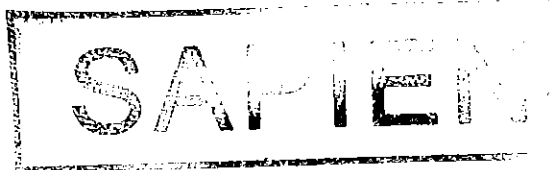


NUP: 00737.005397/2016-97

SIPAR - Ministério da Saúde
25000. 084272/16-51
Data: 02/06/16



URGENTE

Memorando nº 006/2016-CGCER/DCEBAS/SAS/MS

Brasília, 01 de junho de 2016.

Ao Departamento de Certificação de Entidades Beneficentes de Assistência Social em Saúde

Assunto: Consulta sobre interpretação jurídica pertinente a ser adotada pelo Departamento de Certificação de Entidades Beneficentes e de Assistência Social em Saúde (DCEBAS/SAS/MS), no que tange à possibilidade de flexibilização e avaliação com foco no interesse público e no que preconiza a Constituição Federal, do requisito referente à contratualização das entidades de saúde que prestam serviços ao SUS.

Senhora Diretora,

1. O Departamento de Certificação de Entidades Beneficentes e de Assistência Social em Saúde (DCEBAS/SAS/MS) solicita a manifestação da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (CONJUR/MS) quanto à aplicação da Lei 12.101, de 27 de novembro de 2009, que trata da certificação das Entidades Beneficentes de Assistência Social, especificamente no que concerne à possibilidade de substituição, por outro meio de comprovação, da obrigatoriedade de apresentação de instrumento contratual, convênio ou instrumento congênere, tendo em vista as peculiaridades do processo de certificação, associadas à excepcionalidade regulada pelo art. 38 da Portaria nº 3.410, de 30 de dezembro de 2013, no tocante às diretrizes para a contratualização de hospitais no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

2. De início, cumpre-nos registrar que a legislação de certificação, em vigor no período anterior à publicação da Lei 12.101/2009, qual seja, a Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993, previa que a competência para acompanhar e fiscalizar o processo de certificação das entidades e organizações de assistência social cabia ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS).

3. A aludida lei, ao ser regulamentada pelo Decreto nº 2.536, de 6 de abril de 1988, não estabelecia a exigência de comprovação de contratualização para efeitos de certificação, cingindo-se a verificação da regularidade da prestação de serviços ao exame dos dados disponibilizados nos Sistemas do Ministério da Saúde, relatórios de atividades encaminhados pela requerente ou declarações emitidas pelo gestor local do SUS.

4. Com a edição da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, regulamentada pelo Decreto nº 8.242, de 23 de maio de 2014, a exigência relativa à obrigatoriedade de contratualização reveste-se de comando expresso, no sentido de que dentre outros requisitos, fará

jus à certificação a entidade que: celebrar contrato, convênio ou instrumento congênere com o gestor do SUS, conforme previsto nos artigos 18 e 19 do aludido Decreto, abaixo transcritos:

DA CERTIFICAÇÃO DAS ENTIDADES DE SAÚDE

Art. 18. Compete ao Ministério da Saúde conceder ou renovar a certificação das entidades beneficentes de assistência social da área de saúde que preencherem os requisitos previstos na Lei nº 12.101, de 2009, e neste Decreto.

Parágrafo único. Consideram-se entidades beneficentes de assistência social na área de saúde aquelas que atuem diretamente na atenção à saúde.

Art. 19. O requerimento de concessão ou renovação da certificação de entidade que atue na área da saúde deverá ser protocolado junto ao Ministério da Saúde, em sistema próprio, acompanhado dos seguintes documentos:

I - aqueles previstos no art. 3º;

II - cópia da proposta de oferta da prestação de serviços ao SUS no percentual mínimo de sessenta por cento, efetuada pelo responsável legal da entidade ao gestor local do SUS, protocolada junto à Secretaria de Saúde respectiva; e

III - cópia do contrato, convênio ou instrumento congênere firmado com o gestor do SUS.

5. Resta patente, portanto, que a legislação vigente é inequívoca quanto à obrigatoriedade de que haja a apresentação de contrato para efeitos de demonstração quanto à pactuação entre o gestor de saúde e a entidade que pleiteia o CEBAS.

6. Importa registrar, entretanto, que os processos protocolados anteriormente à publicação da Lei 12.101/2009 e mesmo a partir de sua edição, vêm demonstrando que um percentual expressivo, em torno de 45% das entidades, estão apresentando problemas; **seja por ausência de instrumento contratual, ou, em outras vezes, por contratos firmados, mas aditados extemporaneamente, prejudicando a solução de continuidade.**

7. Contudo, de acordo com o que se observa por meio das análises e diligências processadas pelo DCEBAS, o descumprimento do requisito obrigatório relativo à contratualização com a respectiva gestão, ocasionaria o **indeferimento de uma série de pedidos** de concessão ou renovação ou, então, o cancelamento do certificado, o que é ainda mais grave.

8. No Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, foram identificadas, até o momento, aproximadamente, 70 instituições sem contratos de prestação de serviços com o SUS ou com grandes lacunas contratuais.

9. Forçoso salientar que o papel desempenhado pelo chamado terceiro setor, é de fundamental importância à manutenção da assistência à saúde, pois, atuando, concomitantemente ao Estado, reforça o cumprimento dos deveres deste, enquanto atende a um grande número de cidadãos no exercício, de fato, de seus direitos à saúde e assistência constitucionalmente garantidos.

10. Assim, pensar de forma diferente fulminaria a saúde pública no país o que não é a intensão deste Ministério da Saúde.

11. Nesses termos, e diante desta evidente constatação, algumas medidas foram tomadas:

✓ O DCEBAS realizou 2 seminários com os gestores estaduais do SUS, profissionais da área de Regulação e Controle dos Estados, COSEMS e demais atores no âmbito da certificação, focando a mudança da lei e a importância da contratualização;

✓ O Comitê Consultivo DCBAS, que conta com a participação da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, CONASS, CONASEMS e CNS repassa, regularmente, orientações sistemáticas às entidades prestadoras de serviços e aos gestores do SUS sobre a obrigatoriedade de celebração de contrato de prestação de serviços;

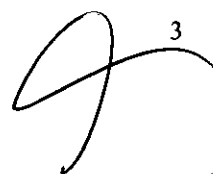
✓ A atuação do Ministério da Saúde, por meio do DCEBAS se faz presente, em todas as oportunidades e eventos realizados pela Confederação das Misericórdias e Federações Estaduais, focando sempre a questão dos requisitos obrigatórios, mas, em especial a questão dos contratos de prestação de serviços e a alimentação dos sistemas de informação;

✓ Desde que foi criado, o DCEBAS realizou reuniões com os Secretários de Estado e Municípios de maneira a informar a importância de se cumprir o requisito de contratualização;

✓ Recentemente, o DCEBAS realizou reunião com a CONJUR/MS para avaliação do problema e, na oportunidade, ficou deliberada a formalização de consulta técnico-jurídica que se formalizaria a esse órgão quanto à questão sob a égide dos fatos ora levantados.

12. O cenário atual é de extrema preocupação, tanto é que estamos com muitos processos sem a conclusão final aguardando uma solução definitiva em relação à condução dos mesmos.

13. Isto porque, se dermos continuidade tão somente, indeferindo ou cancelando certificados, não só abarrotaremos este Departamento, como a própria-CONJUR de inúmeros recursos, mas, também, poderemos provocar a judicialização dessa questão, em face do tamanho dos prejuízos que esta conduta surtirá para as Entidades e, principalmente, para a população assistida.



3

2

14. Além disso, ressalta-se que um considerável número de entidades, que prestam serviços de relevância para o SUS, poderão **perder** o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social por descumprimento de um requisito legal que é de responsabilidade conjunta com a gestão municipal e/ou estadual do SUS, ou não obter a certificação ou renovação em face do não preenchimento deste requisito.

15. Pode-se constatar que muito embora, seja preponderante, a necessidade de que esses entes atendam aos requisitos autorizadores da certificação, como determina a Lei nº 12.101/2009, é de suma importância que a questão da prestação dos serviços que deveria ser pactuada com o gestor local do SUS, por meio de contrato, convênio ou instrumento congênere, seja suprida ou mesmo mitigada tendo em vista a atual situação de algumas entidades.

16. De outro vértice, a natureza do contrato aqui sob exame é de um contrato *sui generis*.

17. No caso específico destes contratos de prestação de serviços ao SUS, particularmente com as entidades filantrópicas, não se licita, não se dispensa e não se verifica a inviabilidade que possa justificar a aplicação de dispositivo que afaste o princípio da concorrência.

18. Assim, na realidade, esta pactuação é um negócio jurídico oriundo de um acordo de vontades, firmado entre a Administração e terceiro, onde se ajusta o percentual de serviços necessários ao atendimento ao SUS, sob a responsabilidade do Gestor Local, que serão disponibilizados pelas entidades como forma de atendimento ao interesse público.

19. Repisando, de maneira clara e cristalina, o contrato de que trata a Lei 12.101/2009, reveste-se das características próprias de um pacto a ser firmado entre o Gestor do SUS Estadual ou Municipal, apto a estabelecer o quantum de assistência à saúde a ser prestada à população daquele Estado ou Município, visto sob a ótica do Gestor, e dentro da capacidade operacional da instituição de disponibilizá-la ao Sistema.

20. A participação deste seguimento é tão relevante que tais Entidades Filantrópicas foram expressamente introduzidas no nosso ordenamento como parceiras do Sistema e com privilégios de atuarem de forma complementar, como se pode ver pela CF art. 199, § 1º e Lei 8.080/93, citada a seguir:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

21. Assim também define a Lei nº 8.080/90:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

22. Já o artigo 23, incluído pela Lei nº 13.097 de 2015, e o art. 25, ambos da Lei nº 8.080/90, assim estabelecem:

Art. 23. É permitida a participação direta ou indireta, inclusive controle, de empresas ou de capital estrangeiro na assistência à saúde nos seguintes casos: (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015);

I - doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos: (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015);

II - pessoas jurídicas destinadas a instalar, operacionalizar ou explorar: (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015);

a) hospital geral, inclusive filantrópico, hospital especializado, policlínica, clínica geral e clínica especializada; e (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015);

b) ações e pesquisas de planejamento familiar: (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015);

III - serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social: e (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015);

IV - demais casos previstos em legislação específica. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015).



Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

23. Vê-se, portanto, que o legislador incluiu essas instituições em um patamar de preponderância no âmbito do Sistema, como parceiras do Estado, deixando clara a importância delas para o SUS, o que resultou não só na própria Carta Magna, como em Lei específica a sua participação expressa no seguimento da Saúde.

24. Contudo, o que vem se operando e verificando de maneira clara e incontestável é que a aludida contratualização, formalmente exigida na Lei, em uma maioria expressiva, não vem ocorrendo e as razões são as mais variadas, podendo aqui listar desde a dificuldade que as Entidades Filantrópicas têm de acesso ao Gestor do SUS, bem como:

- A rotatividade das autoridades que passam a gerir o Sistema;
- Insensibilidade acerca das consequências da não celebração do instrumento;
- Diferenças político-partidárias enfrentadas pelas partes e que afastam a possibilidade de estabelecimento de uma boa parceria entre a Instituição e o Gestor;
- Falta de informação dos Secretários e dos responsáveis pela instituição quanto à necessidade de que haja esta instrumentalização.

25. Porém, o fato relevante é que em todos estes casos, ocasionados por várias circunstâncias e que acarretam a ausência de contrato, ou outro instrumento, em sua maioria, não significa necessariamente que não há a prestação de serviços, pelo contrário, os serviços ao SUS são regularmente prestados.

26. Em relação a todos estes processos sobre os quais falamos e que estão aguardando uma solução, a Instituição que demanda este Ministério da Saúde suscitando a concessão ou renovação do certificado, comprova, sem que reste qualquer dúvida, pelos sistemas de informação disponíveis pelo próprio Ministério, a prestação de todos os serviços realizados por ela.

27. Basta acessar os Sistemas de Informação do Ministério da Saúde, (SIH/DATASUS/MS, SIA/DATASUS/MS, SIHA/DATASUS/MS e CNES/DATASUS/MS) para se constatar que os documentos que integram o próprio processo para efeitos de certificação, são válidos, verídicos e fornecem a comprovação da prestação de serviços nas hipóteses previstas em Lei e regulamentos, o atendimento ao SUS, fazendo assim, jus à certificação.

28. Todavia, é verdade que mesmo sem o contrato formal apresentado pela instituição, ainda assim, ao analisarmos cada pedido de concessão, renovação ou no momento da supervisão, todas as informações que caracterizam o vínculo com o Gestor local do SUS e a efetiva prestação de serviços são checadas e trazidas aos autos pelos técnicos do DCEBAS, cotejando e validando cada uma delas.

29. Fica aí a questão: como indeferir a Certificação da Entidade, levando-se em conta que o cumprimento deste requisito formal não cabe unicamente à Instituição, tendo em vista que a ausência do cumprimento deste requisito poderá acarretar o indeferimento ou cancelamento do CEBAS, advindo daí um prejuízo irreparável à assistência à Saúde, e à própria Instituição, por fatores alheios à sua vontade?

30. Mas, a ausência de contrato não significa que a Entidade não preste ou prestou o serviço. Pelo contrário, toda a sua produção para o SUS é evidenciada nos Sistemas de informação do Ministério da Saúde.

31. Dessa forma, e levando-se em conta o interesse público, o princípio Constitucional de que a Saúde é um Direito de todos e um Dever do Estado, levando-se em conta que a própria Constituição e as normas infraconstitucionais preveem que as entidades filantrópicas integrem o Sistema, vimos à presença desta Consultoria para esclarecer esta questão e suscitar orientações acerca dos encaminhamentos que este Departamento deverá adotar na busca de soluções para a questão.

32. Reiteramos que não obstante inexistir, em uma grande maioria dos casos, a evidência expressa de contrato entre a Entidade e o Gestor do SUS, tal fato é **claramente e inequivocadamente** demonstrado pelos SISTEMAS INFORMATIZADOS alimentados para efeitos de atendimento ao SUS pelo próprio Gestor e de acesso transparente pelo Ministério da Saúde.

33. Parece inacreditável que o Gestor alimente o Sistema de informações do SUS, comprovando que a entidade realizou os atendimentos à população, os pagamentos devidos à prestação de serviços foram realizados, mas, no entanto, isso não se reflete em um contrato formal.

34. Para ficar mais claro, o Gestor não celebra o instrumento, mas alimenta o Sistema de informações demonstrando a prestação do serviço realizado e os efetivos pagamentos às instituições que atuam no SUS.

35. O Ministério da Saúde só pode pagar o que efetivamente comprovar que foi prestado, e para tanto, utiliza as informações que constam dos Sistemas.

36. A realidade impõe ao Departamento de Certificação de Entidades Beneficentes de Assistência Social em Saúde (DCEBAS), recorrentemente, a complexa tarefa de analisar documentos que evidenciam contratualizações de fato entre a administração pública e as entidades beneficentes que não se coadunam, todavia, com as formalidades instituídas pelo ordenamento jurídico.

37. Reconhecendo a dinâmica brasileira no âmbito da participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS, o Ministério da Saúde publicou a Portaria GM/MS nº 3.410, de 30 de dezembro de 2013, estabelecendo, no art. 38, o prazo de 365 dias para que os gestores do SUS firmem os instrumentos formais de contratualização com os hospitais sob sua gestão. Assim, vejamos:

Art. 38. Os gestores do SUS terão o prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, contado da data de publicação desta Portaria, para firmar os instrumentos



formais de contratualização com os hospitais sob sua gestão.

38. O prazo fixado no art. 38 retromencionado, estabelecido com o objetivo de instituir um período de tempo razoável, capaz de respeitar o limite do possível factual, para adequação dos contratos firmados entre os gestores e as entidades privadas de saúde, foi prorrogado pelo advento da Portaria GM/MS nº 2.839, de 29 de dezembro de 2014 e, mais recentemente, pela Portaria GM/MS nº 2.251, de 31 de dezembro de 2015.

39. O art. 1º da Portaria GM/MS nº 2.251/2015, transcrito a seguir, garante, assim, a extensão do prazo por mais 365 dias a contar da publicação do regulamento, tendo em vista o fato dos gestores permanecerem requerendo a complementação dos serviços de saúde das entidades privadas sem, no entanto, formalizarem o ajuste, em regra, mediante a celebração de contrato ou convênio, na acepção estrita dos institutos.

Art. 1º Fica prorrogado, por 365 dias, a contar de 31 de dezembro de 2015, os prazos estabelecidos no art. 38 da Portaria nº 3.410/GM/MS, de 30 de dezembro de 2013 e no parágrafo único do art. 15 da Portaria nº 142/GM/MS, de 27 de janeiro de 2014, para que os gestores do SUS formalizem os respectivos instrumentos formais de contratualização com os hospitais sob sua gestão.

40. Nesse sentido, indagamos à CONJUR, se após a análise dos processos de Concessão, Renovação ou Supervisão, ficar comprovado que a entidade que pleiteia o CEBAS, a despeito de ter adotado todos os meios de celebrar o contrato, ainda assim não logrou êxito.

41. Além disso, não obstante inexistir contrato formal, ficar patente nos Sistemas do Ministério da Saúde todas as ações que envolvem a prestação de serviços aos SUS, por meio de relatórios que demonstram a prestação destes serviços, nos moldes definidos pela Lei, nestes casos, tais documentos poderiam ter o condão de suprir a ausência do instrumento, podendo neste caso, tais relatórios, serem considerados como um documento congênere, permitindo, desta forma, a certificação destas Instituições?

42. Se assim o for, e com objetivo de padronizar e acelerar os trabalhos de altíssima relevância deste Ministério, este Departamento insta essa Consultoria Jurídica (Conjur/MS), unidade vinculada à Advocacia-Geral da União (AGU), para que avalie a possibilidade de elaboração de uma manifestação jurídica referencial como medida essencial, objetivando e pretendendo evitar o trabalho em casos repetitivos, para sistematizar e otimizar o assessoramento jurídico.

43. Com a adoção desse procedimento, e entendendo a importância do assunto e seu alcance para o Sistema Único de Saúde, este Departamento adotará os mecanismos para avaliar todos os processos que de maneira idêntica, eventualmente, encontrarem-se com esta ressalva, sem que haja a necessidade de um parecer individualizado, dispensando-se, assim, a submissão de cada processo à Consultoria.

44. Suscitamos a aplicação desta Orientação Normativa (ON) nº 55/2014 da AGU, que dispensa a análise jurídica individualizada nas matérias similares, haja vista que os dois requisitos estabelecidos para que o documento se torne referencial, encontram-se presentes.

45. O primeiro diz respeito ao fato de que o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes deve impactar a atuação da Consultoria ou a celeridade dos serviços administrativos, o que já informamos como sendo um número superior a 50 processos.

46. Já o segundo requisito atenta para o fato de a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir de simples conferência de documento.

47. Como dito, não se cumpre o requisito de apresentar o instrumento jurídico de contratação entre a Entidade a ser certificada e o Gestor do SUS, todavia, o objeto do contrato e a prestação de serviços entre a Entidade e o Gestor do SUS se faz comprovar pelos relatórios e dados alimentados nos Sistema Informatizados do Ministério da Saúde, os quais são acessados para efeitos de pagamento de todos os serviços prestados por determinada entidade e validados pelo Gestor do SUS.

48. Ademais, outro normativo do próprio Ministério da Saúde estabelecendo um prazo para que a contratualização com o SUS seja efetivada. O art. 1º da Portaria GM/MS nº 2.251/2015, transcrito a seguir, garante, assim, a extensão do prazo por mais 365 dias a contar da publicação do regulamento, tendo em vista o fato dos gestores permanecem requerendo a complementação dos serviços de saúde das entidades privadas sem, no entanto, formalizarem o ajuste, em regra, mediante a celebração de contrato ou convênio, na aceção estrita dos institutos.

Art. 1º Fica prorrogado, por 365 dias, a contar de 31 de dezembro de 2015, os prazos estabelecidos no art. 38 da Portaria nº 3.410/GM/MS, de 30 de dezembro de 2013 e no parágrafo único do art. 15 da Portaria nº 142/GM/MS, de 27 de janeiro de 2014, para que os gestores do SUS formalizem os respectivos instrumentos formais de contratualização com os hospitais sob sua gestão.

49. Demandas em massa exigem respostas e soluções em bloco, desde que não abdicuem da segurança jurídica.

50. Caberá, entretanto, se entender a Consultoria, manifestar-se no sentido de que os dados disponibilizados pelos Sistemas do DATASUS cumprem o papel de demonstrar o que o Contrato, está representado no Sistema, cabendo à área técnica, neste caso, o DCEBAS, registrar e validar tais ocorrências, encarregando-se de verificar a semelhança entre a situação concreta e o caso adotado como padrão.

51. A orientação prevê que por se tratar de tema abordado na manifestação jurídica referencial, o próprio órgão assessorado atestará sua semelhança ao caso concreto, dispensando o envio do processo para a Consultoria; assumindo, desta forma, a responsabilidade por validar todas estas circunstâncias.



52. Conforme a unidade, isso significa que, uma vez amoldando-se à situação já discutida na manifestação referencial, não mais será adotado como praxe o encaminhamento dos processos para deliberação da Consultoria Jurídica.

53. A Orientação Normativa nº 55, do Advogado-Geral da União assim estabelece:

I - Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.

II - Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos:

a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

54. Portanto, em que pese a compreensão de que a Lei exige a formalização de um contrato, convênio ou instrumento congênere para a prestação de serviços complementares de saúde, mas, tendo em vista que nos casos de pactuação de prestação de serviços ao SUS, em sua maioria, as entidades filantrópicas atuam exercendo este papel preponderante, embora sem a devida formalização, mas cumprindo todos os requisitos de alimentação dos Sistemas Informatizados implantados pelo DATASUS/MS para efeito de registro da produção e pagamentos de prestação de atendimento ambulatorial ou hospitalar, temos que nestes casos, o indeferimento da certificação ou renovação, ou o cancelamento da certificação, onde se comprova que houve a prestação dos serviços, trará não só um prejuízo irreparável para a assistência à saúde, como também, se a questão for judicializada, não restará dúvidas de que a determinação de cumprimento da norma suplantou o princípio constitucional de dever do Estado de atuar na saúde.

55. A certificação dessas entidades contribui, essencialmente, na sua permanência como parceira do Sistema, e as isenções advindas da certificação possibilita que estas instituições se mantenham exercendo este papel que em sua maioria, ou são as únicas em determinados municípios que prestam serviços ao SUS ou em muitos dos casos complementam, sobremaneira, o atendimento à população.

CONCLUSÃO: Para finalizar apresentamos um exemplo clássico que demonstra claramente o que ora falamos.

Entidade: Benemérita Sociedade Portuguesa Beneficente do Pará - Belém/PA.

Processo de supervisão: SIPAR 25000.206806/2013-63- FTS 297.

Exercícios supervisionados: 2010/2011/2012 (VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS OBRIGATÓRIOS À CERTIFICAÇÃO DURANTE TODO O PERÍODO DE VIGÊNCIA DO CEBAS, CONFORME DETERMINA A LEI 12.101/2009)

SITUAÇÃO ENCONTRADA: Ausência de contrato de 01/01/2011/ 31/12/2012 (2 anos). O Gestor do SUS informa, através do Ofício nº 4297GABS/SESMA/PMB, de 05/12/2014, que não foi localizado qualquer instrumento contratual celebrado com a entidade no período 01/01/2012 a 31/12/2012 (gestão anterior).

FATO: Embora a entidade não tenha apresentado instrumento contratual celebrado com o gestor do SUS relativo aos anos supervisionados, o DCEBAS, Departamento responsável pela certificação e supervisão das entidades certificadas, verificou e comprovou a regularidade dos serviços prestados no período sob supervisão, tanto por meio do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES, onde há o registro dos leitos disponibilizados para o SUS pelo hospital, assim como pelos registros de internações de pacientes SUS, extraídos do sistema SIH/DATASUS/MS (relatório anexo).

Pelos relatórios dos sistemas de informação, verifica-se que a entidade comprovou a prestação anual de serviços ao SUS em percentual superior a 60% nos 3 exercícios sob supervisão (período 01/01/2012 a 31/12/2012).

A entidade disponibiliza 191 leitos para o sistema local de saúde e realiza em torno de 37.000 internações e 46.000 atendimentos ambulatoriais, por ano, para o SUS.

EFETOS IMEDIATOS DO INDEFERIMENTO/CANCELAMENTO DO CEBAS PARA AS ENTIDADES:

- Perda da “isenção” da cota patronal do INSS;
- Perda dos demais benefícios, como possibilidade de celebração de convênios com o poder público, descontos concedidos por Governos Estaduais nos gastos com consumo de energia dos hospitais, incentivos à importação de equipamentos hospitalares, etc.;
- Impacto financeiro: passivo tributário retroativo com incidência de juros, correção monetária e multa;
- Inscrição na Dívida Ativa da União pela Secretaria da Receita Federal – não emissão de CND (o que impede, novamente, a celebração de contratos e convênios com os gestores do SUS/poder público, criando um círculo vicioso);



11

6

- Cobrança da Dívida Ativa, bloqueio de bens, etc.;
- Possibilidade de fechamento (“quebra”) das entidades e de todos os seus programas sócio- assistenciais no campo da saúde.

EFEITOS IMEDIATOS DO INDEFERIMENTO/CANCELAMENTO DO CEBAS PARA O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS:

- Maior endividamento do segmento filantrópico prestador de serviços de saúde na Rede Pública gerando comprometimento da qualidade da assistência;
- Desgaste e depreciação estrutural e tecnológica dos hospitais e agravamento substancial e irreparável da situação de redução dos leitos do SUS, recentemente divulgada na mídia nacional.

56. Há que se considerar que, a partir publicação da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, a proposta era trazer um novo olhar para a certificação na área de saúde, com foco no fortalecimento da gestão do SUS e na potencialização das ações das Entidades Beneficentes para a ampliação e melhoria da qualidade do acesso aos serviços de saúde.

57. Cabe ressaltar ainda que as entidades beneficentes constituem importante segmento na oferta de ações e serviços de saúde. Essa rede complementar do SUS integra um total de 3.311 estabelecimentos de saúde (matriz e filial), distribuídos em 1.784 municípios brasileiros. Destaca-se que, em 997 municípios, a assistência hospitalar é realizada unicamente por hospitais beneficentes.

58. A rede filantrópica engloba um universo de 1.727 hospitais que prestam serviços para o SUS, sendo responsável por 37,98% dos leitos disponíveis e por 43,12% das internações realizadas no âmbito do Sistema Único. Os estabelecimentos beneficentes realizam 6,76% dos atendimentos ambulatoriais do SUS, equivalendo a 49,88% do total de atendimentos ao SUS (internações hospitalares e atendimentos ambulatoriais).

59. Ressalta-se que o Ministério da Saúde, até dezembro de 2015, certificou um total de 1.387 entidades, correspondendo a 1.858 unidades (entre matrizes e filiais), tendo em vista um universo de 3.311 estabelecimentos de saúde.

60. As entidades beneficentes desempenham papel relevante para o funcionamento do sistema público e suplementar de saúde. A análise mais detalhada da prestação de serviços ao SUS, por grupo de procedimentos e complexidade da assistência, revela que o setor filantrópico executa o maior quantitativo de cirurgias oncológicas, neurológicas, transplantes e outros de alta complexidade, conforme discriminado abaixo:

- ✓ 63% das internações de Alta Complexidade no SUS são realizadas por hospitais filantrópicos.

61. Ainda, nas especialidades de Alta Complexidade, os hospitais filantrópicos respondem por:

- ✓ 66% das internações de Cardiologia;
- ✓ 58,8% das internações para Transplantes;
- ✓ 68% dos procedimentos de Quimioterapia realizados em regime de internação;
- ✓ 68,7% das internações para Cirurgia Oncológica.

62. Seria desastroso se uma entidade que já presta serviços ao SUS tivesse suas atividades reduzidas ou interrompidas em virtude de uma obrigação legal que, comprovadamente é executada e verificada por meio de registros de sistemas de informação criados para essa finalidade, pelo próprio Ministério da Saúde, provocando a descontinuidade de uma prestação de serviços tida como essencial para a população.

63. Destaque-se o fato de que 56% das entidades certificadas (hospitais) que prestam serviços ao SUS estão localizadas em cidades com até 30.000 habitantes, assumindo posição estratégica para a saúde desses municípios, sendo os únicos a oferecerem leitos em quase 1.000 municípios de menor porte.

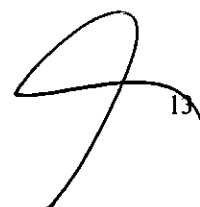
64. Com o agravamento da redução de leitos no SUS estaremos diante do risco de um colapso no Sistema Único de Saúde.

65. Reitera-se que a urgência da orientação suscitada também se faz presente em razão da previsão na Lei nº 12.101/2009, a qual determina que os processos sejam analisados respeitando-se a ordem cronológica de sua apresentação.

Art. 21. A análise e decisão dos requerimentos de concessão ou de renovação dos certificados das entidades beneficentes de assistência social serão apreciadas no âmbito dos seguintes Ministérios:

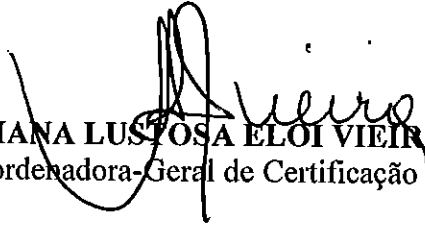
...

§ 2º A tramitação e a apreciação do requerimento deverão obedecer à ordem cronológica de sua apresentação, salvo em caso de diligência pendente, devidamente justificada, ou no caso de entidade ou instituição sem fins lucrativos e organização da sociedade civil que celebrem parceria para executar projeto, atividade ou serviço em conformidade com acordo de cooperação internacional do qual a República Federativa do Brasil seja parte. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)



66. Diante do exposto, sugere-se o encaminhamento da presente solicitação à Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (CONJUR/MS), para que explicita a interpretação jurídica pertinente a ser adotada pelo Departamento de Certificação de Entidades Benéficas e de Assistência Social em Saúde (DCEBAS/SAS/MS), no que tange à possibilidade de flexibilização e avaliação com foco no interesse público e no que preconiza a Constituição Federal, do requisito referente à contratualização das entidades de saúde que prestam serviços ao SUS.

Atenciosamente,


ADRIANA LUSTOSA ELOI VIEIRA
Coordenadora-Geral de Certificação

1. De acordo.
2. Encaminhe-se à CONJUR/MS, para que possam ser adotadas as providências no sentido de que sejam dirimidas as indagações acima expostas.
3. Ressalta-se, por fim, que cópia do expediente será dirigida, para conhecimento, à Secretaria de Atenção à Saúde (SAS/MS) e ao Gabinete do Ministro de Estado da Saúde, tendo em vista a relevância do tema proposto à análise jurídica, lembrando que esta questão já foi objeto de tratativas junto à CONJUR.

Brasília/DF, 02 de junho de 2016.


MARIA VICTÓRIA PAIVA
Diretora
Departamento de Certificação de Entidades
Benéficas de Assistência Social em Saúde
DCEBAS/ SAS/ MS

MINISTÉRIO DA SAÚDE
Consultoria
Recebido em 02/06/16
Ass. 14154



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
NÚCLEO DE CONSULTORIA EM MATÉRIAS DE SAÚDE, ATOS NORMATIVOS E PESSOAL

NOTA n. 02409/2016/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 00737.005397/2016-97

SIPAR: 25000.084272/2016-51

INTERESSADOS: Departamento de Certificação de Entidades Benéficas de Assistência Social em Saúde – DCEBAS/SAS/MS

ASSUNTOS: Consulta acerca da possibilidade de flexibilização e avaliação com foco no interesse público do requisito referente à contratualização das entidades de saúde que prestam serviços ao SUS.

1. Versa o presente acerca de pedido de consulta formulado pelo Departamento de Certificação de Entidades Benéficas de Assistência Social em Saúde – DCEBAS/SAS/MS, nos termos em que dispõe o art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993[1].
2. Em suma, esclarece aquela área técnica que, no âmbito de exame de pedidos de renovação e concessão de CEBAS, bem como em processos de supervisão de entidades já certificadas, tem, recorrentemente, constatado casos nos quais entidades de saúde não apresentam contrato, convênio ou instrumento congênere celebrado com o gestor responsável.
3. Elenca diversas razões – como rotatividade dos gestores do Sistema, insensibilidade quanto às consequências da não celebração do instrumento, diferenças político-partidárias enfrentadas pelas partes, entre outras – que têm provocado um número expressivo de entidades sem pactuação de serviços a serem executados para o SUS, muito embora se trate de requisito formal exigido pela Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009.
4. Indica, no entanto, que foram constatados casos em que, a despeito da ausência de pactuação, os Sistemas de Informação do Ministério da Saúde (SIH/DATASUS/MS, SAI/DATASUS/MS, SIHA/DATASUS/MS e CNES/DATASUS/MS) permanecem sendo alimentados com informações acerca dos serviços prestados pela entidade. Alega, por conseguinte, que, apesar de o gestor não celebrar o instrumento com a entidade, aquele “*alimenta o Sistema de Informações demonstrando a prestação do serviço realizado e os efetivos pagamentos às instituições que atuam no SUS*”.
5. Em sequência, destaca o teor da Portaria GM/MS nº 3.410, de 30 de dezembro de 2013, a qual, em seu art. 38, estabeleceu prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, contados de 3 de janeiro de 2014, para os gestores do SUS firmarem os instrumentos formais de contratualização com os hospitais sob sua gestão. Observa que esse prazo veio a ser posteriormente prorrogado por força da Portaria GM/MS nº 2.251, de 29 de dezembro de 2015, passando para 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias a contar de 31 de dezembro de 2015.
6. Por fim, diante do cenário descrito, questiona acerca da viabilidade de se mitigar a exigência constante no art. 4º, inciso I, da Lei nº 12.101/2009, aos casos em que ficar comprovada a adoção, por parte da entidade requerente ou supervisionada, de todos os meios ao seu alcance para celebrar o contrato; e, concomitantemente, restarem patentes, mediante consulta aos Sistemas do Ministério da Saúde, “*todas as ações que envolvem a prestação de serviços ao SUS, por meio de relatórios que demonstram a prestação destes serviços, nos moldes definidos pela Lei*”. Isto é, indaga se “*tais documentos poderiam ter o condão de suprir a ausência de instrumento, podendo, neste caso, tais relatórios serem considerados como um documento congênere, permitindo, desta forma a certificação destas instituições.*”
7. Feito esse relato, incumbe esclarecer que esta CONJUR/MS, mediante o Parecer nº 730/2012/EHSN/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU, externou entendimento em que se vislumbrava a possibilidade de – com arrimo no princípio da continuidade administrativa e do interesse público primário – adotar-se técnica de ponderação no proceder de análise dos requisitos para o CEBAS, quando diante de casos em que eventuais elementos peculiares e factuais não se adequassem à literalidade dos requisitos normativos exigidos.
8. Veja-se que, em contrapartida, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, mediante o Parecer PGFN/CAT/Nº 284/2013, assim como as Consultorias Jurídicas do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – CONJUR/MDS e do Ministério da Educação – CONJUR/MEC, posicionaram-se pela impossibilidade de os órgãos certificadores aplicarem qualquer flexibilização aos requisitos legais exigidos para a concessão/renovação de CEBAS.
9. Destarte, a matéria restou encaminhada à Consultoria-Geral da União, em virtude de sua competência na participação de deslinde de controvérsia jurídica entre os órgãos consultivos a ela subordinados e os integrantes da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, bem como, por sua responsabilidade na uniformização da jurisprudência

administrativa e orientação quanto à correta aplicação das leis e observância aos pareceres, notas e demais orientações da Advocacia-Geral da União, nos termos do arts. 12, V[2] e 36, XI[3], ambos do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010 c/c arts. 3º, VI[4], e 9º, I, “a” e “b”[5], do Ato Regimental nº 5/AGU, de 27 de setembro de 2009.

10. Mediante o Parecer nº 055/2015/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Sr. Advogado-Geral da União, conforme Despacho de 31 de julho de 2015, aquela Consultoria-Geral manifestou-se em consonância com os opinativos da PGFN, da CONJUR/MDS e da CONJUR/MEC, entendendo que a certificação/renovação do CEBAS configura-se como ato inteiramente vinculado, não compreendendo flexibilização – com base na ‘técnica da ponderação’ – dos requisitos exigidos na legislação aplicável. Nesse sentido:

“63. Dessa forma, à luz da legislação vigente (Lei nº 12.101/2009 e Decreto Federal nº 8.242/2014), extrai-se que, para a ‘certificação’, são exigidos, de forma objetiva, tanto requisitos “gerais” (artigo 3º cumulado com artigo 1º) quanto requisitos “específicos” relativos à respectiva área de atuação da entidade, podendo ser na ‘saúde’ (artigos 4º a 11), na ‘educação’ (artigos 12 a 17) e/ou na ‘assistência social’ (artigos 18 a 20).

64. Desse modo, infere-se que a legislação em apreço traçou, sem dar margens de escolha ao administrador, os requisitos necessários para a obtenção/renovação do certificado, de modo que se verifica que a certificação consiste em ato administrativo inteiramente vinculado, (...) (...)

70. Nesse cenário, em atenção à legalidade estrita e aos princípios da segurança jurídica e da igualdade, não se entende viável, no presente caso, afastar, por via oblíqua, uma regra, para, a pretexto de se utilizar a técnica da “ponderação”, fazer prevalecer princípios genéricos e subjetivos, tais como, o da continuidade administrativa, em detrimento de lei editada, num Estado Democrático de Direito[9], por representantes do povo”.

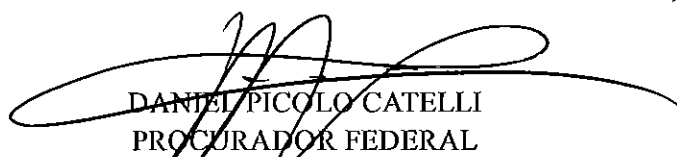
11. Assim, embora pertinente a questão levantada pelo DCEBAS/SAS/MS, há de se observar que a matéria, da forma como apresentada por aquele Departamento, esbarra em orientação desenvolvida pela Consultoria-Geral da União e aprovada pelo Sr. Advogado-Geral da União, aos quais esta CONJUR/MS encontra-se subordinada técnica e juridicamente.

12. Dessa forma, o entendimento pretérito defendido por este Consultivo no âmbito do Parecer nº 730/2012/EHSN/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU acabou prejudicado pelo juízo do titular máximo da Advocacia-Geral da União, em sede de solução de controvérsia entre órgãos consultivos. Por conseguinte, reputa-se que o questionamento ora proposto foi superado, não se vislumbrando, neste momento, possibilidade de adoção de maiores providências por parte deste Consultivo acerca da manifestada indagação.

13. Diante do exposto, sugere-se o retorno do expediente ao Departamento de Certificação de Entidades Beneficentes de Assistência Social em Saúde – DCEBAS/SAS/MS, para conhecimento e adoção das providências de estilo.

À consideração superior.

Brasília, 10 de junho de 2016.



DANIEL PÍCOLO CATELLI
PROCURADOR FEDERAL

RESPONSÁVEL PELO NÚCLEO DE CONSULTORIA EM MATÉRIA DE SAÚDE,
ATOS NORMATIVOS E PESSOAL

[1] Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;

II - (...)

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

[2] Art. 12. À Consultoria-Geral da União compete:

(...)

V - produzir manifestações jurídicas e submeter ao Advogado-Geral da União proposta de solução de controvérsias entre os órgãos consultivos que lhe são subordinados e os órgãos consultivos integrantes da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central;

[3] Art. 36. São atribuições do Advogado-Geral da União, órgão mais elevado de assessoramento jurídico do Poder Executivo:

(...)

XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal;

[4] Art. 3º Compete à Consultoria-Geral da União:

(...)

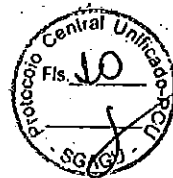
VI - participar do deslinde de controvérsia jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, objetivando sua solução em sede administrativa;

[5] Art. 9º Compete ao Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos - DECOR:

I - orientar e coordenar os trabalhos das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e dos Núcleos de Assessoramento Jurídico, especialmente no que se refere à: a) uniformização da jurisprudência administrativa; b) correta aplicação das leis e observância dos pareceres, notas e demais orientações da Advocacia-Geral da União;

(...)

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00737005397201697 e da chave de acesso 5861f109



A1900

CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

PROCESSO/SIPAR Nº 25000.081201/2012-72

ASSUNTO: natureza jurídica do ato de concessão de CEBAS

Referência ao SISCON n. 15.15

V - esta Consultoria Jurídica prega o entendimento de que ser "sem fins lucrativos" configura-se tanto como requisito para a certificação das entidades Interessadas como também é requisito de isenção tributária, valendo destacar, contudo, que a análise pelo órgão certificador deve-se cingir ao cotejo com os atos constitutivos apresentados, ao passo que na análise de requisitos de isenção é que se atravessa crivo exauriente e substancial, inclusive fiscalização.

Senhora Coordenadora de Legislação e Normas,

1. Por intermédio do Memorando em epígrafe, a Procuradoria-Geral da União (PGU) encaminha cópia do Parecer n. 25/2012/FMS/DSP/PGU/AGU, de 2 de abril de 2012, devidamente aprovado pela Diretoria do Departamento de Serviço Público e Subprocuradoria-Geral da União da Advocacia-Geral da União, ao tempo que solicita o envio de subsídios por esta Consultoria Jurídica acerca da natureza jurídica do ato de concessão da Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS – se tributária ou não, com o fito de definir atribuições entre a PGFN (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional) e PGU.
2. É o relatório



CÓPIA

FUNDAMENTAÇÃO

Cebas: qualificação de entidades que não objetivam somente benefício tributário

3. O CEBAS é uma qualificação conferida a pessoas jurídicas de direito privado, voltado à sua caracterização como entidades beneficentes de assistência social, assim reconhecidas, com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação. (art. 1º da Lei nº 12.101, de 2009)

4. Uma vez certificada como entidade beneficente de assistência social, a entidade, entre outras finalidades, 1) poderá receber transferências voluntárias da Administração Pública federal, a título de subvenções sociais (Lei de Diretrizes Orçamentárias - Lei nº 12.465, de 12 de agosto de 2011, art. 30), 2) e, se preenchidos outros requisitos legais (art. 29 da Lei n. 12.101, de 2009), fará jus à isenção do pagamento das contribuições a cargo da empresa destinadas à seguridade social, nos seguintes termos:

Lei nº 12.465, de 2011

Art. 30. A transferência de recursos a título de subvenções sociais, nos termos do art. 16 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, atenderá as entidades privadas sem fins lucrativos que exerçam atividades de natureza continuada nas áreas de assistência social, saúde ou educação, prestem atendimento direto ao público e tenham certificação de entidade beneficente de assistência social, nos termos da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009.

