

# PROCURADORES DA REPÚBLICA

ANO II - Nº 21 - JANEIRO - 2000

## CRIME EM TELECOMUNICAÇÕES



### E MAIS:

**Decisão do TSE ameaça a  
liberdade na Internet**

**limites da decisão da Câmara  
Criminal do Ministério Público  
Federal**

**Entidades educacionais.  
Não aplicação de imunidade  
prevista no Artigo 195, § 7º, CF.  
Eventual isenção na proporção  
do serviço gratuito prestado.  
Efeitos da liminar em ADIM.**

**DIRETRIZES  
APROVADAS PELO  
COLÉGIO DE  
PROCURADORES**

**página 32**

**DECISÃO DO TSE AMEAÇA A LIBERDADE NA INTERNET**

*Sérgio Sá Leitão* - Jornalista, mestrando em comunicação e sistemas sociais na ECO/UFRJ e diretor de conteúdo da TVZero Multimídia. .... 3

**LIMITES DA DECISÃO DA CÂMARA CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

*Claudio Lemos Fonteles* - Subprocurador Geral da República e Membro Titular da Câmara Criminal do Ministério Público Federal ..... 4

**CRIME EM TELECOMUNICAÇÃO**

*Francisco Dias Teixeira* - PRR/3ª Região ..... 6

**ENTIDADES EDUCACIONAIS. NÃO APLICAÇÃO DE IMUNIDADE PREVISTA NO ARTIGO 195, § 7º, CF. EVENTUAL ISENÇÃO NA PROPORÇÃO DO SERVIÇO GRATUITO PRESTADO. EFEITOS DA LIMINAR EM ADIM**

*Rosária de Fátima Almeida Vilela* - PRR/3ª Região ..... 15

**DIRETRIZES APROVADAS PELO COLÉGIO DE PROCURADORES ..... 32**

EXPEDIENTE

BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA - ANO II - Nº 21 - JANEIRO 2000

**Conselho Editorial:** Aloísio Firmo, Elizabeth Kablukow Bonora Peinado, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Maria Helena Nogueira de Paula, Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, Odim Brandão Ferreira e Rosângela Pofahl Batista.

**Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva:**

**Conselho Curador:** Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Flávio Paixão de Moura Júnior, Inês Virgínia Prado Soares, Márcia Noll Barboza, Marco Túlio de Oliveira, Marcos Antônio da Silva Costa e Silva e Newton Pena.

**Diretoria Executiva:** Antonio Carlos Fonseca, Denise Vince Túlio e Eugênio José Guilherme de Aragão.

**Associação Nacional dos Procuradores da República:**

**Presidente:** Carlos Frederico Santos

**Vice-Presidente:** Gilda Pereira de Carvalho Berger

**Diretores:** Adonis Callou de Araújo Sá, Carlos Augusto da Silva Cazarré, Elton Venturi, Ieda Maria Andrade Lima, José Adércio Leite Sampaio, Mário Luiz Bonsaglia, Nicolao Dino de C. e Costa Neto, Nívio de Freitas Silva Filho, Mário Luiz Bonsaglia, Robério Nunes dos Anjos Filho e Valquíria Oliveira Quixadá Nunes.

**Revisão:** Luiza Cristina Fonseca Frischeisen e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

**Diagramação, Impressão e Distribuição:** Artchip Editora Ltda.: (11) 241-8899 - 240-7679 - www.artchip.com.br

**Tiragem:** 1.700 - Distribuição gratuita

**Capa:** Fábio Giacomelli Lyrio

Os artigos são de inteira responsabilidade de seus autores.

# DECISÃO DO TSE AMEAÇA A LIBERDADE NA INTERNET

Sérgio Sá Leitão

Jornalista, mestrando em comunicação e sistemas sociais na ECO/UFRJ e diretor de conteúdo da TVZero Multimídia.

Não mereceu a devida atenção (e o necessário repúdio) a recente decisão do Tribunal Superior Eleitoral (divulgada, curiosamente, na antevéspera do Carnaval) de incluir a Internet no rol dos meios de comunicação e suportes de publicidade que não podem ser usados por candidatos e pré-candidatos às eleições de 2000 para veicular "propaganda eleitoral" antes do dia 6 de julho, quando começa, segundo o calendário oficial, o período de campanha. Os transgressores sujeitam-se a multas de 20 mil a 50 mil Ufirs (ou, em moeda corrente, R\$ 21.300 a R\$ 53.200).

