José Menck & Mascarenhas

Advogados Associados

José Menck & Mascarenhas
Advogados Associados

Seminário Gestão de Mantenedoras

ANEC

FAPCOM

JOSÉ MENCK & MASCARENHAS
ADVOGADOS ASSOCIADOS

NOVA LEI DO CEBAS

Modificações da Lei 12.101/2009 pela Lei 12.868/2013

JOSÉ MENCK & MASCARENHAS
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Aplicação intertemporal da Legislação de Filantropia

Quando e Como as Novas Regras Serão Aplicadas aos Processos de Certificação.

- Tópicos:

I. Objetivo do Seminário;
II. Ramo do Direito da Filantropia;
III. A aplicação das normas ao longo do tempo;
IV. Os requisitos para a Educação;
V. Respostas a consultas e
VI. Conclusões.

I. Objetivo do Seminário.

- Demonstrar às entidades filantrópicas:

Segurança Jurídica

É importante repetir que a seguinte observação sobre a filantropia na Constituição.

- A primeira garantia constitucional às entidades assistenciais:

LIBERDADE

- Preâmbulo da Carta de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

2. Imunidade X Isenção:

- na isenção ocorre a incidência, instala-se a relação jurídica tributária e nasce a obrigação tributária;
- na imunidade inexiste incidência, não se instala relação jurídica e a obrigação não nasce.

A imunidade não é um benefício fiscal, é a garantia de liberdades.

Benefício fiscal é o favor concedido pela lei ao sujeito passivo consistente em reduções de base de cálculo, deduções, créditos fiscais e reduções de alíquotas (Rosa Jr. Obra citada, p. 178)

As liberdades garantidas pela imunidade:

- templos de qualquer culto – liberdade religiosa;
- partidos políticos – liberdade política;
- livros, jornais, periódicos e o papel – liberdade de expressão;

A imunidade das:

- entidades sindicais dos trabalhadores;
- das instituições de educação;
- das instituições de assistência social,

é a garantia da liberdade de associação, sem a interferência estatal em seu funcionamento (CF/88, art. 5º, XVIII).

O instituto "imunidade", no sentido "de conjunto de regras criadas pelo legislador para a satisfação dos interesses coletivos ou privados"*, tem como objetivo não a redução de custos, mas principalmente garantir a não intervenção do Poder Público no funcionamento das instituições

*Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 45, 1980, p.74.

A inexistência de incidência de tributo na imunidade implica na impossibilidade de se falar em recursos públicos quando se trata de imunidade.

II. Ramo do Direito da Filantropia.

A questão da imunidade está vinculada ao Direito Administrativo e Tributário.

- Ramos do Direito surgiram por necessidade didática.
- Origem da segmentação Direito Romano.
- Embora que o Direito seja uno, no Brasil houve distanciamento deste dogma a partir dos anos 30 com o Direito Social ou Direito do Trabalho.

Direito Tributário.

O fenômeno deste Ramo do Direito do alcance pelo Poder Público do patrimônio de alguém, independente do consenso deste, pela única circunstância de existir competência constitucional que autorize este ato.

Direito Administrativo.

Conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.

Observação:

- Estado ≠ Governo;
- Política ≠ Normas Doutrinárias de Direito

A relevância do ramo do Direito.

Indica os princípios que se aplicam aos casos concretos, tais como:

Do CTN:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

...

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

...

A aplicação deste norma do CTN:

A remuneração de dirigentes estatutários deixou de ser penalizado com o cancelamento da imunidade, desde que dentro dentro dos parâmetros impostos, nos processos não concluídos.

A aplicação de princípios:

Na dúvida interpreta-se a normas de forma mais favorável ao administrado.

Conceito de Política.

- Não é ciência nem arte. É forma de atuação do homem público.
- Guia-se por motivos de conveniência e oportunidade.
- Ato de governo praticado discricionariamente, sem subordinar-se aos princípios do Direito.

Política Nacional de Assistência Social.

- Não é assistência social, no sentido de conceituação dessa área da seguridade social.
- É opção política do governo.
- A Assistência social é muito maior que a Política Nacional de A.S.

III. A aplicação das normas ao longo do tempo.

O CTN remete à lei geral a regulamentação;

O Direito Administrativo também.

Da vigência da lei nova.

Da publicação até o início da vigência de lei chama-se *vacation legis.*

A vigência de Lei nova.

As normas legais que para serem executadas reclamam a criação de normas complementares, entram em vigor apenas após a regulamentação. Nesse caso existe um intervalo de tempo entre a publicação e o início da sua obrigatoriedade.

Os diferentes casos:

- Anteriores a Lei 12.101;
- Posteriores à esta Lei, mas anteriores à Lei 12.868
- Posteriores a Lei 12.868

IV. Os requisitos para a Educação

Observação

Art. 16. Para as entidades de educação, os requerimentos de concessão ou renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social de que trata a Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, protocolados até 31 de dezembro de 2015 serão analisados com base nos critérios vigentes até a data de publicação desta Lei.