Parágrafo único. A certificação de que trata o caput deste artigo poderá ser:

I - substituída, a critério da Administração Pública Federal, pelo pedido de renovação da certificação devidamente protocolizado e ainda pendente de análise junto ao órgão competente; ou

II - dispensada, desde que a entidade seja selecionada em processo público de ampla divulgação promovido pelo órgão ou entidade concedente para execução de ações, programas ou serviços em parceria com a administração federal, nas seguintes áreas:

- a) atenção à saúde aos povos indígenas;
- b) atenção às pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de substâncias psicoativas;
- c) combate à pobreza extrema; e
- d) de atendimento às pessoas com deficiência.

.....

Lei n. 12.101, de 2009

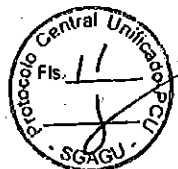
Art. 29. A entidade beneficente certificada na forma do Capítulo II fará jus à isenção do pagamento das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, desde que atenda, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

I - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos;

II - aplique suas rendas, seus recursos e eventual superávit integralmente no território nacional, na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais;

III - apresente certidão negativa ou certidão positiva com efeito de negativa de débitos relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e certificado de regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;

COPIA



IV - mantenha escrituração contábil regular que registre as receitas e despesas, bem como a aplicação em gratuidade de forma segregada, em consonância com as normas emanadas do Conselho Federal de Contabilidade;

V - não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto;

VI - conserve em boa ordem, pelo prazo de 10 (dez) anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem e a aplicação de seus recursos e os relativos a atos ou operações realizados que impliquem modificação da situação patrimonial;

VII - cumpra as obrigações acessórias estabelecidas na legislação tributária;

VIII - apresente as demonstrações contábeis e financeiras devidamente auditadas por auditor independente legalmente habilitado nos Conselhos Regionais de Contabilidade quando a receita bruta anual auferida for superior ao limite fixado pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Certificação de entidade e isenção tributária: institutos e procedimentos distintos

5. Denota-se que, conquanto umbilicalmente ligados, a certificação conferida às entidades beneficentes não se confunde com a isenção ou imunidade tributária, sendo a certificação uma adjetivação, uma qualificação conferida às entidades privadas sem fins lucrativos. Apresenta-se, pois, como um colorido, uma titulação da pessoa jurídica. Em síntese, atrela-se tal qualificativo à essência da pessoa jurídica, adornando a sua existência.

6. De outro vértice, os requisitos ou condições para alcançar a imunidade tributária são externos à pessoa jurídica, porém deverão ser por ela preenchidos, sob pena de não poder gozar de tal benefício.

7. Na área da saúde, os requisitos para a certificação ou renovação da certificação de CEBAS estão delineados no art. 3º da Lei n. 12.101, de 2009, que se somam aos arts 4º a 11 do mesmo diploma:

CAPÍTULO II DA CERTIFICAÇÃO

Art. 3º A certificação ou sua renovação será concedida à entidade beneficente que demonstre, no exercício fiscal anterior ao do requerimento, observado o período mínimo de 12 (doze) meses de constituição da entidade, o cumprimento do disposto nas Seções I, II, III e IV deste Capítulo, de acordo com as respectivas áreas de atuação, e cumpra, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - seja constituída como pessoa jurídica nos termos do caput do art. 1º; e

II - preveja, em seus atos constitutivos, em caso de dissolução ou extinção, a destinação do eventual patrimônio remanescente a entidade sem fins lucrativos congêneres ou a entidades públicas.

Parágrafo único. O período mínimo de cumprimento dos requisitos de que trata este artigo poderá ser reduzido se a entidade for prestadora de serviços por meio de convênio ou instrumento congênere com o Sistema Único de Saúde - SUS ou com o Sistema Único de Assistência Social - SUAS, em caso de necessidade local atestada pelo gestor do respectivo sistema.

Seção I Da Saúde

Art. 4º Para ser considerada beneficente e fazer jus à certificação, a entidade de saúde deverá, nos termos do regulamento:

CÓPIA

I - comprovar o cumprimento das metas estabelecidas em convênio ou instrumento congênere celebrado com o gestor local do SUS;

II - ofertar a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento);

III - comprovar, anualmente, da forma regulamentada pelo Ministério da Saúde, a prestação dos serviços de que trata o inciso II, com base nas internações e nos atendimentos ambulatoriais realizados.

§ 1º O atendimento do percentual mínimo de que trata o caput pode ser individualizado por estabelecimento ou pelo conjunto de estabelecimentos de saúde da pessoa jurídica, desde que não abranja outra entidade com personalidade jurídica própria que seja por ela mantida.

§ 2º Para fins do disposto no § 1º, no conjunto de estabelecimentos de saúde da pessoa jurídica, poderá ser incorporado aquele vinculado por força de contrato de gestão, na forma do regulamento.

Art. 5º A entidade de saúde deverá ainda informar, obrigatoriamente, ao Ministério da Saúde, na forma por ele estabelecida:

I - a totalidade das internações e atendimentos ambulatoriais realizados para os pacientes não usuários do SUS;

II - a totalidade das internações e atendimentos ambulatoriais realizados para os pacientes usuários do SUS; e

III - as alterações referentes aos registros no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde - CNES.

Parágrafo único. A entidade deverá manter o Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde - CNES atualizado, de acordo com a forma e o prazo determinado pelo Ministério da Saúde.

Art. 6º A entidade de saúde que presta serviços exclusivamente na área ambulatorial deverá observar o disposto nos incisos I e II do art. 4º, comprovando, anualmente, a prestação dos serviços no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento).

Art. 7º Quando a disponibilidade de cobertura assistencial da população pela rede pública de determinada área for insuficiente, os gestores do SUS deverão observar, para a contratação de serviços privados, a preferência de participação das entidades beneficentes de saúde e das sem fins lucrativos.

Art. 8º Não havendo interesse de contratação pelo Gestor local do SUS dos serviços de saúde ofertados pela entidade no percentual mínimo a que se refere o inciso II do art. 4º, a entidade deverá comprovar a aplicação de percentual da sua receita em gratuidade na área da saúde, da seguinte forma:

I - 20% (vinte por cento), se o percentual de atendimento ao SUS for inferior a 30% (trinta por cento);

II - 10% (dez por cento), se o percentual de atendimento ao SUS for igual ou superior a 30 (trinta) e inferior a 50% (cinquenta por cento); ou

III - 5% (cinco por cento), se o percentual de atendimento ao SUS for igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) ou se completar o quantitativo das internações hospitalares e atendimentos ambulatoriais, com atendimentos gratuitos devidamente informados de acordo com o disposto no art. 5º, não financiados pelo SUS ou por qualquer outra fonte.

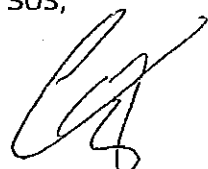
Parágrafo único. (VETADO)

§ 2º A receita prevista no caput será a efetivamente recebida da prestação de serviços de saúde.

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. Em hipótese alguma será admitida como aplicação em gratuidade a eventual diferença entre os valores pagos pelo SUS e os preços praticados pela entidade ou pelo mercado.

Art. 11. A entidade de saúde de reconhecida excelência poderá, alternativamente, para dar cumprimento ao requisito previsto no art. 4º, realizar projetos de apoio ao desenvolvimento institucional do SUS,



CÓPIA



celebrando ajuste com a União, por intermédio do Ministério da Saúde, nas seguintes áreas de atuação:

- I - estudos de avaliação e incorporação de tecnologias;
- II - capacitação de recursos humanos;
- III - pesquisas de interesse público em saúde; ou
- IV - desenvolvimento de técnicas e operação de gestão em serviços de saúde.

§ 1º O Ministério da Saúde definirá os requisitos técnicos essenciais para o reconhecimento de excelência referente a cada uma das áreas de atuação previstas neste artigo.

§ 2º O recurso despendido pela entidade de saúde no projeto de apoio não poderá ser inferior ao valor da isenção das contribuições sociais usufruída.

§ 3º O projeto de apoio será aprovado pelo Ministério da Saúde, ouvidas as instâncias do SUS, segundo procedimento definido em ato do Ministro de Estado.

§ 4º As entidades de saúde que venham a se beneficiar da condição prevista neste artigo poderão complementar as atividades relativas aos projetos de apoio com a prestação de serviços ambulatoriais e hospitalares ao SUS não remunerados, mediante pacto com o gestor local do SUS, observadas as seguintes condições:

I - a complementação não poderá ultrapassar 30% (trinta por cento) do valor usufruído com a isenção das contribuições sociais;

II - a entidade de saúde deverá apresentar ao gestor local do SUS plano de trabalho com previsão de atendimento e detalhamento de custos, os quais não poderão exceder o valor por ela efetivamente despendido;

III - a comprovação dos custos a que se refere o inciso II poderá ser exigida a qualquer tempo, mediante apresentação dos documentos necessários; e

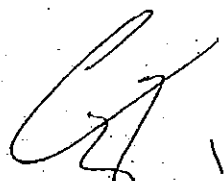
IV - as entidades conveniadas deverão informar a produção na forma estabelecida pelo Ministério da Saúde, com observação de não geração de créditos.

§ 5º A participação das entidades de saúde ou de educação em projetos de apoio previstos neste artigo não poderá ocorrer em prejuízo das atividades beneficentes prestadas ao SUS.

§ 6º O conteúdo e o valor das atividades desenvolvidas em cada projeto de apoio ao desenvolvimento institucional e de prestação de serviços ao SUS deverão ser objeto de relatórios anuais, encaminhados ao Ministério da Saúde para acompanhamento e fiscalização, sem prejuízo das atribuições dos órgãos de fiscalização tributária.

8. Uma vez preenchidos referidos requisitos, a entidade fará jus à certificação. Porém, para gozar da imunidade tributária, deverá, ainda, preencher os requisitos do art. 29 da Lei n. 12.101, de 2009, já transcritos. Desse modo, pela Lei, é possível imaginar uma entidade qualificada como detentora de CEBAS, porém que não faça jus à isenção, por não preencher os requisitos do art. 29. Denota-se, portanto, tratar de fases distintas.

Procedimento administrativo de certificação: curso perante Ministérios certificadores. P procedimento administrativo fiscal de isenção: trâmite perante a SRFB. Praxe adotada pelo Ministério da Saúde.


12

9. Não há que se confundir, pois, o procedimento administrativo de certificação¹ de uma entidade como beneficente de assistência social que, no caso da saúde, tem seu trâmite perante o Ministério da Saúde com o procedimento de isenção (imunidade) que tramita perante a Secretaria de Receita Federal do Brasil – SRFB. A praxe evidenciada no Ministério da Saúde mostra que uma vez certificada a entidade é remetido ofício à SRFB informando tal situação.

10. Contra o deferimento de concessão ou renovação de CEBAS a própria SRFB pode, inclusive, formular representação administrativa, que terá seu curso no órgão certificador (Ministério da Saúde, quanto às entidades da área de saúde; Ministério da Educação, quanto às entidades educacionais e Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, quanto às entidades de assistência social), o que está a demonstrar não se tratar de um procedimento administrativo fiscal, senão mero procedimento administrativo *stricto sensu*, conforme se depreende da leitura dos arts. 26 a 28 da Lei n. 12.101, de 2009:

CAPÍTULO III

DOS RECURSOS E DA REPRESENTAÇÃO

Art. 26. Da decisão que indeferir o requerimento para concessão ou renovação de certificação e da decisão que cancelar a certificação caberá recurso por parte da entidade interessada, assegurados o contraditório, a ampla defesa e a participação da sociedade civil, na forma definida em regulamento, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da decisão.

Art. 27. Verificada prática de irregularidade na entidade certificada, são competentes para representar, motivadamente, ao Ministério responsável pela sua área de atuação, sem prejuízo das atribuições do Ministério Público:

I - o gestor municipal ou estadual do SUS ou do SUAS, de acordo com a sua condição de gestão, bem como o gestor da educação municipal, distrital ou estadual;

II - a Secretaria da Receita Federal do Brasil;

III - os conselhos de acompanhamento e controle social previstos na Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, e os Conselhos de Assistência Social e de Saúde; e

IV - o Tribunal de Contas da União.

Parágrafo único. A representação será dirigida ao Ministério que concedeu a certificação e conterá a qualificação do representante, a descrição dos fatos a serem apurados e, sempre que possível, a documentação pertinente e demais informações relevantes para o esclarecimento do seu objeto.

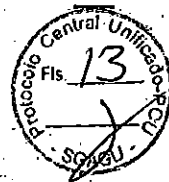
Art. 28. Caberá ao Ministério competente:

I - dar ciência da representação à entidade, que terá o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de defesa; e

II - decidir sobre a representação, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da apresentação da defesa.

§ 1º Se improcedente a representação de que trata o inciso II, o processo será arquivado.

¹ Lei n. 12.101, de 2009. Art. 21, § 5º O processo administrativo de certificação deverá, em cada Ministério envolvido, contar com plena publicidade de sua tramitação, devendo permitir à sociedade o acompanhamento pela internet de todo o processo.



CÓPIA

§ 2º Se procedente a representação de que trata o inciso II, após decisão final ou transcorrido o prazo para interposição de recurso, a autoridade responsável deverá cancelar a certificação e dar ciência do fato à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

11. Com referidas distinções trazidas no próprio diploma legal, entende-se que o ato de concessão ou de renovação de CEBAS é ato meramente administrativo voltado à qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos, por isso, de natureza não tributária, de competência exclusiva do Ministério certificador, sobre a qual a SRFB não tem ingerência, tanto que somente se encontra legitimada a atacar o ato concessivo ou de renovação da certificação por procedimento administrativo não fiscal, cristalinamente delineado na Lei n. 12.101, de 2009.

Entidade sem fins lucrativos: exigência comum ao procedimento de certificação e ao procedimento de isenção; dúvida quanto ao agir administrativo de aferição de requisito.

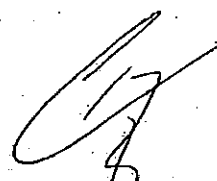
12. Causa estranheza, contudo, que, a par de os requisitos para a concessão do CEBAS apresentarem-se como elementos para a produção de um ato administrativo não tributário (certificação), alguns deles (não ter fins lucrativos) possuem idêntica semântica no art. 29, apresentando-se, por isso e também, como requisitos de isenção, o que pode levar o Estado a agir de modo diferente e a produzir resultados distintos. Por exemplo, um Ministério certifica com CEBAS determinada entidade, por óbvio, por ser sem fins lucrativos, além de preencher os demais requisitos, e a SRFB, ao verificar os requisitos de isenção e sobre os mesmos fatos, dados e período, entende que a entidade distribui resultados ou dividendos entre os sócios ou mesmo remunera seus sócios, ou seja, possui fins lucrativos, e por isso suspende-lhe o direito à isenção em procedimento administrativo fiscal.

13. Referida dinâmica não contribui para a aplicação efetiva da Lei e muito menos favorece o agir estatal que pode se deparar com situações em que seus órgãos integrantes (Ministérios e SRFB) confrontam-se, enquanto o particular espera uma resposta uníssona do Estado.

14. Explica-se: o art. 3º da Lei n. 12.101, de 2009, ao tratar da certificação ou renovação de CEBAS, prevê, em seu inciso I, que a entidade seja constituída como pessoa jurídica nos termos do caput do art. 1º, ou seja, ser pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, entre outras exigências.

15. Mas o que representa sem entidade sem fins lucrativos? Pela lição doutrinária de Luciano Amaro², a "inexistência de fim lucrativo" foi corretamente traduzida pelo art. 14 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), ao estabelecer a "não-distribuição de patrimônio ou renda", ou seja, entidade sem fim lucrativo seria aquela cujo criador (ou instituidor ou mantenedor, ou associado, ou filiado) não tenha fim de lucro pra si, o que, obviamente, não impede que a entidade aufera resultados positivos (ingressos financeiros, eventualmente superiores às despesas) na sua atuação. Assim, de acordo com o referido doutrinador, quem cria a entidade é que não pode visar a lucro, ou seja, a entidade será, por decorrência, sem fim de lucro, o que não impede que ela aplique a disponibilidades de caixa e aufera renda, ou que, eventualmente, tenha, em certo período, um ingresso financeiro líquido positivo (superávit).

² AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 156.


13

CÓPIA

16. Acrescenta, ainda, Luciano Amaro³ que o mencionado superávit não é lucro. Para ele, lucro é conceito afeto à noção de "empresa", coisa que a entidade não é, nas referidas condições, justamente porque lhe falta o fim de lucro (vale dizer, a entidade foi criada não para dar lucro ao seu criador, mas sim para atingir uma finalidade altruísta).
17. Nesse mesmo sentido encontra-se a disciplina normativa contida no art. 12, § 3º, da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, que, ao conceituar entidade sem fins lucrativos, dispôs que seria aquela que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.
18. Dessa forma, para fins de gozo da imunidade tributária prevista no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, a entidade não deve ter fins lucrativos, ou seja, a entidade não deve se apropriar dos seus resultados operacionais, de modo que os sócios dessas entidades não recebam qualquer distribuição, direta ou indireta, dos lucros da mesma, sendo tais valores integralmente reinvestidos na sua manutenção, seu aprimoramento e no cumprimento de seus objetivos institucionais.
19. Por sua vez, alguns requisitos de isenção constantes do art. 29 da Lei n. 12.101, de 2009, de competência da SRFB, trazem requisitos, cujas definições traduzem o mesmo conceito de entidade sem fins lucrativos, indispensável à certificação, como, por exemplo, de *I - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos; II - aplique suas rendas, seus recursos e eventual superávit integralmente no território nacional, na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais; V - não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto.*
20. A que conclusão chegar? Ser *sem fim lucrativo* apresenta-se tanto como requisito para a certificação e aí de competência, para aferição, do Ministério certificador, como também é requisito de isenção e aí de competência da SRFB? O que isso representa? Um órgão sobrepondo-se a outro para que o ato administrativo produzido tenha validade e eficácia? Não nos parece a melhor resposta, mas a Lei expressa que, ao analisar referido requisito, pode a SRFB lavrar auto de infração, sendo considerado automaticamente suspenso o direito à isenção, o que sequer precisa ser comunicado ao órgão certificador (arts. 31 e 32 da Lei n. 12.101, de 2009).
21. Em síntese, parece-nos que foi conferida legitimação a dois órgãos distintos para um requisito comum, o que deve ser, salvante melhor entendimento, dirimido pelo Advogado-Geral da União, até mesmo para delimitar a atuação e forma de agir de cada órgão envolto para a produção da vontade estatal.

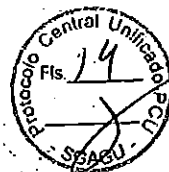
Proposta de solução para a análise do requisito "sem fins lucrativos": análise pelo órgão certificador dos atos constitutivos e documentos formais apresentados.

22. Extraindo o sentido e o alcance da Lei do CEBAS, e, tendo em conta não haver palavras inúteis nela, razoável entender que ao se debruçar sobre as condições e requisitos para a certificação ou renovação do CEBAS, o Ministério responsável analisará a condição da

³ AMARO, Luciano, *Direito Tributário Brasileiro*, p. 156.



CÓPIA



pessoa jurídica - se é sem fins lucrativos - cotejando apenas os documentos formais apresentados pela entidade, porque a Lei, em seu art. 3º, ao enumerar as condições para a certificação, exige que a pessoa jurídica demonstre tal situação por intermédio de sua constituição, devendo, ainda, prever em seus atos constitutivos a destinação do eventual patrimônio remanescente a entidade sem fins lucrativos congêneres ou a entidades públicas em caso de dissolução ou extinção, senão vejamos:

Art. 3º A certificação ou sua renovação será concedida à entidade beneficente que demonstre, no exercício fiscal anterior ao do requerimento, observado o período mínimo de 12 (doze) meses de constituição da entidade, o cumprimento do disposto nas Seções I, II, III e IV deste Capítulo, de acordo com as respectivas áreas de atuação, e cumpra, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - seja constituída como pessoa jurídica nos termos do caput do art. 1º; e

II - preveja, em seus atos constitutivos, em caso de dissolução ou extinção, a destinação do eventual patrimônio remanescente a entidade sem fins lucrativos congêneres ou a entidades públicas.

23. Em outros verbetes, a aferição pela autoridade certificadora de ser a entidade requerente sem fins lucrativos dar-se-á em cotejo com os atos constitutivos da pessoa jurídica interessada, não soando razoável que adentre substancialmente na veracidade das alegações e que confira todos os atos materiais produzidos pela entidade em sua existência, mesmo porque tais atos constitutivos são registrados no órgão competente (Registro Civil das Pessoas Jurídicas - RCPJ) e os dados e documentos apresentados perante a Administração Pública, em caso de falsidade, podem sujeitar o requerente à responsabilização penal, entre outras consequências. Não se descarta, ainda, que os atos registrados no RCPJ tem por fim garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, o que também irradia seus efeitos perante o Ministério certificador.

24. Por conseguinte, na verificação dos requisitos da isenção (art. 29 da Lei do CEBAS), é que efetivamente a entidade requerente deverá demonstrar que é pessoa jurídica sem fins lucrativos, vale dizer, *I - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos; II - aplique suas rendas, seus recursos e eventual superávit integralmente no território nacional, na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais; V - não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto, entre outros.*

25. Perceba-se que a Lei tracejou a distinção carreada e defendida na presente manifestação, exigindo, no momento da certificação, apenas a observância dos atos constitutivos apresentados, mesmo porque a entidade requerente pode pretender o CEBAS apenas e tão-somente para formar parcerias com a União, dela recebendo transferências voluntárias, o que, na prática, ocorre várias Organizações Não Governamentais que atuam na área de saúde.

