/09 – pág.....	99
Projeto de Lei nº 3.098/12 – pág.....	101	Regras tributárias – pág.....	112
Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) – pág.....	102	ARE 744723 – pág.....	113
Política Social do Estado – pág.....	150	Contribuições a terceiros – pág.....	113
Mandado de injunção nº 232/RJ – pág.....	150	Restrições ao acesso da “isenção” das contribuições sociais pelas entidades beneficentes – pág.....	130
Seguridade social – pág.....	150	Reforma da Previdência – pág.....	144
Privatização da assistência social – pág.....	167	Ação Direta nº 2.028 – pág.....	145
Descentralização estatal – pág.....	168	Lei nº 9.732/98 – pág.....	145
Iniciativa privada – pág.....	167	Renúncia fiscal – pág.....	144
Orçamento público – pág.....	168	S	
R		Sustentabilidade – pág.....	11
Recolhimento das contribuições previdenciárias – pág.....	12	Serviços socioassistenciais – pág.....	86
Reconhecimento do estado de filantrópica – pág.....	14	Sistema Único de Assistência Social (Suas) – pág.....	86
Remuneração da vida consagrada dos missionários – pág... 28		Serviços prestados à pessoa com deficiência – pág.....	102
Financiamento de Mister Religioso – pág.....	29	Decreto presencial nº 7.611/11 – pág.....	103
Lei 10.170/02 – pág.....	29	Financiamento do acompanhante em tempo integral – pág.....	103
Reflexos tributários ao Terceiro Setor – pág.....	34	Saúde como um dos principais problemas do Brasil – pág... 121	
Cofins – pág.....	34	Hospitais filantrópicos – pág.....	121
Lei de Diretrizes Orçamentárias – pág.....	34	Iniciativa privada filantrópica – pág.....	121
MP 2.158-35/01 – pág.....	34	Lei nº 12.873/2014 – pág.....	121
Recursos Extraordinários nº 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840 – pág.....	41	Organização Mundial da Saúde (OMS) – pág.....	121
Receitas próprias e não próprias – pág.....	41	Saúde pública – pág.....	121
Responsabilidade pública - pág.....	46	Sistema Único de Saúde (SUS) – pág.....	121
Comissão de Direito do Terceiro Setor – pág.....	46	T	
Política de Estado – pág.....	46	Tesouraria do Terceiro Setor – pág.....	65
Política de governo – pág.....	46	Teoria ultra vires – pág.....	68
Resolução do CNAS nº 177/2000, III, letra “a” – pág.....	58	Responsabilidade do gestor – pág.....	68
Regulação da assistência social – pág.....	74	Terceirização – pág.....	171
Conferência COP15 – pág.....	74	Medida provisória 870/2019 – pág.....	171
Resolução nº 177/00 – pág.....	74	Papel das organizações da sociedade civil – pág.....	171
Resolução nº 16/2010 – pág.....	82	Terceirização dos serviços de saúde – pág.....	174

U

União de entidades filantrópicas – pág..... 60

V

Vedação legal da transformação da filantrópica em sociedade de fins lucrativos – pág..... 16

Lei federal nº 9.870/99 – pág..... 16

Vitalidade jurídica – pág..... 60

Lei nº 6.404/76 – pág..... 60

Lei nº 9.257/99 – pág..... 60

VI Conferência Nacional de Assistência Social – pág..... 86

Visto para missionários religiosos – pág..... 164

Admissão do missionário – pág..... 166

Desenvolvimento da missão no país – pág..... 165

Exercício ministerial – pág..... 165