Parágrafo único. Serão aplicados os critérios vigentes após a publicação desta Lei, caso sejam mais vantajosos à entidade postulante.

Antes da redação atual.

- A gratuidade era percentual da receita efetivamente recebida;
- Era possível aplicar o valor equivalente a 25% da gratuidade em assistência social.

Com a nova redação.

- A gratuidade será a concessão de 1 bolsa integral a cada 5 alunos (pode chegar a 4, se for o caso).
- A aplicação de 25% da gratuidade deverá beneficiar os bolsistas ou ser aplicados em programas de educação integral para alunos da rede pública.

Com a nova redação II.

- As bolsas deverão ser concedidas em todas as instituições de educação.
- Os bolsistas portadores de deficiência ou em programas de educação integral terão maior peso.

V. Respostas a consultas.

Dúvidas mais comuns que recebemos

A compensação prevista no Art. 17.

Art. 17. No ato de concessão ou de renovação da certificação, as entidades de educação que não tenham concedido o número mínimo de bolsas previsto nos arts. 13, 13-A e 13-B poderão compensar o número de bolsas devido nos 3 (três) exercícios subsequentes com acréscimo de 20% (vinte por cento) sobre o percentual não atingido ou o número de bolsas não concedido, mediante a assinatura de Termo de Ajuste de Gratuidade, nas condições estabelecidas pelo Ministério da Educação. (Redação dada pela Lei nº 12.868, de 2013)

A compensação prevista no Art. 17.

Tratamento desigual em relação às entidades de saúde:

Art. 6º-A. Para os requerimentos de renovação de certificado, caso a entidade de saúde não cumpra o disposto no inciso III do **caput** do art. 4º no exercício fiscal anterior ao exercício do requerimento, o Ministério da Saúde avaliará o cumprimento do requisito com base na média do total de prestação de serviços ao SUS de que trata o inciso III do **caput** do art. 4º pela entidade durante todo o período de certificação em curso, que deverá ser de, no mínimo, 60% (sessenta por cento)

A segregação da gratuidade.

Será por nível de educação, conforme consta nos **§ 1º do Art. 13 – A e § 5º do Art. 13 – B**

Bolsistas filhos de funcionários.

Se atenderem os requisitos para recebimento de bolsas, poderão sim ser incluídos na gratuidade. Do contrário, farão parte dos alunos NÃO pagantes.

Das decisões posteriores a 180 dias.

Da Lei 12.868/2013.

Art. 9º Em caso de decisão final desfavorável, publicada após a data de publicação desta Lei, em processos de renovação de que trata o caput do art. 35 da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, cujos requerimentos tenham sido protocolados tempestivamente, os débitos tributários serão restritos ao período de 180 (cento e oitenta) dias anteriores à decisão final, afastada a multa de mora.

Haverá tratamento desigual com os já julgados.

Das decisões posteriores a 180 dias.

Da Lei 12.868/2013.

Art. 10. Em caso de decisão favorável, em processos de renovação de que trata o caput do art. 35 da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, cujos pedidos tenham sido protocolados intempestivamente, os débitos tributários serão restritos ao período de 180 (cento e oitenta) dias anteriores à decisão, afastada a multa de mora.

Nesse caso há concessão originária.

Gratuidade e convênios.

Os convênios com órgão públicos não impedem a inclusão desses alunos no cálculo da gratuidade.

.

VI. Conclusões.

A legislação atual transforma imunidade em isenção, a assistência social em programa governamental e as entidades assistenciais em autarquias.

A Lei de Filantropia ao limitar os serviços das entidades beneficentes negando a natureza de imunes a organizações antes certificas, por opções políticas, não técnicas, exclue da assistência social significativa parcela da população, que era assistida por aquelas organizações.

Lei nº 12.101/2009 – a certificação

- Foi alterado o caráter de processo de outorga de título para procedimento fiscal: de reconhecimento do direito a imunidade para concessão de isenção.

- Trata desigualmente instituições particulares que se encontram nas mesmas situações.

- Exige maior esforço econômico para as instituições de ensino superior que não aderiram ao Prouni.

- O legislador ordinário não pode mitigar a imunidade.

- Há três ações diretas de inconstitucionalidade que devem ser acompanhadas: ADI 2028 – Confederação Nacional da Saúde; ADI 2036 - Confenen; ADI ADI 4480 – Confenen e ADI 4891 – OAB Federal

- As fundamentações para a concessão da medida liminar na ADI 2028-5 ainda são atuais, mesmo com a revogação do art. 55 da Lei nº 8.212/91.

JOSÉ MENCK & MASCARENHAS
ADVOGADOS ASSOCIADOS

57 ANOS TRADIÇÃO

A maior questão é a liberdade, ou seja, o direito de servir.

José Thadeu Mascarenhas Menck

josethadeu@josemenck.adv.br