26. Ao se pretender a imunidade tributária, contudo, a requerente pode e deve passar por crivo mais exauriente, inclusive, fiscalização, a qualquer tempo, pela SRFB⁴, para

⁴ Art. 32. Constatado o descumprimento pela entidade dos requisitos indicados na Seção I deste Capítulo, a fiscalização da Secretaria da Receita Federal do Brasil lavrará o auto de infração relativo ao

CÓPIA

se aferir a veracidade das informações formalmente prestadas, devendo atender efetivamente aos seguintes requisitos:

Art. 29. A entidade beneficente certificada na forma do Capítulo II, fará jus à isenção do pagamento das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, desde que atenda, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

I - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos;

II - aplique suas rendas, seus recursos e eventual superávit integralmente no território nacional, na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais;

III - apresente certidão negativa ou certidão positiva com efeito de negativa de débitos relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e certificado de regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;

IV - mantenha escrituração contábil regular que registre as receitas e despesas, bem como a aplicação em gratuidade de forma segregada, em consonância com as normas emanadas do Conselho Federal de Contabilidade;

V - não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto;

VI - conserve em boa ordem, pelo prazo de 10 (dez) anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem e a aplicação de seus recursos e os relativos a atos ou operações realizados que impliquem modificação da situação patrimonial;

VII - cumpra as obrigações acessórias estabelecidas na legislação tributária;

VIII - apresente as demonstrações contábeis e financeiras devidamente auditadas por auditor independente legalmente habilitado nos Conselhos Regionais de Contabilidade quando a receita bruta anual auferida for superior ao limite fixado pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

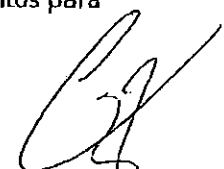
Silêncio normativo quanto ao órgão responsável pela análise de requisitos de isenção: necessidade de uniformização pelo Advogado-Geral da União.

27. Há de se registrar, de plano, que tanto a Lei n. 12.101, de 2009, quanto o Decreto n. 7.237, de 2010, são silentes acerca da competência para se aferir os requisitos de isenção constantes do art. 29 da Lei em tela.

28. O art. 31 da Lei do Cebas apenas dita que o direito à isenção poderá ser exercido pela entidade a contar da data da publicação da concessão de sua certificação, desde que, por óbvio, atendido os requisitos de isenção constantes da citada Lei, não mencionando, contudo, quem será o competente para referida análise.

29. A sistemática anterior à edição da Lei n. 12.101, de 2009, indicava caber referida atribuição (análise de requisitos de isenção) à SRFB, conforme já encampado pelo STF que, ilustrativamente, negou provimento ao Mandado de Segurança n. 13.692/DF por ter sido impetrado contra ato do Ministro de Estado da Previdência Social e não contra ato da SRFB, encampando, inclusive, manifestação da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da

período correspondente e relatará os fatos que demonstram o não atendimento de tais requisitos para o gozo da isenção.



AI90



CÓPIA

Previdência Social, *verbis*.

7. Por fim, o argumento da Recorrente de que teria havido a decadência do crédito tributário cobrado não pode ser analisado neste recurso ordinário.

O Mandado de Segurança n. 13.692/DF foi impetrado pela ora Recorrente no Superior Tribunal de Justiça contra ato do Ministro de Estado da Previdência Social, a fim de se discutir eventual direito líquido e certo ao Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - Cebas.

O lançamento e a cobrança de créditos tributários, feitos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, não podem ser discutidos neste mandado de segurança, no qual se aponta autoridade coatora distinta.

Sobre esse ponto bem se manifestou a Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social:

"No que pertine à relação que pretende fazer o impetrante entre a suposta decadência dos créditos decorrentes e o CEBAS cancelado, cumpre deixar claro que tal argumentação não merece prosperar, pois confunde institutos completamente distintos: certificados e isenção.

Isso porque, não há que se confundir o procedimento de certificação de uma entidade como beneficente de assistência social, que tem seu trâmite perante o Conselho Nacional de Assistência Social (em primeira instância administrativa) e perante o Ministro de Estado da Previdência Social (em sede recursal) e o procedimento de isenção que tramita perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRFB.

O equívoco pode ser claramente percebido quando se observa a autoridade apontada como coatora. O Ministro de Estado da Previdência Social não possui qualquer competência para proceder ao lançamento de eventuais créditos tributários, o que, com o advento da Lei 11.457, de 2007, ficou a cargo da SRFB"

28. No âmbito do Ministério da Saúde, repita-se, o Departamento de Certificação de Entidades Beneficentes de Assistência Social do Ministério da Saúde - DCEBAS/SAS/MS - analisa apenas os requisitos para a certificação, estancando aí sua atribuição administrativa, adotando, pois, a sistemática anteriormente sedimentada no que tange ao CEBAS. Após referido procedimento administrativo, expede ofício à SRFB comunicando concessão, renovação etc. para demais providências.

29. Aqui necessário que seja conferida interpretação pacificadora para que não sejam proferidos entendimentos diversos ante a lacuna normativa, o que, a vista dos órgãos envolvidos (SRFB e Ministérios), deve ser dirimido pelo Advogado-Geral da União.

30. Avançando para um arremate, entendemos que a Lei n. 12.101, de 2009, traz matérias de naturezas distintas, quais sejam a) eminentemente administrativa como a concessão, a renovação e o indeferimento de CEBAS; b) tributária como aferição de requisitos para isenção/imunidade. Aquela de competência do Ministério certificador, esta da SRFB.

Procedimento de certificação: interpretação/aplicação Jungida ao sistema administrativista, não devendo obediência ao sistema jurídico tributário.

31. Por a certificação, renovação e cancelamento apresentar-se como ato de natureza administrativa, atraem todo o sistema administrativista (princípios, textos, normas e regras regentes do Direito Administrativo), diferentemente do ato verificador dos requisitos de isenção que atraem, por tal natureza, a órbita tributária do ordenamento jurídico pátrio. Em outro vértice, quer-se dizer que, no âmbito administrativo, o agir administrativo pode se revestir de preocupações outras que não o decorrente da rígida obediência à legalidade, podendo, ilustrativamente, prestigiar a continuidade administrativa

[Assinatura] 15

e interesse público primário, a exemplo de sobrelevar o princípio constitucional da continuidade administrativa em detrimento de uma simples irregularidade ou ofensa a texto legal.

32. Portanto, a perspectiva hermenêutica tributária não deve espargir seus efeitos jurídicos sobre os requisitos necessários à concessão, renovação ou indeferimento de CEBAS, nem nortear o agir administrativo nessa fase, porquanto jungido ao espectro administrativista.

O RMS 28.456/DF, 1ª Turma do STF; concessão de Cebas como requisito para obtenção de imunidade. Fundamento que deve restar adstrito aos atos praticados sob a égide da Lei n. 8.212, de 1991.

33. Recentemente a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 28.456/DF, por unanimidade, negou provimento ao recurso em que se insurgia contra decisão do Conselho Nacional de Assistência Social que cancelara o CEBAS de uma Fundação, relativo ao período de 1.1.1998 a 31.12.2000. As razões do *decisum* podem ser assim sintetizadas pelos votos dos Ministros Dias Toffoli e Cármen Lúcia:

Também reconheço, da mesma forma como o fez a eminente Relatora, a inaplicabilidade, à exegese do presente caso, das decisões proferidas na apreciação das medidas cautelares nos autos das ADI nºs 2.036/DF e 2.028/DF, pois, em ambas, se questiona a constitucionalidade dos arts. 1º (na parte em que alterou a redação do art. 55, inciso III, da Lei nº 8.212/91 e a ele acrescentou os §§ 3º, 4º e 5º); 4º; 5º e 7º da Lei nº 9.732/98, os quais cuidam da implementação da referida imunidade, propriamente dita, mas não quanto à concessão do certificado de entidade beneficente de assistência social, que é apenas um dos requisitos para que se possa obter a imunidade.

34. Conquanto não tenha sido parte dispositiva do julgado, o fundamento precedentemente destacado do pronunciamento jurisdicional da Suprema Corte, qual seja de que a concessão do certificado de entidade beneficente de assistência social é um requisito para se obter a imunidade, hoje não mais se sustenta frente à edição da Lei n. 12.101, de 2009, que revogará o art. 55 da Lei n. 8.212, de 1991.

35. Isso porque a Lei n. 8.212, de 1991, em seu art. 55, ao versar sobre os requisitos de isenção para as entidades beneficentes de assistência social, exigia que ela preenchesse cumulativamente vários requisitos, entre os quais ser portadora do Registro e do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS:

Art. 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:

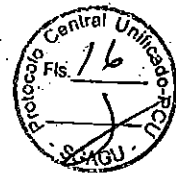
I - seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal;

II - seja portadora do Certificado e do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos;

II - seja portadora do Registro e do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, fornecidos pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos;



CÓPIA



III - promova a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes;

III - promova, gratuitamente e em caráter exclusivo, a assistência social beneficente a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência;

IV - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título;

V - aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais apresentando, anualmente ao órgão do INSS competente, relatório circunstanciado de suas atividades.

§ 1º Ressalvados os direitos adquiridos, a isenção de que trata este artigo será requerida ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, que terá o prazo de 30 (trinta) dias para despachar o pedido.

§ 2º A isenção de que trata este artigo não abrange empresa ou entidade que, tendo personalidade jurídica própria, seja mantida por outra que esteja no exercício da isenção.

§ 3º Para os fins deste artigo, entende-se por assistência social beneficente a prestação gratuita de benefícios e serviços a quem dela necessitar.

§ 4º O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS cancelará a isenção se verificado o descumprimento do disposto neste artigo.

§ 5º Considera-se também de assistência social beneficente, para os fins deste artigo, a oferta e a efetiva prestação de serviços de pelo menos sessenta por cento ao Sistema Único de Saúde, nos termos do regulamento.

§ 6º A inexistência de débitos em relação às contribuições sociais é condição necessária ao deferimento e à manutenção da isenção de que trata este artigo, em observância ao disposto no § 3º do art. 195 da Constituição.

36. A Lei n. 12.101, de 2009, revogou o art. 55 da Lei n. 8.212, de 1991, e dispôs no art. 29 que, para ter direito à isenção, a entidade beneficente certificada com o CEBAS, deveria atender aos requisitos constantes do inciso I ao VIII, que devem ser preenchidos cumulativamente:

Art. 29. A entidade beneficente certificada na forma do Capítulo II fará jus à isenção do pagamento das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, desde que atenda, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

I - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos;

II - aplique suas rendas, seus recursos e eventual superávit integralmente no território nacional, na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais;

III - apresente certidão negativa ou certidão positiva com efeito de negativa de débitos relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e certificado de regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;

IV - mantenha escrituração contábil regular que registre as receitas e despesas, bem como a aplicação em gratuidade de forma segregada, em consonância com as normas emanadas do Conselho Federal de Contabilidade;

V - não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto;

VI - conserve em boa ordem, pelo prazo de 10 (dez) anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem e a aplicação de

seus recursos e os relativos a atos ou operações realizados que impliquem modificação da situação patrimonial;

VII - cumpra as obrigações acessórias estabelecidas na legislação tributária;

VIII - apresente as demonstrações contábeis e financeiras devidamente auditadas por auditor independente legalmente habilitado nos Conselhos Regionais de Contabilidade quando a receita bruta anual auferida for superior ao limite fixado pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

37. De fácil percepção, portanto, até mesmo confrontando o art. 29 da Lei n. 12.101, de 2009, com o art. 55 da Lei n. 8.212, de 1991, que a Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social deixou de ser requisito de isenção, motivo pelo que o fundamento carreado na manifestação do STF deve ser restrito a fatos ocorridos sob a égide da Lei revogada, o que corrobora os argumentos aqui discorridos e prática empreendida pelo Ministério da Saúde.

CONCLUSÃO

38. A vista dos argumentos aqui expendidos, entende-se que:

I - Os atos atinentes à certificação de entidades beneficentes de assistência social - CEBAS - apresentam natureza meramente administrativa.

II - Os atos de concessão, renovação ou indeferimento de CEBAS encontram-se jungidos ao sistema jurídico administrativista e não ao campo normativo tributário, sendo, ainda, de competência exclusiva dos Ministérios certificadores.

III - O CEBAS conferido à pessoa jurídica, sem fins lucrativos, representa apenas à sua qualificação/adjetivação, não se confundindo, pois, com requisito para o gozo de isenção/imunidade tributária, ante a revogação do art. 55 da Lei n. 8.212, de 1991, especialmente o inciso II, pela Lei n. 12.101, de 2009.

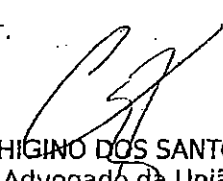
IV - o conceito de "sem fins lucrativos" tem seu significado reproduzido tanto como requisito para a certificação quanto requisito para isenção tributária, o que deve ser aclarado pela Advocacia-Geral da União, até mesmo para orientar a atuação dos Ministérios certificadores e da Secretaria de Receita Federal do Brasil, evitando, assim, dubiedades na emissão de vontade do Estado.

V - esta Consultoria Jurídica prega o entendimento de que ser "sem fins lucrativos" configura-se tanto como requisito para a certificação das entidades interessadas como também é requisito de isenção tributária, valendo destacar, contudo, que a análise pelo órgão certificador deve-se cingir ao cotejo com os atos constitutivos apresentados, ao passo que na análise de requisitos de isenção é que se atravessa crivo exauriente, inclusive fiscalização.

39. São essas, pois, as singelas contribuições dadas por esta Coordenação de Legislação e Normas, que, à vista da nítida distinção entre a natureza jurídica meramente administrativa que envolve a certificação e a natureza jurídica tributária que clausula os requisitos de isenção tributária, roga por uniformização de entendimento, inclusive do Advogado-Geral da União.

À consideração superior.

Brasília, 19 de junho de 2012.


ELIAS HIGINIO DOS SANTOS NETO
Advogado da União

Chefe da Divisão de Legislação Aplicada e Estudos Normativos

CÓPIA



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

DESPACHO Nº 433 /2012/VAR/CODELEGIS/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU

PROCESSO/SIPAR Nº 25000.081201/2012-72

INTERESSADO: PGU/AGU

ASSUNTO: Natureza jurídica do ato de concessão do CEBAS.

Referente ao SISCON 3.3

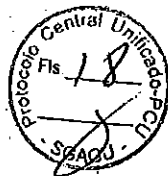
Aprovo sem ressalvas o Parecer retro.

À consideração superior.

Brasília-DF, 19 de junho de 2012.

VANESSA AFFONSO ROCHA
Advogada da União
Coordenadora de Legislação e Normas
CODELEGIS/COGEJUR/CONJUR/MS

CÓPIA



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

DESPACHO Nº 4792 /2012/FB/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU

PROCESSO/SIPAR Nº 25000.081201/2012-72

INTERESSADO: Izabel Vinchon Nogueira de Andrade - Subprocuradora-Geral da União (PGU/AGU).

ASSUNTO: Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social

Referente ao SISCON nº 3.3, nº 3.3, nº 3.7 e 15.5

Senhor Consultor Jurídico do Ministério da Saúde,

Estou de acordo com a manifestação retro, no sentido de que o ato de concessão de certificado de entidade beneficente de assistência social possui natureza eminentemente administrativa, totalmente distinta do ato posteriormente expedido de reconhecimento do direito à isenção tributária em favor da entidade certificada, esse sim de natureza tributária. Além disso, há necessidade de uniformização de entendimento jurídico sobre a aplicação da Lei nº 12.101/2009 diante das controvérsias existentes na própria lei sobre: a) qual o órgão competente para análise de requisitos comuns tanto para certificação quanto para reconhecimento do direito à isenção tributária, o que poderá gerar entraves administrativos entre os Ministérios certificadores e a Secretaria da Receita Federal do Brasil diante da possibilidade da SRFB ser órgão revisor das análises efetuadas pelos Ministérios certificadores e, principalmente, insegurança jurídica para os administrados em relação à necessidade de posição única a ser firmada pela Administração Pública Federal sobre a matéria; e b) qual o órgão competente para análise dos pedidos formulados pelas entidades certificadas de reconhecimento do direito à isenção tributária, ante o silêncio da Lei nº 12.101/2009 e do Decreto nº 7.237/2010, que a regulamentou.

À consideração superior, s. m. j.

Fabício Oliveira Braga
FABRÍCIO OLIVEIRA BRAGA

Coordenador-Geral de Acompanhamento Jurídico - COGEJUR/CONJUR/MS

De acordo com o Despacho retro. Ante o exposto, ao Apoio Administrativo para: a) inicialmente, encaminhar os expedientes anexos: a.1) à Procuradoria-Geral da União, em resposta ao Memorando nº 133/2012-PGU/AGU; e a.2) à Consultoria-Geral da União, para uniformização da matéria; e b) em seguida, o arquivamento dos autos até o dia 01/08/2012, com restituição dos autos à CODELEGIS para novas providências.

Brasília-DF, 21 de junho de 2012.

JEAN KEIJI UEMA
JEAN KEIJI UEMA

Consultor Jurídico do Ministério da Saúde

Esplanada dos Ministérios, Bloco G, 6º andar, CEP 70.058-901, Brasília (DF) - Telefone: (61) 3315-2304
Endereço eletrônico: conjur@saude.gov.br

18



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER Nº 055/2015/DECOR/CGU/AGU

NUP: 25000.105790/2012-91.

INTERESSADAS: Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (CRJ/PGFN), Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde (CONJUR/MS), Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (CONJUR/MDS) e Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação (CONJUR/MEC).

ASSUNTO: Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS).

CEBAS: ÓRGÃO FEDERAL COMPETENTE PARA REPRESENTAR A UNIÃO EM JUÍZO – VERIFICAÇÃO DA AUSÊNCIA DE FINALIDADE LUCRATIVA DA ENTIDADE – NATUREZA VINCULADA DO ATO DE CERTIFICAÇÃO.

I - No que tange ao órgão federal competente para representar em juízo a União nas ações relativas ao CEBAS, se: I.a) a entidade, no processo judicial, requerer, apenas, a 'certificação', com base nos artigos 1º, 3º e 4º a 11 (saúde), ou, 12 a 17 (educação), ou, 18 a 20 (assistência social), todos da Lei nº 12.101/2009, a atribuição é de umas das unidades da Procuradoria-Geral da União; I.b) a pessoa jurídica, no processo judicial, pleitear, somente, a "isenção" (imunidade) tributária, com fulcro no art. 29 da Lei nº 12.101/2009, a incumbência é de umas das unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; e I.c) a entidade, no processo judicial, requerer tanto a 'certificação', embasada nos artigos 1º, 3º e 4º a 11 (saúde), ou, 12 a 17 (educação), ou, 18 a 20 (assistência social), todos da Lei nº 12.101/2009, quanto a "isenção" (imunidade) tributária, com esteio no art. 29 da Lei nº 12.101/2009, a atribuição é de umas das unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;

II - Compete aos Ministérios certificadores (MS, MEC e/ou MDS) aferir, de modo exauriente, a ausência de finalidade lucrativa da respectiva pessoa jurídica, com a análise, para tal, dos documentos pertinentes, tais como, dos atos constitutivos, das demonstrações contábeis, dentre outros; e

III - O ato administrativo de certificação/renovação do CEBAS é inteiramente vinculado, não comportando flexibilização, pela “técnica da ponderação”, dos requisitos exigidos na legislação aplicável.
(CÓD.EMENT. 7.1)

Senhor Coordenador-Geral de Orientação,

I – RELATÓRIO:

1. Trata-se de expediente enviado à Consultoria-Geral da União pela Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (CRJ/PGFN), por meio do ‘Ofício nº 270/2015/PGFN/PGA’, de 20 de fevereiro de 2015, a fim de que fossem apreciadas as teses jurídicas conflitantes, formuladas pela CONJUR/MS (‘PARECER Nº 730/2012/EHSN/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU’) e pela PGFN (‘PARECER/PGFN/CAT/Nº 284/2013’), em relação à interpretação da Lei nº 12.101/2009.

2. Mais precisamente, mediante a ‘NOTA PGFN/CRJ/Nº 159/2015’, a Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (CRJ/PGFN) sugeriu a remessa do presente feito à Consultoria-Geral da União, a fim de que fossem uniformizados três aspectos relacionados ao Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS), quais sejam: a) o órgão federal responsável pela representação judicial da União nas lides relativas ao CEBAS; b) a atribuição relativa à aferição do requisito inerente à ‘ausência de finalidade lucrativa’ da respectiva entidade, exigido tanto para a certificação (artigos 1º e 3º, ambos da Lei nº 12.101/2009) quanto para a obtenção de imunidade tributária (artigo 29 da Lei nº 12.101/2009); e c) a natureza vinculada dos atos relacionados à certificação e a possibilidade, ou, não, de haver, por parte do órgão certificador, a flexibilização de algum requisito, por meio da “ponderação”. Senão vejamos:

24. Apresentadas as considerações acima, sugere-se que, uma vez aprovadas, seja remetido o presente Processo Administrativo à Consultoria-Geral da União, para fins de uniformização dos entendimentos constantes no presente expediente, referente à representação judicial da União, bem como no PARECER/PGFN/CAT/Nº 284/2013, quanto: a) ao alcance da expressão “sem fins lucrativos”, especificamente quanto à necessidade de análise das demonstrações contábeis das entidades pelos Ministérios certificadores; e b) à natureza vinculada dos atos relativos à certificação. (Destacamos)

3. Em seguida, o presente feito foi encaminhado a este Departamento da Consultoria-Geral da União, tendo em vista a sua incumbência de participar no deslinde de controvérsias jurídicas entre órgãos e entidades da administração pública federal, bem como de orientar e coordenar as Consultorias Jurídicas no que se refere à correta aplicação da lei, nos moldes dos artigos 3º, VI e 9º, I, “a” e “b”, do Ato Regimental nº. 5/AGU, de 27/09/2007.

4. Ato contínuo, tendo vista que, além da PGFN (em razão das implicações de natureza tributária^[1]) e da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde (CONJUR/MS), o tema envolve as áreas de atuação das Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (CONJUR/MDS) e da Educação (CONJUR/MEC), consoante se extrai do artigo 1º da Lei nº. 12.101/2009, sugeriu-se, por meio de ‘Cota’, a remessa do expediente à CONJUR/MEC e À CONJUR/MDS, para que pudessem externar as respectivas

manifestações jurídicas acerca de todos os aspectos jurídicos em questão.

5. Posteriormente, tanto a **CONJUR/MDS**, por meio do 'PARECER Nº 00123/2015/CONJUR-MDS/CGU/AGU', quanto a **CONJUR/MEC**, mediante o 'PARECER Nº 302/2015/CONJUR-MEC/CGU/AGU', posicionaram-se acerca dos temas indicados na mencionada 'Cota', frisando-se que a **CONJUR/MDS** já houvera se posicionado acerca do item 'b' contido no parágrafo '2' supra no 'PARECER Nº 0480/2012/CONJUR-MDS/CGU/AGU'.

6. Por fim, o presente feito retornou a este Departamento para a emissão da respectiva manifestação jurídica acerca dos pontos abordados no processo em epígrafe.

É o relatório. Passa-se a opinar.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

7. Os três aspectos, inerentes ao Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS), apreciados no presente feito (a) o órgão federal responsável pela representação judicial da União nas lides relativas ao CEBAS; b) a atribuição relativa à aferição do requisito inerente à 'ausência de finalidade lucrativa' da respectiva entidade; e c) a natureza vinculada dos atos relacionados à certificação e a possibilidade, ou, não, de haver, por parte do órgão certificador, a flexibilização de algum requisito, por meio da ponderação), serão, mediante os subtópicos que seguem abaixo, abordados separadamente.

II.A) DA REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA UNIÃO NAS LIDES RELACIONADAS AO CEBAS:

8. Inicialmente, vale dizer que, em relação à questão do órgão federal responsável pela representação judicial da União nas lides relativas ao CEBAS, ou seja, se uma das unidades da Procuradoria-Geral da União (PGU) ou da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), não se verifica, compulsando-se as manifestações jurídicas editadas no âmbito da Advocacia-Geral da União, divergência a ser sanada pela Consultoria-Geral da União.

9. De fato, às unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), incumbe a atuação nas causas com natureza fiscal, ao passo que, às unidades da Procuradoria-Geral da União (PGU), compete representar judicialmente a União nas questões não-fiscais, conforme se extrai do § 3º do artigo 131 da CF, bem como do inciso V do artigo 12 e do artigo 9º, ambos da Lei Complementar nº 73/1993.

10. Nesse cenário, a Consultoria-Geral da União, nos autos do processo administrativo de nº 00400.002135/2008-62, mediante o 'Parecer AGU SF/04/2008', aprovado por 'Despacho' do Consultor-Geral da União e do Advogado-Geral da União, entendeu, com base no princípio da eficiência e no disposto na Ordem de Serviço AGU nº 7/2007, que, nas causas de natureza mista (fiscal e não fiscal), com predominância da questão fiscal, a Procuradoria da Fazenda Nacional seria o órgão federal competente para representar a União em juízo em todos os aspectos discutidos na lide, nos seguintes termos:

Cumpra admitir que, de fato, a questão substancial de fundo e, portanto, predominantemente é a fiscal, tendo em vista que o direito à indenização seria consequência do deferimento do pedido de repetição de indébito. É, em outras palavras, questão acessória dependente da principal, motivo pelo qual costuma-se dizer que o 'acessório segue o principal'. Assim, é mais racional, menos burocrático, tendo em vista aos princípios constitucionais da Administração Pública da eficiência e da economicidade (CF, arts. 37, caput; art. 70, caput) que a Procuradoria da Fazenda Nacional seja considerada o órgão jurídico legitimado para representar a União, em face de todo o processo, nas causas de natureza mista como esta (causas que, ao mesmo tempo, apresentem nuances fiscal e não-fiscal), sendo predominante a questão de natureza fiscal, posto que, no caso em tela, a indenização só tem cabimento, caso concorra, também, o direito da repetição de indébito [...] esta questão já foi, recentemente, dirimida pelo Excelentíssimo senhor Advogado-Geral da União, através de Ordem de Serviço nº 7, de 19 de outubro de 2007 [...], com a seguinte redação: 'V – Nas causas de natureza fiscal em que seja deduzido pedido de invalidação de débitos inscritos em dívida ativa da União, havendo, cumulativamente, pedido de reparação de danos materiais/morais em decorrência de inscrição de nomes no Cadin, caberá à Procuradoria da Fazenda Nacional a representação da União em face de todo o processo' [...] Isto posto [...] nas causas de natureza simultânea fiscal e não fiscal, a Procuradoria da Fazenda Nacional deve ser citada, para representar a União em face de todo o processo, e não apenas no aspecto tributário ou fiscal do litígio, enquanto que a Procuradoria da União, nesses casos, não deve ser citada, para representar a União, nem mesmo quanto aos aspectos não fiscais da lide. (Grifos nossos)

11. Nesse sentido, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nos autos dos processos administrativos de nºs 00407.003691/2008-96 e 00407.003924/2006-99, ao analisar a questão relativa ao órgão federal competente para representar a União em julgo nas lides relacionadas ao CEBAS, externou, por meio do 'Parecer/PGFN/CRJ/ nº 2206/2008', que tal definição deveria ser aferida com base no(s) pedido(s) formulado(s) pela parte no respectivo processo judicial, isto é, se de natureza fiscal, e/ou, não, nos seguintes termos:

13. Em face do exposto, tendo em vista as múltiplas finalidades do Certificado em questão, conclui-se que a representação da União deverá se dar da seguinte forma: a) Em ações judiciais onde se requer a expedição de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, para fins de cumprimento do requisito da isenção/imunidade tributária, prevista no art. 195, § 7º, da Constituição Federal de 1988, a representação da União deverá ficar a cargo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Neste caso, estar-se-á debatendo a existência de requisito para a fruição de benefício fiscal (imunidade), causa de natureza fiscal, portanto, nos termos do parágrafo único do art. 12 da Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993; b) Nas demais hipóteses, como em ações em que o CEBAS for requerido como requisito para a participação em programas governamentais e assistência social e para o recebimento de recursos públicos dele decorrentes, a representação da União ficará a cargo da Procuradoria-Geral da União; c) Havendo pedidos cumulados, a solução deverá ser aquela adotada no Parecer AGU/SF/04/2008, que fixou o seguinte entendimento: 'em causas em que haja pedido de natureza fiscal cumulado com pedido de natureza não-fiscal, sendo esse (não-fiscal) acessório daquele (fiscal), a competência para a defesa da União em julgo será das unidades da Procuradoria da Fazenda Nacional.' A atribuição, portanto, será do órgão a que couber a elaboração da defesa da União na

questão principal veiculada na ação. (Destaque nosso)

12. Em seguida, a Procuradoria-Geral da União, nos autos do processo administrativo de nº 00405.009166/2011-08, por meio do 'Parecer nº 25/2012/FMA/DSP/PGU/AGU', sinalizou entender no mesmo sentido, senão vejamos:

11. Nesse sentir, quando a causa de pedir tratar unicamente da concessão do Certificado, seria de atribuição, da Procuradoria-Geral da União, a defesa, salvo quando o que se for discutir sejam os requisitos para a isenção previstos nos parágrafos do art. 29, quando, aí sim, seria de atribuição da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. (Grifamos)

13. Depois, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, mediante a 'Nota PGFN/CRJ/Nº 159/2015', convergindo com os posicionamentos elencados, assim externou:

18. Dessa forma, faz-se mister a manutenção do entendimento consagrado no Parecer PGFN/CRJ/Nº 2206/2008 que, embora tenha feito análise jurídica com base em legislação já revogada (art. 55 da Lei nº 8.212/91), concluiu que a representação judicial da União dependerá da questão veiculada na ação, conforme regras de competência estabelecidas pela Lei Complementar nº 73, de 1993. Assim, "em ações judiciais onde se requerer a expedição de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, para fins do cumprimento de requisito da isenção/imunidade tributária, prevista no art. 195, §7º da Constituição Federal de 1988, a representação da União deverá ficar a cargo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional" (grifou-se), por se tratar de pedido de natureza fiscal. Nas demais hipóteses, a União será representada pela Procuradoria-Geral da União [...] 19. Não há razão para não se manter esse entendimento diante da legislação atualmente em vigor (Lei nº 12.101, de 2009), que confere competências diversas a órgãos diversos da Administração Pública Federal Direta. A representação judicial da União, portanto, será determinada de acordo com o pleito principal da ação, nos termos da Lei Complementar nº 73, de 1993, c/c o Parecer AGU/SF /04/2008. 20. Portanto, se o pedido for apenas para a concessão da certificação, sem que se especifique a finalidade ou seja possível extraí-la dos fundamentos da petição inicial (causa de pedir), não haverá interesse imediato da Fazenda Nacional, porquanto a finalidade buscada pela entidade é desconhecida (poderá usufruir de outros benefícios que não o fiscal, como já salientado), mas ao mesmo tempo fará ela jus à imunidade tributária, cujos demais requisitos somente serão objeto de fiscalização pela RFB *a posteriori*, que poderá cobrar retroativamente as contribuições não recolhidas (art. 32 da Lei nº 12.101, de 2009). 21. Por outro lado, não há como defender a não atuação da PGFN em demanda judicial em que se pleiteia a concessão da certificação e, em consequência, o gozo da imunidade tributária, ainda que o usufruto dessa imunidade não conste do pedido final, desde que seja possível inferi-lo dos fundamentos da inicial (causa de pedir). Isso porque, em sendo a certificação o único documento faltante para o exercício dessa imunidade pela entidade, poderá ela requerer ao final (no pedido) apenas a concessão dessa certificação, sem mencionar a sua real intenção, que é efetivamente gozar do benefício tributário. Em outras palavras, se a finalidade é beneficiar-se dessa imunidade, não há como escapar do exame de todos os requisitos do art. 29 da Lei nº 12.101, de 2009, de modo a atrair a atuação da PGFN no caso. 22. Em suma: caso haja, na ação judicial, pedido de concessão da certificação (de natureza não fiscal) para fins de gozo da imunidade

tributária prevista no art. 195, § 7º, da CF (natureza fiscal), isolada ou cumulativamente com outras finalidades, ainda que a intenção de usufruir do benefício fiscal conste apenas da causa de pedir; a competência para a defesa da União será da PGFN; por outro lado, não havendo pedido ou não seja possível extrair da causa de pedir a intenção da entidade de gozar da imunidade em comento, a representação caberá à PGU, porquanto não há que se falar em pedido de natureza fiscal. Veja-se que a própria PGU entendeu nesse sentido, como se pode observar do PARECER Nº 25/2012/FMA/DSP/PGU/AGU, de 02 de abril de 2012 (fls. 03-06 do presente Processo Administrativo). 23. Ante o exposto, conclui-se que devem ser mantidos os fundamentos constantes do Parecer PGFN/CRJ/Nº 2206/2008, no sentido de que a representação judicial da União caberá à PGFN quando houver pedido de concessão da certificação para fins de gozo da imunidade tributária prevista no art. 195, § 7º, da CF/88, e no art. 29 da Lei nº 12.101, de 2009, ainda que se cumule outros pedidos de natureza não fiscal, ainda que essa intenção - de usufruir do benefício fiscal - consta apenas da causa de pedir; caso o pedido seja a concessão dessa certificação para outros fins que não de natureza fiscal, ou que a mesma seja simplesmente concedida, sem a especificação de sua finalidade, a representação judicial da União ficará a cargo da PGU. Inteligência da Lei Complementar nº 73, de 1993, c/c o Parecer AGU/SF/04/2008. (Grifos nossos)

14. Pois bem, uma vez externados os posicionamento proferidos no âmbito da AGU acerca do tema, diga-se que, analisando a questão à luz da legislação vigente (Lei nº 12.101/2009 e Decreto Federal nº 8.242/2014), extrai-se que, para a 'certificação', são exigidos tanto requisitos "gerais" (artigo 3º cumulado com artigo 1º) quanto requisitos "específicos" relativos à respectiva área de atuação da entidade, podendo ser na 'saúde' (artigos 4º a 11), na 'educação' (artigos 12 a 17) e/ou na 'assistência social' (artigos 18 a 20).

15. Assim, uma vez atendidos tais requisitos ("gerais" e "específicos"), a entidade, devidamente certificada, poderá obter **benefícios não tributários**, tais como, a participação em fóruns ou conselhos de órgãos públicos, a captação de recursos e obtenção de financiamentos, a obtenção de incentivos públicos de natureza diversa, dentre outros.

16. Ademais, em respeito ao § 7º do artigo 195 da Constituição Federal, a entidade certificada poderá adquirir **benefício tributário**, relativo à "isenção" (imunidade)[2] de contribuições sociais destinadas à Seguridade Social (artigos 22 e 23 da Lei nº 8.212/1991), desde que cumpra os requisitos previstos no artigo 29 da Lei nº 12.101/2009, frisando-se, nesse sentido, o disposto no artigo 31 da mencionada lei.

17. Inclusive, frise-se que, comparando os requisitos para a certificação com os requisitos para a "isenção" (imunidade) tributária, extrai-se que existem requisitos próprios para a obtenção do benefício tributário, destacando-se, nesse sentido, os incisos III, IV, VI, VII e VIII, todos do artigo 29, da Lei nº 12.101/2009.

18. Dessa forma, a apreciação dos requisitos de 'certificação' compete ao respectivo **Ministério** (da Saúde, da Educação ou do Desenvolvimento Social e Combate à Fome), ao passo que a verificação dos requisitos de "isenção" (imunidade) tributária incumbe à **Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB)**.

19. Acerca do tema, vale transcrever o seguinte trecho do 'Relatório' do Grupo de Trabalho, instituído pela Portaria AGU 488, de 24/10/2011, com a finalidade de uniformizar, em tese, a aplicação dos critérios para concessão, renovação e cancelamento da certificação das entidades beneficentes de assistência social, previstos

na Lei nº 12.101/2009:

De fato, ao se consultar a referida Lei nº 12.101/2009, pode-se constatar com clareza a preocupação do legislador em diferenciar os requisitos de certificação dos requisitos de isenção, assim como também se pode depreender, mormente pela leitura dos artigos acima transcritos, bem como dos artigos 29 a 32, que o que compete a este Ministério da Educação é apenas a apuração e conferência dos requisitos de certificação, ao passo que a competência para a apreciação dos requisitos de isenção ficou a cargo da Secretaria da Receita Federal do Brasil, senão vejamos. Ao se analisar o supramencionado artigo 29 da Lei nº 12.101/2009, constata-se que para que uma entidade beneficente venha a fazer jus à isenção do pagamento das contribuições sociais de que tratam os artigos 22 e 23 da Lei nº 8.212/1991, ela necessita: estar certificada na forma do Capítulo II da referida Lei nº 12.101/2009; e atender, de maneira cumulativa, os requisitos previstos no aludido artigo 29 da mesma Lei [...]. Sobre o assunto a PGFN esclareceu a partir de informações obtidas junto a Secretaria da Receita Federal do Brasil [...]. Resposta RFB: Os requisitos de isenção são distintos dos requisitos de certificação. Desta forma, o descumprimento de requisito de isenção não implicará, necessariamente, no cancelamento do CEBAS (arts. 3º, 21 a 25, e 29 da Lei nº 12.101, de 2009) [...] a não ser que o descumprimento do requisito da isenção tenha reflexos diretos ou indiretos nos requisitos da certificação, como por exemplo, no caso do inciso II do art. 29 da Lei nº 12.101, de 2009, uma vez que este requisito tem impacto direto na definição e/ou manutenção da entidade como sendo sem fins lucrativos (art. 1º da Lei nº 12.101, de 2009). (Destaque nosso)

20. Corroborando com o exposto acima, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde (CONJUR/MS) explicitou, no 'Parecer nº 730/2012/EHSN/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU', o seguinte:

8. Uma vez preenchidos referidos requisitos, a entidade fará jus à certificação. Porém, para gozar da imunidade tributária, deverá, ainda, preencher os requisitos do art. 29 da Lei n. 12.101, de 2009, já transcritos. Desse modo, pela Lei, é possível imaginar uma entidade qualificada como detentora de CEBAS, porém que não faça jus à isenção, por não preencher os requisitos do art. 29. Denota-se, portanto, tratar de fases distintas. 9. Não há que se confundir, pois, o procedimento administrativo de certificação de uma entidade como beneficente de assistência social que, no caso da saúde, tem seu trâmite perante o Ministério da Saúde com o procedimento de isenção (imunidade) que tramita perante a Secretaria de Receita Federal do Brasil - SRFB. A praxe evidenciada no Ministério da Saúde mostra que uma vez certificada a entidade é remetido ofício à SRFB informando tal situação. (Destacamos)

21. Assim, infere-se que a "certificação", ato administrativo não tributário a cargo do Ministério certificador[3], consiste em instituto distinto da "isenção" (imunidade) tributária, em que a atribuição recai sobre a Secretaria da Receita Federal do Brasil[4], destacando-se que, para o gozo de tal benesse fiscal, a entidade deve preencher requisitos próprios, especialmente, os incisos III, IV, VI, VII e VIII, todos do artigo 29, da Lei nº 12.101/2009.

22. Além disso, saliente-se que, pelo princípio da congruência, o pedido limita a prestação jurisdicional, conforme se extrai dos artigos 128 e 460 do ainda vigente CPC/1973 e dos artigos 141 e 492 do

CPC/2015, o qual se encontra, na presente data, em *vacatio legis*.

23. Dessa forma, a fim de aferir o órgão federal competente para representar a União em juízo nas ações relativas ao CEBAS, deve-se analisar, em sintonia com a causa de pedir[5], o pedido[6], formulado pela respectiva entidade no processo judicial, isto é, se somente “certificação”, ou, se apenas “isenção”, ou se, “certificação” cumulada com “isenção”.

24. Com isso, adotando o entendimento das manifestações jurídicas supracitadas, extrai-se, no que tange ao órgão federal competente para representar em juízo a União nas ações relativas ao CEBAS, que: a) se a entidade, no processo judicial, requerer, apenas, a ‘certificação’, com base nos artigos 1º, 3º e 4º a 11 (saúde), ou, 12 a 17 (educação), ou, 18 a 20 (assistência social), todos da Lei nº 12.101/2009, a atribuição é de umas das unidades da Procuradoria-Geral da União; b) se a pessoa jurídica, no processo judicial, pleitear, somente, a “isenção” (imunidade) tributária, com fulcro no art. 29 da Lei nº 12.101/2009, a incumbência é de umas das unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; e c) se a entidade, no processo judicial, requerer tanto a ‘certificação’, embasada nos artigos 1º, 3º e 4º a 11 (saúde), ou, 12 a 17 (educação), ou, 18 a 20 (assistência social), todos da Lei nº 12.101/2009, quanto a “isenção” (imunidade) tributária, com esteio no artigo 29 da Lei nº 12.101/2009, a atribuição é de umas das unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

II.B) DA ANÁLISE DO REQUISITO REFERENTE À AUSÊNCIA DE FINS LUCRATIVOS:

25. Em relação à verificação, pelo Ministério certificador, da ausência de finalidade lucrativa da respectiva entidade, visualiza-se divergência entre, de um lado, tanto a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde (CONJUR/MS) quanto a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (CONJUR/MDS) e, do outro, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação (CONJUR/MEC).

26. Sobre o tema, inicialmente, vale dizer que o fato de a entidade consistir em pessoa jurídica de direito privado “sem fins lucrativos” consiste em requisito comum tanto para a certificação (artigos 1º e 3º, ambos da Lei nº 12.101/2009, c/c artigos 9º, inciso IV, alínea “c” e 14, do CTN) quanto para a obtenção do benefício da “isenção” (imunidade) tributária (artigo 29, incisos I, II e V, da Lei nº 12.101/2009).

27. Nesse contexto, a CONJUR/MS entendeu, por meio do ‘Parecer nº 730/2012/EHSN/COGEJUR /CONJUR-MS/CGU/AGU’, que o Ministério certificador, na análise do requisito inerente à ausência de finalidade lucrativa da entidade, deveria verificar apenas os documentos formais (atos constitutivos da pessoa jurídica), ficando a análise mais exauriente (por exemplo, da documentação contábil e de outros documentos pertinentes), a cargo da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em relação à eventual “isenção” (imunidade) tributária, deste modo:

12. Causa estranheza, contudo, que, a par de os requisitos para a concessão do CEBAS apresentarem-se como elementos para a produção de um ato administrativo não tributário (certificação), alguns deles (não ter fins lucrativos) possuem idêntica semântica no art. 29, apresentando-se, por isso e também, como requisitos de isenção, o que pode levar o Estado a agir de modo diferente e a produzir resultados distintos [...] 13. Referida dinâmica não contribui para a aplicação efetiva da Lei e muito menos favorece o agir estatal que pode se deparar com situações em que seus órgãos integrantes (Ministérios e SRFB) confrontam-se,

enquanto o particular espera uma resposta uníssona do Estado [...] 20. A que conclusão chegar? Ser sem fim lucrativo apresenta-se tanto como requisito para a certificação e aí de competência, para aferição, do Ministério certificador, como também é requisito de isenção e aí de competência da SRFB? O que isso representa? Um órgão sobrepondo-se a outro para que o ato administrativo produzido tenha validade e eficácia? Não nos parece a melhor resposta, mas a Lei expressa que, ao analisar referido requisito, pode a SRFB lavrar auto de infração, sendo considerado automaticamente suspenso o direito à isenção, o que sequer precisa ser comunicado ao órgão certificador (arts. 31 e 32 da Lei n. 12.101, de 2009) [...] 22. Extraíndo o sentido e o alcance da Lei do CEBAS, e, tendo em conta não haver palavras inúteis nela, razoável entender que ao se debruçar sobre as condições e requisitos para a certificação ou renovação do CEBAS, o Ministério responsável analisará a condição da pessoa jurídica – se é sem fins lucrativos – cotejando apenas os documentos formais apresentados pela entidade, porque a Lei, em seu art. 3º, ao enumerar as condições para a certificação, exige que a pessoa jurídica demonstre tal situação por intermédio de sua constituição, devendo, ainda, prever em seus atos constitutivos a destinação do eventual patrimônio remanescente a entidade sem fins lucrativos congêneres ou a entidades públicas em caso de dissolução ou extinção [...] 23. Em outros verbetes, a aferição pela autoridade certificadora de ser a entidade requerente sem fins lucrativos dar-se-á em cotejo com os atos constitutivos da pessoa jurídica interessada, não soando razoável que 'adentre substancialmente na veracidade das alegações e que confira todos os atos materiais produzidos pela entidade em 'sua existência, mesmo porque tais atos constitutivos são registrados no órgão competente (Registro Civil das Pessoas Jurídicas - RCPJ) [...] Não se descarta, ainda, que os atos registrados no RCPJ tem por fim garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, o que também irradia seus efeitos perante o Ministério certificador. 24. Por conseguinte, na verificação dos requisitos da isenção (art. 29 da Lei do CEBAS), é que efetivamente a entidade requerente deverá demonstrar que é pessoa jurídica sem fins lucrativos, vale dizer, I - não percebem seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores, ou benfeitores, remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos; II - aplique suas rendas, seus recursos e eventual superávit integralmente no território nacional, na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais, V - não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto, entre outros. 25. Perceba-se que a Lei tracejou a distinção carreada e defendida na presente manifestação, exigindo, no momento da certificação, apenas a observância dos atos constitutivos apresentados, mesmo porque a entidade requerente pode pretender o CEBAS apenas e tão-somente para formar parcerias coma União, dela recebendo transferências voluntárias, o que, na prática, ocorre várias Organizações Não Governamentais que atuam na área de saúde. 26. Ao se pretender a imunidade tributária, contudo, a requerente pode e deve passar por crivo mais exauriente, inclusive, fiscalização, a qualquer tempo, pela SRFB, para se aferir a veracidade das informações formalmente prestadas, devendo atender efetivamente aos seguintes requisitos [...] 38. A vista dos argumentos aqui expendidos, entende-se que: [...] III - O CEBAS conferido à pessoa jurídica, sem fins lucrativos, representa apenas à sua qualificação/adjetivação, não se confundindo, pois, com requisito para o gozo de isenção/imunidade tributária [...] IV - o conceito de "sem fins lucrativos" tem seu significado reproduzido tanto como requisito para a certificação quanto requisito para isenção tributária [...] V - esta Consultoria Jurídica prega o entendimento de que ser "sem fins lucrativos"

configura-se tanto como requisito para a certificação das entidades interessadas como também é requisito de isenção tributária, valendo destacar, contudo, que a análise pelo órgão certificador deve-se cingir ao cotejo com os atos constitutivos apresentados, ao passo que na análise de requisitos de isenção é que se atravessa crivo exauriente, inclusive fiscalização. (Grifos nossos)

28. No mesmo sentido, a CONJUR/MDS assim se posicionou por meio do 'Parecer nº 0480/2012 /CONJUR-MDS/CGU/AGU':

8. Como se vê, de acordo com o entendimento da CONJUR/MS, deve-se avaliar se a entidade não possui fins lucrativos tanto no momento de sua certificação (art. 3º da Lei nº 12.101, de 2009), como também, na avaliação dos requisitos para a concessão da isenção "imunidade" tributária (art. 29 do mesmo diploma). 9. Acredita-se, aqui, que não há falar na análise dos requisitos para a concessão da isenção "imunidade" tributária prevista no art. 29 da Lei nº 12.101, de 2009, na medida em que o tema está afeto à esfera de atuação da Fazenda Nacional, sendo estranho, portanto, às atribuições deste MDS [...] 11. Como se observa, para que a entidade faça jus à certificação, é mister, dentre outros requisitos, que seja uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos. Para se aferir esta qualificação, cada Ministério, a depender da área de atuação da entidade, examinará os atos constitutivos da instituição interessada na concessão ou renovação do CEBAS [...] 13. Assim sendo, sem querer adentrar na seara da isenção "imunidade" tributária prevista no art. 29 da Lei nº 12.101, de 2009, e referindo-se ao âmbito de atuação deste MDS, pode-se afirmar que, para se conferir à entidade a certificação tratada pela referida Lei, é mister que se trate de entidade ou organização de assistência social, sem fins lucrativos, qualificação esta que será observada quando da análise dos seus atos constitutivos, em conformidade com o que dispõem os arts. 3º, I, da Lei nº 12.101, de 2009, e 3º, III, do Decreto nº 7.237, de 2010 [...] 14. Isso posto, entende-se que: [...] II - No que tange à expressão "sem fins lucrativos", mencionada no art. 3º da Lei nº 12.101, de 2009, constitui-se como requisito para a certificação das entidades beneficentes de assistência social, devendo ser aferido por meio dos atos constitutivos da entidade ou organização de assistência social. (Grifamos)

29. Por outro lado, a PGFN, por meio do 'Parecer PGFN/CAT/Nº 284/2013', entendeu pela necessidade de os Ministérios certificadores (MS, MEC e/ou MDS), a fim de se detectar a finalidade não lucrativa das entidades, realizarem a análise exauriente, em relação a tais pessoas jurídicas, dos documentos pertinentes, tais como, os atos constitutivos, as demonstrações contábeis e, se preciso, o relatório de atividades, nos seguintes termos:

67.5. Não é possível concordar com a posição da CONJUR/MS, no sentido de que a verificação da finalidade não lucrativa da entidade deve se resumir à análise dos atos constitutivos apresentados e que, na análise dos requisitos da isenção/imunidade (SRFB), é que se atravessaria crivo exauriente de tal constatação meramente formal dos Ministérios certificadores. Propõe-se que os Ministérios da Saúde, da Educação e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, procedam à análise dos atos constitutivos juntamente com as demonstrações contábeis das entidades, e, caso necessário, com o relatório de atividades delas, em ordem a atestar sua finalidade não lucrativa. (Destacamos)

30. Corroborando, a **CONJUR/MEC**, após a ‘Informação nº 307/2015-CGCEBAS /DPR/SERES/MEC’ da respectiva área técnica do Ministério da Educação, posicionou-se, mediante o ‘Parecer nº 302/2015/CONJUR-MEC/CGU/AGU’, do seguinte modo:

22. Desta sorte, entende esta Consultoria, s.m.j., numa interpretação sistemática das normas que regem a matéria, que a compete à área técnica do órgão certificador a aferição do requisito "ausência de finalidade lucrativa" da entidade, exigido pelo artigo 1º da Lei nº 12.101, de 2009, em razão, a nosso ver, do legislador ordinário estabelecer a necessária constituição da entidade como pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos como um requisito fundamental à concessão da certificação, e posteriormente, o decreto regulador enumerar uma série de documentos condicionantes à concessão, cujo teor permite ao órgão certificador aferir o atendimento de tal requisito. (Destacamos)

31. Pois bem, uma vez feita a explanação dos posicionamentos antagônicos, diga-se que, no presente opinativo, encampa-se a tese adotada pela PGFN e pela **CONJUR/MEC**, de modo que os Ministérios certificadores (MS, MEC e MDS), a fim de detectar a finalidade não lucrativa das entidades, devem analisar, de modo exauriente, os documentos necessários para a verificação do preenchimento de tal requisito “genérico”, destacando-se, os atos constitutivos, as demonstrações contábeis, dentre outros.

32. Inclusive, sinalizando um entendimento convergente com o ora adotado, explicitou-se, no ‘Relatório do Grupo de Trabalho instituído pela Portaria AGU 488/2011, com a finalidade de uniformizar, em tese, a aplicação dos critérios para concessão, renovação e cancelamento da certificação das entidades beneficentes de assistência social, previstos na Lei nº 12.101/2009, o seguinte:

Por sua vez, naquelas hipóteses de denúncias ou de representações que digam respeito a irregularidades quanto aos requisitos de certificação (arts. 12 a 17 da Lei n.º 12.101/09), particularmente relativas a fraudes em demonstrativos contábeis, entendemos que tal apuração, naqueles casos que exigem a realização de diligências e auditorias de natureza fiscal, é de competência tanto do Ministério da Educação (arts. 12 a 17 da Lei n.º 12.101/09) quanto da Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos do art. 33, §§ 1º e 6º da Lei n.º 8.212/91 e do art. 2º da Lei n.º 11.457/07, todos já transcritos no corpo deste Parecer. (Destacamos)

33. Ora, o fato de a entidade consistir em pessoa jurídica de direito privado “sem fins lucrativos” consiste em requisito (“genérico”) para a certificação, nos moldes dos artigos 3º e 1º, ambos da Lei nº 12.101/2009, in verbis:

Art. 3º A certificação ou sua renovação será concedida à entidade beneficente que demonstre, no exercício fiscal anterior ao do requerimento, observado o período mínimo de 12 (doze) meses de constituição da entidade, o cumprimento do disposto nas Seções I, II, III e IV deste Capítulo, de acordo com as respectivas áreas de atuação, e cumpra, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - seja constituída como pessoa jurídica nos termos do caput do art. 1º; e

II - preveja, em seus atos constitutivos, em caso de dissolução ou extinção, a destinação do eventual patrimônio remanescente a entidade sem fins lucrativos congêneres ou a entidades

23

públicas.

[...] (Destacamos)

Art. 1º A certificação das entidades beneficentes de assistência social e a isenção de contribuições para a seguridade social serão concedidas às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, e que atendam ao disposto nesta Lei.

[...] (Grifos nossos)

34. Desse modo, em atenção à **legalidade estrita** (artigo 37, “caput”, da CF), na qual se preconiza que a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei previamente determine ou autorize, deve-se aferir, de modo exauriente, a observância aos requisitos exigidos, para a certificação, nos artigos 3º e 1º, ambos da Lei nº 12.101/2009.

35. Nesse cenário, quanto ao significado de pessoa jurídica “sem fins lucrativos”, vale citar o disposto nos artigos 9º, inciso IV, alínea “c” e 14, ambos do CTN, nestes termos:

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

[...]

IV – cobrar imposto sobre:

[...]

c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo; (Redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 2001) (Destaque nosso)

Art. 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; (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)

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.

[...] (Destacamos)

36. Com isso, extrai-se que, para se aferir, de modo exauriente, a ausência de finalidade lucrativa da respectiva pessoa jurídica, deve-se observar, além dos seus atos constitutivos, outros documentos, tais como, os contábeis, já que se exige para tal, por exemplo, a não distribuição, a qualquer título, do seu patrimônio ou de suas

rendas.

37. Nesse sentido, a PGFN, por meio do 'Parecer PGFN/CAT/Nº 284/2013', explicitou que a análise das demonstrações contábeis das entidades consiste em elemento primário para se detectar a real ausência de finalidade lucrativa da pessoa jurídica, deste modo:

51. Dessa forma, não basta apenas a indicação no estatuto social da entidade de que ela é "sem fins lucrativos" para a comprovação de que ela é, de fato, sem fins lucrativos, como pretende a CONJUR/MS [...] 62. Como proposta que melhor atende ao interesse público, tanto no sentido de que somente as entidades de fato beneficentes de assistência social sejam caracterizadas como tal pelas Pastas certificadoras, como sob a perspectiva de que aquelas que não fazem jus a tal titulação recolham as contribuições devidas à seguridade social, em respeito, entre outros princípios constitucionais, ao da isonomia, sugere-se que os Ministérios da Saúde, da Educação e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome procedam à análise dos atos constitutivos juntamente com as demonstrações contábeis das entidades para averiguação da sua finalidade não lucrativa. É somente nas demonstrações contábeis que estarão os registros minimamente necessários a tal aferição, sem prejuízo de eventual exame conjunto do relatório de atividades da entidade. 63. É de se registrar que a análise das demonstrações contábeis das entidades é elemento primário para se averiguar se realmente as suas atividades são desprovidas de finalidade lucrativa. Tal análise não significa transferência de responsabilidade fiscalizatória da SRFB para os Ministérios. As demonstrações contábeis fornecerão subsídios mínimos aos Ministérios para obterem indícios da real finalidade das entidades [...] (Destacamos)

38. Igualmente, a área técnica do Ministério da Educação, por meio da 'Informação nº 307/2015-CGCEBAS/DPR/SERES/MEC', assim se posicionou sobre o tema:

25. Desta feita, depreende-se que a análise destes documentos é primordial para verificar se a instituição requerente possui fins lucrativos. Assim, para verificação do atendimento ao art. 1º da Lei nº 12.101, de 2009, esta área técnica sempre considera a análise dos atos constitutivos da entidade, dos relatórios de atividades, dos demonstrativos contábeis apresentados e quaisquer outros documentos que possam indicar a existência de finalidade lucrativa em instituições requerentes [...] 26. Vale ressaltar, ainda, que todo o superávit destas entidades, deve ser aplicado a totalidade nas suas finalidades estatutárias, afim de que não se constitua desvio de finalidade [...] 31. Assim, diante de todo o exposto, esta área técnica manifesta no seguinte a) Entendemos que a aferição da ausência de finalidade lucrativa requer a análise dos atos constitutivos, dos relatórios de atividades, dos demonstrativos contábeis, e quaisquer outros documentos que possam indicar a existência de fins lucrativos, nos termos do art. 3º do Decreto nº 8.242, de 23 de maio de 2014; (Grifamos)

39. Caso assim não se entendesse, bastaria apenas à entidade se declarar, no respectivo ato constitutivo, como pessoa jurídica "sem fins lucrativos", para preencher o requisito do artigo 3º c/c artigo 1º, ambos da Lei nº 12.101/2009, o que, certamente, flexibilizaria, em detrimento do disposto na legislação aplicável, tal exigência para a certificação, consoante externado pela PGFN no 'Parecer PGFN/CAT/Nº 284/2013'.

52. É que a aferição da finalidade lucrativa com base apenas em ato constitutivo transformaria o ato administrativo de certificação num ato protocolar, meramente burocrático, desprovido de consistência material. Para fins de certificação, faz-se imprescindível a conjugação da análise dos atos constitutivos com os demais elementos aptos a comprovar que a entidade é realmente sem finalidade lucrativa (não distribuição de lucros, não participação em resultados e o não retorno do patrimônio da entidade às pessoas que a criaram). 53. É fundamental que se registre novamente que essa análise, a ser feita pelo Ministérios certificadores, é um passo anterior à possibilidade de a entidade usufruir da isenção/imunidade. Isto, porque a certificação é o primeiro requisito necessário para tanto. Concordar com o raciocínio da CONJUR/MS significaria assentir com a concessão de certificação para entidades que apenas se auto-denominam "sem fins lucrativos". Lembre-se de que a certificação é o ato administrativo que atesta a qualidade de beneficente, imposta à entidade, pela Constituição Federal, como condição ao gozo do regime tributário. 54. A questão se agrava ao se considerar que não há mais a necessidade de pedido de isenção/imunidade perante o Fisco. Isto é, a concessão indistinta de certificação a entidades com ou sem fins lucrativos - fato que se tornará recorrente caso se admita a certificação com base apenas em atos constitutivos - avolumará sobremaneira a necessidade de fiscalização dessas entidades, pela SRFB, no curso de validade dos certificados. A medida administrativa abrirá zona confortável aos contribuintes para fraudes e gozos indevidos do benefício fiscal. (Grifamos)

40. Inclusive, frise-se que o mero registro do ato constitutivo da entidade, em que se declara ser a pessoa jurídica "sem fins lucrativos", no órgão competente (Registro Civil das Pessoas Jurídicas – RCPJ) não atesta, por si só, a veracidade do conteúdo de tal documento, consoante se extrai do seguinte ensinamento:

É preciso distinguir, porém, entre o que o oficial declara e o que ao oficial é declarado. A fé pública cobre a declaração formulada pelo oficial, mas não atribui veracidade ao conteúdo da declaração formulada pelo interessado ao oficial. Quanto a esta, só ficará atestada como veraz sua existência, isto é, haver sido formulada tal e qual; não a sua veracidade, ou seja, a atestação do oficial não confere veracidade ao conteúdo do que lhe é declarado. (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Exegese do Código de Processo Civil. AIDE. Rio de Janeiro. V. 4. P. 218). (Destacamos)

41. Nesse cenário, tanto se faz necessária a análise de documentos diversos dos atos constitutivos da pessoa jurídica para aferir a sua ausência de finalidade lucrativa, que o artigo 3º do Decreto 8.242/2014 (que regulamenta a Lei nº 12.101/2009), estabelece que, no pedido de concessão/renovação do CEBAS, a entidade deve apresentar diversos documentos contábeis (balanço patrimonial, demonstração das mutações do patrimônio líquido, demonstração dos fluxos de caixa, demonstração do resultado do exercício e notas explicativas), relativos ao exercício fiscal anterior ao do requerimento e elaborados por profissional legalmente habilitado com base nas normas do Conselho Federal de Contabilidade, senão vejamos:

Art. 3º A certificação ou sua renovação será concedida à entidade que demonstre, no exercício fiscal anterior ao do requerimento, o cumprimento do disposto nos Capítulos I a IV deste Título, isolada ou cumulativamente, conforme sua área de atuação, e que apresente os seguintes documentos:

- I - comprovante de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ;
- II - cópia da ata de eleição dos dirigentes e do instrumento comprobatório de representação legal, quando for o caso;
- III - cópia do ato constitutivo registrado, que demonstre o cumprimento dos requisitos previstos no art. 3º da Lei nº 12.101, de 2009;
- IV - relatório de atividades desempenhadas no exercício fiscal anterior ao requerimento, destacando informações sobre o público atendido e os recursos envolvidos;
- V - balanço patrimonial;
- VI - demonstração das mutações do patrimônio líquido;
- VII - demonstração dos fluxos de caixa; e
- VIII - demonstração do resultado do exercício e notas explicativas, com receitas e despesas segregadas por área de atuação da entidade, se for o caso.

[...]

§ 4º As demonstrações contábeis a que se referem os incisos V a VIII do caput serão relativas ao exercício fiscal anterior ao do requerimento da certificação e elaboradas por profissional legalmente habilitado, atendidas as normas do Conselho Federal de Contabilidade. (Destacamos)

42. Inclusive, reforçando o acima exposto, os artigos 19, 35 e 39, todos do Decreto nº 8.242/2014, dispõem que os requerimentos de concessão ou renovação do CEBAS deverão ser protocolados com os documentos elencados no citado artigo 3º, entre eles, os contábeis, nestes termos:

Art. 19. O requerimento de concessão ou renovação da certificação de entidade que atue na área da saúde deverá ser protocolado junto ao Ministério da Saúde, em sistema próprio, acompanhado dos seguintes documentos:

I - aqueles previstos no art. 3º;

[...] (Destacamos)

Art. 35. Os requerimentos de concessão ou de renovação de certificação de entidades de educação ou com atuação preponderante na área de educação deverão ser instruídos com os seguintes documentos:

I - da mantenedora: aqueles previstos no art. 3º; e

[...] (Destaque nosso)

Art. 39. Para obter a concessão da certificação ou sua renovação, além da documentação prevista no art. 3º, a entidade de assistência social deverá demonstrar: [...] (Grifamos)

43. Igualmente, o § 1º do art. 21 da Lei nº 12.101 prevê que “a entidade interessada na certificação deverá apresentar, juntamente com o requerimento, todos os documentos necessários à comprovação dos requisitos de

que trata esta Lei, na forma do regulamento.”

44. Nesse sentido, a **CONJUR/MEC**, ao fundamentar o seu entendimento, mencionou, no ‘**Parecer nº 302/2015/CONJUR-MEC/CGU/AGU**’, o disposto no artigo 3º do Decreto federal nº 8.242/2014, deste modo:

19. Pois bem, a nosso ver, o legislador ordinário ao estabelecer como um requisito para concessão e renovação de CEBAS a necessidade da entidade estar constituída sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, quis prever que a análise desse requisito fosse realizada no momento da sua concessão, ou melhor, que a presença deste requisito fosse aferida pelo órgão competente para analisar os pleitos de concessão ou renovação de CEBAS visto que se trata de requisito essencial para tais pleitos. 20. A nosso ver, tal conclusão se torna ainda mais evidente, no momento em que o decreto regulador, em seu art. 3º, enumera uma série de documentos essenciais à instrução do pedido de concessão e renovação, como atos constitutivos, relatórios de atividades e demonstrativos contábeis, dentre outros, que contém informações capazes de permitir à área técnica competente a verificação do atendimento ou não à exigência do art. 1º da Lei nº 12.909, no que tange à existência de finalidade lucrativa. 21. Impende registrar que, na prática desta Pasta, conforme notícia a Informação nº 307/2015-CGCEBAS/DPR/SERES/MEC, de 7 de abril de 2015, para verificação do atendimento ao art. 1º da Lei nº 12.101, de 2009, a área técnica sempre considera a análise dos atos constitutivos da entidade, dos relatórios de atividades, dos demonstrativos contábeis apresentados e quais outros documentos que possam indicar a existência de finalidade lucrativa em instituições requerentes. (Grifos nossos).

45. Acerca do aspecto ora tratado, registre-se apenas a ressalva, contida no § 7º do artigo 3º do Decreto 8.242/2014[7], a qual dispensa, nos casos nela indicados, a apresentação, pelas entidades, de alguns documentos contábeis (balanço patrimonial, demonstração das mutações do patrimônio líquido e demonstração dos fluxos de caixa), sendo necessário, no entanto, a demonstração, em tais hipóteses, de outras demonstrações contábeis (demonstração do resultado do exercício e notas explicativas).

46. Ademais, diga-se que, embora o fato de a entidade consistir em pessoa jurídica de direito privado “sem fins lucrativos” configure requisito comum tanto para a certificação (artigos 1º e 3º, ambos da Lei nº 12.101/2009) quanto para a aquisição do benefício da “isenção” (imunidade) tributária (artigo 29, incisos I, II e V, da Lei nº 12.101/2009), o entendimento ora externado não enseja sobreposição de um órgão (Ministério certificador) sobre outro (SRFB), uma vez que, como explicitado, a “certificação” e a “isenção” consistem em institutos diversos, com fases de aferição distintas e com efeitos jurídicos diferentes, frisando-se a necessidade de serem atendidas exigências próprias em relação a cada instituto, como externado pela PGFN no ‘Parecer PGFN/CAT/Nº 284/2013’, desta forma:

44. Ou seja, o primeiro requisito da certificação é que a entidade seja pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos. Como a certificação é conferida pelos Ministérios das áreas fins, não se pode repassar a responsabilidade de aferição sobre se a entidade é, de fato, sem fins lucrativos, para a RFB, cujas atribuições estão adstritas ao cumprimento do art. 29 e seguintes da Lei. Cuida-se claramente de fases distintas e da alçada de órgãos distintos [...] 56. Ademais, não se visualiza sobreposições de atribuições ou a possibilidade de a SRFB ser “órgão revisor das análises efetuadas pelos Ministérios certificadores”. Isto porque, se a SRFB constatar, em procedimento de fiscalização, que uma entidade certificada não está

cumprindo algum requisito da certificação, ela deverá representar ao Ministério competente, nos termos do art. 27 da Lei nº 12.101, de 2009. 57. Tal cometimento não impede a SRFB de lavrar auto de infração relativo ao período correspondente e relatar os fatos que demonstram o não atendimento de tais requisitos para o gozo da isenção/imunidade, nos termos do *caput* do art. 32 da referida Lei nº 12.101, de 2009, caso constate, também em procedimento de fiscalização, que a entidade está distribuindo lucros, afrontando, portanto, o inciso V do art. 29 da Lei. 58. Perceba-se que não haverá revisão do ato administrativo dos Ministérios pela SRFB, simplesmente porque a Secretaria do Ministério da Fazenda não detém competência legal nem poder hierárquico para rever ato administrativo de competência de outro Ministério. Eventual revisão da certificação, pela SRFB, seria ato administrativo de todo nulo. Reitere-se: caso detecte falha na certificação, a SRFB representará ao Ministério a existência de falha, para que este proceda às providências legais cabíveis. Se a falha detectada pela SRFB coincidir com descumprimento do art. 29 da Lei, ela deverá autuar o contribuinte, nos termos do art. 32 da Lei e art. 142 do CTN. 59. Assim, embora haja zona de intersecção entre os requisitos de certificação da Lei nº 12.101, de 2009, e os requisitos específicos do art. 29 da Lei nº 12.101, de 2009, as competências de cada órgão estão perfeitamente delimitadas na Lei. A coincidência não ampara alegação de conflito e tampouco de usurpação de competências. Aliás, tal zona de intersecção já existia, e em maior proporção, sob a égide do art. 55 da Lei nº 8.212, de 1991. O requisito coincidente deve ser aferido por ambos os órgãos em momentos/fases distintos - a primeira, que é a certificação e, a segunda, a isenção/imunidade, caso preenchidos os demais requisitos pertinentes. Mais importante, a detecção do descumprimento de requisito coincidente produz efeitos diversos - a primeira, pelos Ministérios das áreas, deverá gerar a perda da certificação e comunicação da perda à SRFB; a segunda, deverá gerar, por parte da SRFB, o lançamento de tributos da entidade e a representação ao Ministério, para apuração sobre se a entidade deve ou não perder a certificação. 60. Ao contrário de ameaça à segurança jurídica, essa sistemática contribui para a preservação da legalidade e da transparência que deve envolver a fruição do benefício em questão [...] 67.4. A ausência de finalidade lucrativa consiste em requisito tanto para a certificação como para a isenção/imunidade das entidades. A aferição desse requisito deve ocorrer no ato de certificação (e durante a vigência desta, conforme arts. 24 e 36 da Lei nº 12.101, de 2009) pelas Pastas certificadoras, e quando das verificações de alçada da SRFB, no que tange aos requisitos da isenção/imunidade, pois se trata de fases e competências distintas, com efeitos legais diversos. (Grifos nossos)

47. Assim, tendo em vista que a certificação consiste em ato administrativo a cargo do respectivo Ministério (artigo 21[8] da Lei nº 12.101/2009), ao órgão certificador compete aferir, de modo exauriente, os requisitos exigidos para a certificação.

48. Até porque, a competência administrativa configura um poder-dever estatal, irrenunciável e de exercício obrigatório, conforme ensina a doutrina administrativista pátria, nestes termos:

O elemento em exame, a competência, é definido em lei ou atos administrativos gerais, bem como, em algumas situações, decorre de previsão na Constituição Federal e não pode ser alterado por vontade das partes ou do administrador público [...] Em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, a competência para praticar uma determinada

atividade não configura uma faculdade do servidor estatal, mas sim uma imposição de atuação [...] Neste sentido, a doutrina costuma definir a atuação administrativa, como um poder-dever (ou dever-poder) conferido ao poder público e distribuído entre seus agentes e órgãos internos [...] é de exercício obrigatório para os órgãos e agentes públicos, não podendo ser modificada, dilatada ou restringida pela vontade do agente, sendo, da mesma forma, vedada a transação ou acordo entre agentes. Ademais, a competência administrativa é irrenunciável, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público. (CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. JusPodivm. Salvador. 2ª Edição. 2015. P. 243-245). (Destacamos)

49. Sobre o tema, cumpre-nos transcrever os artigos 2º, inciso I, e 11, ambos da Lei 9.784/1999, os quais assim preconizam:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...]

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; (Grifamos)

Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos. (Destaque nosso)

50. Corroborando com o ora explicitado, transcreva-se o seguinte trecho do ‘Relatório’ do Grupo de Trabalho (Portaria AGU 488/2011), em que, ao final, externou-se a possibilidade de estabelecimento, por meio de Portaria Interministerial, de parceria entre os Ministérios certificadores e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, para a realização de apurações conjuntas de denúncias e representações, nestes termos:

Ressalte-se, ainda, que a competência dos órgãos administrativos é, em princípio, fixa e irrenunciável, segundo se depreende do disposto no art. 11 da Lei n.º 9.784/99. Sendo assim, não pode o administrador deixar de exercer as funções que lhe foram cometidas, sob pena de estar incorrendo em flagrante ofensa ao princípio administrativo do poder-dever de agir [...] Por fim, caso haja necessidade do estabelecimento de uma parceria entre o Ministério da Educação e a Secretaria da Receita Federal do Brasil para a realização de apurações conjuntas de denúncias e representações, entendemos que esta poderia ser feita por meio de uma Portaria Interministerial, celebrada com base nos incisos I e II do art. 87 da Constituição Federal, que envolvesse não apenas o Ministério da Educação, mas todos os Ministérios competentes para a concessão do CEBAS e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, respeitando-se a competência legal estabelecida para cada órgão. (Destacamos)

51. Desse modo, diante da exigência prevista nos artigos 3º e 1º da Lei nº 12.101/2009, extrai-se que compete aos Ministérios certificadores (MS, MEC e/ou MDS) aferir, de modo exauriente, a ausência de finalidade lucrativa da respectiva pessoa jurídica, com a análise, para tal, dos documentos pertinentes, tais

como, dos atos constitutivos, das demonstrações contábeis, dentre outros.

II.C) DA NATUREZA VINCULADA DO ATO DE CERTIFICAÇÃO:

52. No que tange à natureza vinculada dos atos de certificação e a possibilidade, ou, não, de haver, por parte do órgão certificador, a flexibilização de algum requisito, por meio da ponderação, visualiza-se **divergência** entre, de um lado, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde (CONJUR/MS) e, do outro, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (CONJUR/MDS) e a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação (CONJUR/MEC).

53. Isso porque, a CONJUR/MS, mediante o 'Parecer nº 730/2012/EHSN/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU', externou que, como decorrência da natureza administrativa dos atos relativos à certificação, poderia haver a aplicação, pelo órgão certificador, da 'técnica da ponderação', para prestigiar o princípio da "continuidade administrativa em detrimento de uma simples irregularidade ou ofensa a texto legal", assim:

9. Não há que se confundir, pois, o procedimento administrativo de certificação de uma entidade como beneficente de assistência social que, no caso da saúde, tem seu trâmite perante o Ministério da Saúde com o procedimento de isenção (imunidade) que tramita perante a Secretaria de Receita Federal do Brasil – SRFB [...] 31. Por a certificação, renovação e cancelamento apresentar-se como ato de natureza administrativa, atraem todo o sistema administrativista (princípios, textos, normas e regras regentes do Direito Administrativo), diferentemente do ato verificador dos requisitos de isenção que atraem, por tal natureza, a órbita tributária do ordenamento jurídico pátrio. Em outro vértice, quer-se dizer que, no âmbito administrativo, o agir administrativo pode se revestir de preocupações outras que não o decorrente da rígida obediência à legalidade, podendo, ilustrativamente, prestigiar a continuidade administrativa e interesse público primário, a exemplo de sobrelevar o princípio constitucional da continuidade administrativa em detrimento de uma simples irregularidade ou ofensa a texto legal. 32. Portanto, a perspectiva hermenêutica tributária não deve espargir seus efeitos jurídicos sobre os requisitos necessários à concessão, renovação ou indeferimento de CEBAS, nem nortear o agir administrativo nessa fase, porquanto jungido ao espectro administrativista [...] 38. A vista dos argumentos aqui expendidos, entende-se que: I - Os atos atinentes à certificação de entidades beneficentes de assistência social - CEBAS - apresentam natureza meramente administrativa. II - Os atos de concessão, renovação ou indeferimento de CEBAS encontram-se jungidos ao sistema jurídico administrativista e não ao campo normativo tributário, sendo, ainda, de competência exclusiva dos Ministérios certificadores; III – O CEBAS conferido à pessoa jurídica, sem fins lucrativos, representa apenas à sua qualificação/adjetivação, não se confundindo, pois, com requisito para o gozo de isenção/imunidade tributária, ante a revogação do art. 55 da Lei n. 8.212, de 1991, especialmente o inciso II, pela Lei n. 12.101, de 2009 [...] (Destacamos)

54. De outro modo, a PGFN, por meio do 'Parecer PGFN/CAT/Nº 284/2013', posicionou-se no sentido de que os atos administrativos de certificação são inteiramente vinculados, não comportando, com base na 'técnica de ponderação', qualquer flexibilização, pelo órgão certificador, dos requisitos exigidos para a certificação, nestes termos:

18. O fato de se concordar que o ato de certificação possui natureza administrativa não autoriza a flexibilização quanto ao atendimento dos requisitos legais para a sua concessão, renovação ou cancelamento, notadamente, repita-se, em virtude de que sua principal utilização é para os fins da isenção/imunidade do § 7º do art. 195 da CF, matéria jungida ao princípio da legalidade, sob pena de afronta a outros princípios constitucionais, como o da isonomia. 19. Assim, preocupa-nos a afirmação de que ao se conferir natureza administrativa aos atos de certificação, renovação e cancelamento, se estará autorizando ou atribuindo poderes à Administração Pública para 'sobrelavar o princípio constitucional da continuidade administrativa em detrimento de uma simples irregularidade ou ofensa a texto legal' - (fls. 11 e 12 do Parecer nº 730/2012/EHSN/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU). Causa espécie a afirmação, uma vez que não são apenas os atos tributários que devem obediência ao princípio da legalidade, mas todos os atos emanados da Administração Pública, tenham eles a natureza que tiverem, sob pena de que os fins justifiquem os meios, numa total subversão daquilo que se entende por Estado Democrático de Direito. 20. A certificação, sendo uma das condições para a fruição da isenção/imunidade tributária, é ato administrativo inteiramente vinculado. Por força do viés tributário da Lei nº 12.101, de 2009, fica censurada qualquer flexibilização ou ponderação dos requisitos exigidos para a certificação. Os requisitos são objetivos, os valores a eles subjacentes foram previamente sopesados pelo legislador. Não há discricionariedade para o administrador decidir sobre se exige ou não os requisitos legais, sob pena de o ato administrativo se contaminar por nulidade, consistente na usurpação de poderes do legislativo, exorbitância, arbitrariedade. Dessa forma, apenas a entidade que cumpre os parâmetros legalmente postos estará apta a obter a certificação e, acaso cumpridas as demais condições presentes na Lei nº 12.101, de 2009, estará apta a gozar do não pagamento das contribuições devidas à seguridade social [...] 26. Nesse cenário, possível concluir que a certificação de uma entidade como beneficente de assistência social é ato administrativo inteiramente vinculado, por se constituir uma das condições para a fruição da imunidade tributária. O ato de certificação (concessão, renovação e cancelamento) possui natureza administrativa e seu efeito principal é tributário [...] 67.2. Assim, entende-se que os atos de concessão, renovação e cancelamento de certificação de entidade beneficente de assistência social são de competência dos Ministérios certificadores e possuem natureza de ato administrativo vinculado, motivo pelo qual não há possibilidade de autorização ou poderes à Administração Pública para "sobrelavar o princípio constitucional da continuidade administrativa em detrimento de uma simples irregularidade ou ofensa a texto legal". A ponderação de valores não cabe ao administrador, porque foi realizada de forma exauriente pelo legislador. A certificação constitui requisito essencial da isenção/imunidade de contribuições para a seguridade social, nos termos da Lei nº 12.101, de 2009, sendo, portanto, ato administrativo sob reserva de lei em sentido estrito, sob pena de literal afronta aos princípios constitucionais da legalidade (geral e tributária) e da isonomia (igualdade geral e isonomia tributária). (Grifamos)

55. No mesmo sentido, a PGFN, houvera externado, mediante o 'Parecer PGFN/CAT/Nº 2457/2012', o seguinte entendimento:

87. Por fim, há pareceres no sentido de que a certificação de uma entidade como beneficente de assistência social é ato administrativo inteiramente vinculado, por se constituir uma das

condições para a fruição da imunidade tributária. O direito tributário, como sabido, é orientado pela legalidade estrita. Não admite transigências, não contém espaço para discricionariedades. Dessa forma, apenas a entidade que presta serviços nas áreas de saúde, educação e assistência social - com obediência aos '*critérios objetivos de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade*' estabelecidos em lei - é apta a obter a certificação e a gozar do direito ao não pagamento das contribuições devidas à seguridade social. A manutenção de certificações sabidamente ilegais, portanto, viola o § 7º do art. 195 da CF (Grifamos)

56. Corroborando com o entendimento exarado pela PFGN, a CONJUR/MDS, por meio do 'Parecer nº 00123/2015/CONJUR-MDS/CGU/AGU', assim externou o seu posicionamento acerca do tema ora tratado:

8. Perfilhamo-nos, nesse ponto, ao entendimento da PFGN, pelas razões que passamos a aduzir. 9. Inicialmente, insta ressaltar que tanto no Parecer nº 228/2012/CONJUR-MDS/CGU/AGU quanto no Parecer nº 480/2012/CONJUR-MDS/CGU/AGU esta CONJUR já havia deixado expresso seu entendimento no sentido de que o ato de concessão de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS tem natureza meramente administrativa, pois, conquanto possa ter efeitos tributários, não tem natureza tributária. 10. Incumbe-nos frisar, neste momento, que, enquanto ato administrativo, tem o ato de certificação a natureza de ato vinculado, e não discricionário, não cabendo, portanto, qualquer “flexibilização”, pelo órgão certificador, dos requisitos exigidos para a certificação. Com efeito, não cabe ao administrador optar por exigir ou não exigir o cumprimento de determinado requisito legal para conceder o CEBAS, haja vista que o legislador já anteviu, de maneira clara, expressa e taxativa, quais os requisitos devem a entidade cumprir para que obtenha a certificação. Note-se que tais requisitos são de ordem objetiva, não comportando, assim, análise subjetiva ou discricionária por parte do administrador [...] 13. Como se vê, a legislação referente à certificação de entidades beneficentes de assistência social determina que a certificação ou sua renovação será concedida à entidade que demonstre o cumprimento dos requisitos lá dispostos, de acordo com as respectivas áreas de atuação. Não prescreveu a lei que a concessão ou sua renovação *poderia ser* concedida à entidade que cumpre os requisitos legais, deixando claro que não se encontra no âmbito de discricionariedade do administrador a opção por conceder ou não o certificado ou sua renovação, havendo, na verdade, a obrigatoriedade da concessão ou renovação quando preenchidos todos os requisitos legais pela entidade, bem como a obrigatoriedade de indeferimento da concessão ou renovação quando não preenchidos os requisitos tais como exigidos na lei. 14. Nisso se constata a vinculação da atividade da administração pública em matéria de certificação, não existindo margem para atuação discricionária a exemplo da “flexibilização de algum requisito com base no princípio da ponderação”, sob pena de clara e direta afronta ao texto legal [...] 17. Pelo exposto, entendemos que, no que tange ao ato de concessão ou renovação de CEBAS, a vontade do legislador já está delineada e claramente posta nas normas que tratam da matéria, na medida em que se determinou que será concedida a certificação ou sua renovação à entidade que demonstre o cumprimento dos requisitos, devendo portanto apenas haver a exteriorização daquela vontade através do ato administrativo de concessão ou renovação quando preenchidos os requisitos legais ou através do ato de indeferimento da concessão ou renovação quando os mesmos requisitos não restarem preenchidos. 18. No nosso entendimento, não se afigura cabível, portanto, a flexibilização dos requisitos para a certificação, pelos motivos acima postos,

ressalvando-se que a impossibilidade de flexibilização diz respeito ao atendimento dos próprios requisitos, tal como delineado na consulta remetida, sendo que a forma de atendimento dos mesmos deve atender ao que prevê a legislação, sendo livre a forma quando a lei e/ou os normativos aplicáveis não preverem um meio específico de comprovação [...] 19. Pelo exposto, conclui-se que os atos relativos à certificação possuem a natureza jurídica de ato administrativo vinculado, não se afigurando cabível a flexibilização, por parte do órgão certificador, de qualquer requisito para a certificação com base no “princípio da ponderação”. (Destaque nosso)

57. Nesse sentido, a CONJUR/MEC, mediante o ‘Parecer nº 302/2015/CONJUR-MEC/CGU/AGU’, explicitou o seu entendimento sobre a problemática deste modo:

26. No caso da concessão e renovação de CEBAS, a Lei nº 12.101, de 2009, em seu art. 1º, estabelece que a certificação das entidades beneficentes de assistência social e a isenção de contribuições para a seguridade social serão concedidas às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, e que atendam os requisitos e condições previstos nos demais dispositivos daquela lei [...] 28. Na mesma linha, o art. 12 do: mesmo diploma legal, que além de expressamente condicionar a concessão de: CEBAS ao atendimento de requisitos previstos naquela lei, também remete a outras normas a fixação de requisitos adicionais para tanto [...] 29. Pois bem, extrai-se dos normativos acima transcritos, que o legislador ordinário conferiu à certificação e à renovação de CEBAS o caráter de ato administrativo vinculado, visto que, frise-se, categoricamente, condiciona a sua concessão tão-somente ao atendimento pela entidade interessada dos requisitos previamente e expressamente estabelecidos na legislação que trata da matéria. 30. Ademais, verifica-se que o legislador ordinário estabeleceu requisitos e critérios claros e objetivos para a concessão de certificado, que devem ser cumpridos pelas instituições que pleiteiam o CEBAS, e avaliados pela Administração no momento da análise dos pedidos. E a decisão de concessão de CEBAS por parte do órgão certificador, nos termos da legislação aplicável, deve ater-se à verificação de tais requisitos por parte da entidade interessada, sob pena de invalidação. 31. De outro giro, observe-se que a lei não conferiu margem de liberdade de decisão à Administração. Note-se que os conteúdos das normas veiculadas tanto no art. 1º, como no art. 12 da Lei nº 12.101, de 2009, têm caráter cogente, isto é, impositivas ao administrador, no sentido de que a certificação e a renovação do CEBAS apenas sejam concedidas àquelas entidades que atendam aos requisitos da legislação aplicável à matéria, não possibilitando, portanto, à Administração a realização de qualquer valorização quanto aos aspectos de conveniência e oportunidade no momento da emissão do ato administrativo. 32. Desta sorte, a nosso ver, em respeito ao princípio da legalidade que deve reger a atividade administrativa, pelo qual a atuação da Administração deve ser sempre subjacente à lei, os atos de certificação e renovação de CEBAS são atos administrativos vinculados, e, portanto, não permitem ao órgão certificador a flexibilização dos requisitos fixados em lei [...] 33. Ante todo o exposto, s.m.j., conclui essa Consultoria que [...] b) em respeito ao princípio da legalidade que deve reger a atividade administrativa, pelo qual a atuação da Administração deve ser sempre subjacente à lei, os atos de certificação e renovação de CEBAS são atos administrativos vinculados, e, portanto, não permitem ao órgão certificador a flexibilização

dos requisitos fixados em lei. (Destaque nosso)

58. Igualmente, a respectiva área técnica do Ministério da Educação, por meio da 'Informação nº 307/2015-CGCEBAS/DPR/SERES/MEC', assim se pronunciou sobre a questão:

28. Sobre este fato, com a devida vênia, é essencial fazer nova referência ao art. 1º da Lei nº 12.101, de 2009, que dispõe que o CEBAS será concedido "*às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência, saúde ou educação, e que, atendam ao disposto nesta Lei*". 29. Conforme pode ser observado, a própria lei que dispõe sobre os procedimentos de certificação, em seu artigo primeiro, aborda a importância do cumprimento aos requisitos por ela impostos. Sendo assim, esta área técnica entende ser contrário à Lei a promoção de qualquer ato que flexibilize os requisitos legais exigidos e, também a aplicação do princípio da ponderação. Entende-se que o Legislador estabeleceu critérios claros para a concessão do certificado, que devem ser devidamente cumpridos pelas instituições que pleiteiam o CEBAS, e que, em caso de verificação de descumprimento de qualquer disposição legal, esta área técnica promove seu indeferimento. A partir da adoção de tal postura, busca-se o respeito aos princípios da legalidade e da segurança jurídica em todos os atos praticados no âmbito desta instância certificadora, conforme determina o art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. 30. Nessa perspectiva, toma-se relevante destacar que este Ministério adota fluxos de supervisão e monitoramento, com vistas a zelar pela manutenção do cumprimento dos requisitos necessários à certificação, em respeito ao que dispõe o art. 15 do Decreto nº 8.242, de 23 de maio de 2014. A título de ilustração, hoje temos em média 55 Supervisões e 75 Revisões Administrativas instaurados nesta Pasta Ministerial, de entidades que apresentam algum indicativo de irregularidade, devidamente publicadas no Diário Oficial da União e com a devida oportunidade de defesa da entidade, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa. 31. Assim, diante de todo o exposto, esta área técnica manifesta no seguinte sentido: [...] b) Entendemos ser inviável, à luz da legislação do CEBAS e dos princípios da legalidade e da segurança jurídica aos quais se refere o art. 2º da Lei nº 9.784, 1999, a flexibilização ou ponderação dos requisitos exigidos em lei para certificação. (Grifos nossos)

59. Desse modo, feita a explanação dos entendimentos dissonantes, adota-se, no presente opinativo, o posicionamento exarado pela PGFN, pela CONJUR/MDS e pela CONJUR/MEC, de modo que o ato de certificação/renovação do CEBAS é inteiramente vinculado, não comportando flexibilização, com base na 'técnica da ponderação', dos requisitos exigidos na legislação aplicável.

60. De fato, como dito acima, a "certificação", ato administrativo não tributário a cargo do Ministério certificador, consiste em instituto distinto da "isenção" (imunidade) tributária, em que a atribuição recai sobre a Secretaria da Receita Federal do Brasil.

61. Nesse contexto, por se constituir ato administrativo, a certificação/renovação deve observar a legalidade estrita, prevista no "caput" do artigo 37 da CF, a qual consiste no sustentáculo do regime jurídico-administrativo e decorre, essencialmente, do Estado Democrático de Direito, de modo que a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei previamente determine ou autorize, consoante assim ensina Celso Antônio

Bandeira de Mello:

7. Este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo [...] o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que me dá a identidade própria. Por isso mesmo é princípio basilar do regime jurídico-administrativo [...] É o fruto da submissão do Estado à Lei [...] o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos [...] garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral [...] Instaura-se o princípio de que todo poder emana do povo, de tal sorte que os cidadãos é que são proclamados como os detentores do poder [...] Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática [...] além de não poder atuar *contra legem ou praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem* [...] No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição Federal [...] O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores. São Paulo. 27ª edição. 2010. P. 99-106). (Destaque nosso)

62. Nesse cenário, os artigos 1º e 3º da Lei nº 12.101/2009 explicitam, claramente, a **necessidade de a entidade preencher, conforme o caso, os requisitos objetivamente previstos na lei, para a obtenção/renovação do certificado em foco, senão vejamos:**

Art. 1º A certificação das entidades beneficentes de assistência social e a isenção de contribuições para a seguridade social serão concedidas às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, e que atendam ao disposto nesta Lei. (Grifos nossos)

Art. 3º A certificação ou sua renovação será concedida à entidade beneficente que demonstre, no exercício fiscal anterior ao do requerimento, observado o período mínimo de 12 (doze) meses de constituição da entidade, o cumprimento do disposto nas Seções I, II, III e IV deste Capítulo, de acordo com as respectivas áreas de atuação, e cumpra, cumulativamente, os seguintes requisitos: [...] (Destacamos)

63. Dessa forma, à luz da legislação vigente (Lei nº 12.101/2009 e Decreto Federal nº 8.242/2014), extrai-se que, para a 'certificação', são exigidos, de forma objetiva, tanto requisitos "gerais" (artigo 3º cumulado com artigo 1º) quanto requisitos "específicos" relativos à respectiva área de atuação da entidade, podendo ser na 'saúde' (artigos 4º a 11), na 'educação' (artigos 12 a 17) e/ou na 'assistência social' (artigos 18 a 20).

64. Desse modo, infere-se que a legislação em apreço traçou, sem dar margens de escolha ao administrador, os requisitos necessários para a obtenção/renovação do certificado, de modo que se verifica que a certificação consiste em ato administrativo inteiramente vinculado, conforme assim leciona Diógenes Gasparini:

Vinculados são os atos administrativos praticados conforme o único comportamento que a lei prescreve à Administração Pública. A lei prescreve, em princípio, se, quando e como deve a Administração Pública agir ou decidir. A vontade da lei só estará satisfeita com esse comportamento, já que não permite à Administração Pública qualquer outro. Esses atos decorrem do exercício de uma atribuição vinculada ou, como prefere boa parte dos autores, do desempenho do poder vinculado, em cuja prática a Administração Pública não tem qualquer margem de liberdade [...] Sabe-se que se está diante de uma atribuição dessa natureza em razão do enunciado legal, consubstanciado nas expressões: 'será concedido', 'será outorgado', ou outra da mesma índole [...] Discrecionários são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento. Essa escolha se faz por critério de conveniência e oportunidade, ou seja, de mérito [...] A hipótese legal incumbe-se, em princípio, de indicar quando é possível essa atuação por meio das expressões: será facultado, poderá o Poder Público, ou outra da mesma natureza [...] (GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 13 ed. Saraiva. São Paulo: 2008, p. 97-982). (Grifou-se)

65. Nesse cenário, cumpre-nos externar que o preenchimento, pela respectiva entidade, de todos os requisitos exigidos na legislação aplicável consiste no único pressuposto previsto na lei para o ato de deferimento do pedido de concessão/renovação do CEBAS, destacando-se que, em relação ao 'motivo' como elemento do ato administrativo, assim tem externado a doutrina pátria:

Os motivos são as razões de fato e de direito, que dão ensejo à prática do ato, ou seja, a situação fática que precipita a edição do ato administrativo. Deve-se analisar o motivo sob duas óticas, quais sejam, o pressuposto jurídico que se configura pela norma do ordenamento jurídico que prevê um determinado fato que precipitará a prática do ato administrativo; e o pressuposto de fato, que se trata das circunstâncias ocorridas no plano fático, justificando a conduta estatal [...] Ademais, a situação fática perpetrada pelo particular deve corresponder exatamente à situação disposta em lei como ensejadora e justificadora do ato administrativo, ou seja, deve haver subsunção da norma à situação de fato. Em outras palavras, há uma coincidência entre a situação prevista em lei como necessária à precipitação da conduta estatal e a circunstância fática [...] Por fim, para que não haja irregularidade no ato administrativo, em razão do vício no elemento motivo, deve haver adequação entre o motivo que deu ensejo à prática do ato e o resultado a ser obtido pela atuação estatal, propriamente dita. (CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. JusPodivm. Salvador. 2ª Edição. 2015. P. 255-256). (Grifos nossos)

66. Inclusive, registre-se que o artigo 2º, parágrafo único, alínea "d", da Lei nº 4.717/65 dispõe que "a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido."

67. No mais, em relação à técnica da "ponderação", diga-se que decorre de construção

doutrinária, destacando-se Robert Alexy e Ronald Dworkin, relacionada às novas tendências de interpretação jurídica, atreladas ao “Neoconstitucionalismo”.

68. Nesse cenário, vale dizer que se tem entendido que as ‘normas’ jurídicas subdividem-se em ‘regras’ e ‘princípios’, sendo a técnica da “ponderação” aplicada para dirimir colisões principiológicas, consoante ensina a doutrina do seguinte modo:

A doutrina vem se debruçando sobre a importante e complexa distinção entre regras e princípios, partindo da premissa de que ambos são espécies de normas [...] Barroso, avançando, identifica uma distinção qualitativa ou estrutural entre regras e princípios. Conforme anota, ‘a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central [...] E, em seguida, conclui: - regras: relatos descritivos de condutas a partir dos quais, mediante subsunção, havendo enquadramento do fato à previsão abstrata, chega-se à conclusão. Diante do conflito entre regras, apenas uma prevalece dentro da ideia do tudo ou nada (“all or nothing”). A ‘... regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outras mais específica ou senão estiver em vigor’ (ou seja, acrescente-se, critério hierárquico, da especialidade ou cronológico); - princípios: a previsão dos relatos se dá de maneira mais abstrata, sem se determinar a conduta correta, já que cada caso concreto deverá ser analisado para que o intérprete dê o exato peso entre os eventuais princípios em choque (colisão). Assim, a aplicação dos princípios ‘não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.’ Destaca-se, assim, a técnica da ponderação e do balanceamento, sendo, portanto, os princípios valorativos ou finalísticos. Nessa linha, partindo da proposta de diferenciação formulada por Dworkin, Robert Alexy dela se afasta e avança ao caracterizar os princípios como mandamentos ou mandados de otimização. (LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. Saraiva. São Paulo. 17ª ed. 2013. P. 135-136). (Destacamos)

69. Desse modo, extrai-se que os conflitos entre regras seriam solucionados no plano da validade, excluindo-se, assim, a norma reputada como inválida, ao passo que as colisões principiológicas seriam dirimidas pela técnica da “ponderação”, por meio do sopesamento de interesses existentes no caso concreto.

70. Nesse cenário, em atenção à legalidade estrita e aos princípios da segurança jurídica e da igualdade, não se entende viável, no presente caso, afastar, por via oblíqua, uma regra, para, a pretexto de se utilizar a técnica da “ponderação”, fazer prevalecer princípios genéricos e subjetivos, tais como, o da continuidade administrativa, em detrimento de lei editada, num Estado Democrático de Direito[9], por representantes do povo.

71. Inclusive, nesse sentido, cumpre-nos transcrever a seguinte crítica exarada pelo jurista Lenio Luiz Streck, acerca da aplicação exacerbada da técnica da “ponderação”:

[...] o neoconstitucionalismo não pode(ria) e não deve(ria) depender de juízos de ponderação, mormente se percebermos que “ponderação” e “discrecionabilidade” são faces de uma

mesma moeda [...] é impossível sustentar a subsunção no plano dos paradigmas filosóficos pós-giro linguístico. Ao mesmo tempo, isso faz com que a ponderação se transforme em um procedimento generalizado de aplicação do Direito. Desse modo, em todo e qualquer processo aplicativo, haveria a necessidade de uma “parada” para que se efetuasse a ponderação. Nem vou falar aqui da ponderação de regras, por total falta de sentido [...] Tudo isso para dizer que não podemos mais aceitar que, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda se postule que a luz para a determinação do direito *in concreto* provenha do protagonista da sentença. Por isso, a necessidade de superarmos os discricionarismos, que, no mais das vezes, descambam na arbitrariedade interpretativa. (STRECK, Lenio Luiz. Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes. <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>> em 22 jun. 2015). (Destacamos)

72. Dessa forma, infere-se que o ato administrativo de certificação/renovação do CEBAS é inteiramente vinculado, não comportando flexibilização, pela “técnica da ponderação”, dos requisitos exigidos na legislação aplicável.

III – CONCLUSÃO:

73. Ante o exposto, diante dos argumentos acima delineados, opina-se que:

a) no que tange ao órgão federal competente para representar em juízo a União nas ações relativas ao CEBAS, se: a.1) a entidade, no processo judicial, requerer, apenas, a ‘certificação’, com base nos artigos 1º, 3º e 4º a 11 (saúde), ou, 12 a 17 (educação), ou, 18 a 20 (assistência social), todos da Lei nº 12.101/2009, a atribuição é de umas das unidades da Procuradoria-Geral da União, nos moldes do artigo 9º da Lei Complementar nº 73/1993; a.2) a pessoa jurídica, no processo judicial, pleitear, somente, a “isenção” (imunidade) tributária, com fulcro no artigo 29 da Lei nº 12.101/2009, a incumbência é de umas das unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nos termos do artigo 12, inciso V, da Lei Complementar nº 73/1993; e a.3) a entidade, no processo judicial, requerer tanto a ‘certificação’, embasada nos artigos 1º, 3º e 4º a 11 (saúde), ou, 12 a 17 (educação), ou, 18 a 20 (assistência social), todos da Lei nº 12.101/2009, quanto a “isenção” (imunidade) tributária, com esteio no artigo 29 da Lei nº 12.101/2009, a atribuição é de umas das unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, conforme artigo 12, V, da LC nº 73/1993 c/c ‘Parecer AGU SF/04/2008’;

b) compete aos Ministérios certificadores (MS, MEC e/ou MDS) aferir, de modo exauriente, a ausência de finalidade lucrativa da respectiva pessoa jurídica, com a análise, para tal, dos documentos pertinentes, tais como, dos atos constitutivos, das demonstrações contábeis, dentre outros; e

c) o ato administrativo de certificação/renovação do CEBAS é inteiramente vinculado, não comportando flexibilização, pela “técnica da ponderação”, dos requisitos exigidos na legislação aplicável.

74. Dê-se ciência do presente Parecer à Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (CRJ/PGFN), à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde (CONJUR/MS), à Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (CONJUR/MDS) e à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação (CONJUR/MEC).

À consideração superior.

Brasília-DF, 22 de junho de 2015.

Renato do Rego Valença

Advogado da União

Matrícula SIAPE nº 1646328

[1] Conforme artigo 29 e seguintes da Lei nº 12.101/2009.

[2] Contribuição previdenciária. Quota patronal. Entidade de fins assistenciais, filantrópicos e educacionais. Imunidade (CF, art. 195, § 7º). **A cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política – não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para a seguridade social – contemplou as entidades beneficentes de assistência social o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei. A jurisprudência constitucional do STF já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da CF, a existência de uma típica garantia de imunidade (e não de simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social. Precedente: RTJ 137/965 [...] (RMS 22.192, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-11-1995, Primeira Turma, DJ de 19-12-1996) (Destacamos)**

[3] Artigo 21 da Lei nº 12.101/2009.

[4] Artigo 32 da Lei nº 12.101/2009.

[5] A causa de pedir é o fato ou conjunto de fatos jurídicos (fato(s) da vida judicializado(s) pela incidência da hipótese normativa) e a relação jurídica, efeito daquele fato jurídico, trazidos pelo demandante como fundamento do seu pedido [...] Por vezes, a causa de pedir é composta. Diz-se composta a causa de pedir 'na hipótese em que corresponde a uma pluralidade de fatos individualizadores de uma única pretensão'. (DIIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume I. 14ª edição. JusPodivm. Salvador. Pág. 440-441).

[6] Consequência jurídica (eficácia) que se pretende ver implementada através da atividade jurisdicional. É, como dito alhures, o efeito jurídico do fato jurídico posto como causa de pedir. (DIIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume I. 14ª edição. JusPodivm. Salvador. Pág. 453)

[7] Art. 3º [...]

§ 7º As entidades que prestam serviços exclusivamente na área de assistência social e as indicadas no inciso I do § 2º do art. 38 ficam dispensadas da apresentação dos documentos referidos nos incisos V a VII

do caput. (Destaque nosso)

[8] Art. 21. A análise e decisão dos requerimentos de concessão ou de renovação dos certificados das entidades beneficentes de assistência social serão apreciadas no âmbito dos seguintes Ministérios:

I - da Saúde, quanto às entidades da área de saúde;

II - da Educação, quanto às entidades educacionais; e

III - do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, quanto às entidades de assistência social.

[...]

[9] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000105790201291 e da chave de acesso flc82a72

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENCA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 3242932 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENCA. Data e Hora: 30-07-2015 17:28. Número de Série: 1843715673178382964. Emissor: AC CAIXA PF v2.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS
COORDENAÇÃO-GERAL DE ORIENTAÇÃO

DESPACHO N. 00194/2015/CGOR/DECOR/CGU/AGU

NUP: 25000.105790/2012-91.

INTERESSADAS: Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (CRJ/PGFN), Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde (CONJUR/MS), Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (CONJUR/MDS) e Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação (CONJUR/MEC).

ASSUNTO: Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS).

Senhor Consultor-Geral da União,

1. Aprovo em todos os seus termos, e por seus próprios fundamentos, o Parecer nº 055/2015/DECOR/CGU/AGU, de autoria do Dr. Renato do Rego Valença.
2. Na esteira do art. 12, inciso V, do Anexo I do Decreto nº 7.392, de 2010, sugiro que a matéria também seja apreciada pelo Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União.

À consideração superior.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA
ADVOGADO DA UNIÃO
DIRETOR SUBSTITUTO DO DECOR/CGU/AGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000105790201291 e da chave de acesso flc82a72

Documento assinado eletronicamente por VICTOR XIMENES NOGUEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 3550021 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a):

VICTOR XIMENES NOGUEIRA. Data e Hora: 14-07-2015 16:02. Número de Série: 8989594703127723889.
Emissor: AC CAIXA PF v2.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO nº 415/2015

NUP: 25000.105790/2012-91.

INTERESSADAS: Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (CRJ/PGFN), Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde (CONJUR/MS), Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (CONJUR/MDS) e Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação (CONJUR/MEC).

ASSUNTO: Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS).

Senhor Advogado-Geral da União,

1. Estou de acordo com o Parecer nº 055/2015/DECOR/CGU/AGU, e com o Despacho nº 194/2015/CGOR/DECOR/CGU/AGU que o aprovou.
2. Cientifique-se a Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (CRJ/PGFN), a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde (CONJUR/MS), a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (CONJUR/MDS) e a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação (CONJUR/MEC).

Brasília, 31 de julho de 2015.


JOSE LEVI MELLO DO AMARAL JUNIOR
CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REFERÊNCIA: Processo nº 25000.105790/2012-91

1. Aprovo, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União, o Parecer nº 055/2015/DECOR/CGU/AGU e o DESPACHO nº 194/2015/CGOR/DECOR/CGU/AGU.
2. Restituam-se os autos à Consultoria-Geral da União para as providências subsequentes.

Em 31 de julho de 2015

LUIS INÁCIO LUCENA ADAMS

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke, positioned over the printed name.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
GABINETE DA CONSULTORIA JURÍDICA
ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO G, EDIFÍCIO SEDE, 6º ANDAR, CEP 70058-901.

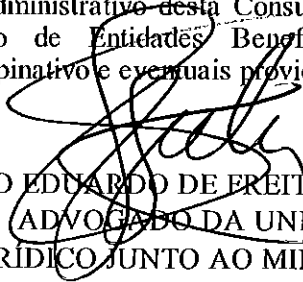
DESPACHO n. 34073/2016/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 00737.005397/2016-97

INTERESSADOS: COORDENAÇÃO GERAL DE CERTIFICAÇÃO - CGCER

ASSUNTOS: DILIGÊNCIAS

1. Aprovo a Nota nº 02409/2016/CONJUR-MS/CGU/AGU, da lavra do Procurador Federal e Responsável pelo Núcleo de Consultoria em Matéria de Saúde, Atos Normativos e Pessoal, Dr. Daniel Picolo Catelli, adotando seus fundamentos e conclusão.
2. Nestes termos, ao Apoio Administrativo desta Consultoria Jurídica, para que encaminhe os presentes autos ao Departamento de Certificação de Entidades Beneficentes de Assistência Social em Saúde - DCEBAS/SAS/MS, para conhecimento do opinativo e eventuais providências cabíveis.


SÉRGIO EDUARDO DE FREITAS TAPETY
ADVOGADO DA UNIÃO

CONSULTOR JURÍDICO JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00737005397201697 e da chave de acesso 5861f109

DCEBAS/SAS
RECEBIDO EM: 14/06/16
HORÁRIO: 10:45
FUNC: [Signature]
MATRÍCULA: [Signature]
13/06/16