Investigar as razões do silêncio pode ser um exercício interessante. Pelo menos três fascinantes traços da cultura nacional vêm, imediatamente, à luz. O primeiro, óbvio, diz respeito ao momento escolhido pelo TSE para comunicar o seu entendimento sobre o uso político e eleitoral da Internet. Como se sabe, boa parte do Brasil apolíneo adormece em berço esplêndido durante o Carnaval, festa que a cada ano começa mais cedo e termina mais tarde. Em seu posto emerge o Brasil dionisíaco, e nada do que acontece neste período no outro país alcança e mobiliza este.

O segundo, de obviedade menos aparente, corresponde a efeitos sociais dos fenômenos da ginga, da malandragem e do jogo-de-cintura, estudados brilhantemente por Gilberto Freyre e Roberto DaMatta, que se manifestam de variadas formas em nossa história. No caso, pode-se intuir que, à moda de obstáculos jurídicos anteriores, os diretamente afetados tenham optado por dispensar o protesto contra a norma equivocada e preferido buscar formas de driblá-la. Finalmente, deve-se notar, no gesto do TSE, aquele velho impulso autoritário de controlar o novo e o misterioso.

Examinar o mérito da questão, porém, é tarefa ainda mais interessante. Os tradicionais panfletos, os onipresentes outdoors, os desagradáveis carros de som e os novos sites da rede mundial de computadores têm, para os ministros do TSE, o mesmo valor, a despeito das nítidas diferenças conceituais e simbólicas entre eles, evidenciadas pelos processos diversos em que se dá, em cada um, a relação entre emissor e receptor de mensagens. Tudo o que venha a ser reconhecido pelo judiciário eleitoral como "propaganda" ou "campanha" está, a partir de agora, proibido.

Note-se, porém, que a decisão incorre em boa dose de subjetividade e hipocrisia. O texto perpetrado pelo TSE, na verdade, não impede que um candidato ou pré-candidato tenha o seu site. Ele apenas não pode informar aos internautas que é, de fato, candidato ou pré-candidato a um cargo eletivo. O político pode dizer

o que pensa sobre qualquer assunto, mas deve esquivar-se de mencionar palavras que, na literalidade comezinha dos tribunais, possam ser associadas objetivamente à eleição. Instaura-se, assim, conforme Oscar Wilde, a campanha que não ousa dizer seu nome.

Trata-se de interpretação precipitada e equivocada de uma legislação que, afinal, não traz referência explícita à Internet, amparada em uma visão rasteira e limitadora da nova mídia. Precipitada, porque os ministros do TSE não recorreram aos cientistas sociais especializados para compreender mais profundamente as características específicas da comunicação através da rede mundial de computadores e saber se conceitos como "propaganda" e "campanha" têm, no "universo virtual", sentidos análogos aos que, no chamado "real histórico", são normalmente atribuídos a eles.

Equivocada porque, se consultados, tais intelectuais diriam que a Internet é uma nova esfera de relações (e, portanto, de comunicação) entre os homens, com uma eticidade singular, o que torna absurda a extensão pura e simples a ela de uma norma aplicada a outros meios de comunicação e suportes de publicidade; que a liberdade de expressão e a democratização do acesso e do fornecimento de conteúdo são dois de seus traços fundamentais, talvez fundadores, sem os quais ela não seria o que é; que "propaganda" e "campanha" ganham, efetivamente, outro sentido na rede.

Para perceber o alcance da bobagem cometida, basta aos ministros do TSE aprender uma, e apenas uma lição a respeito de Internet: enquanto o outdoor e o comercial de televisão são impostos aos pedestres e espectadores, pois encontram-se, em sentido literal e figurado, em seus caminhos (seja na rua, seja na programação), o site só pode ser alcançado se os internautas (4% da população brasileira) digitarem (e digitar é um ato de absoluta consciência) um endereço, o que caracteriza um desejo claro de receber as informações fornecidas; no caso, as mensagens eleitorais.

O TSE precisa enfrentar o grave paradoxo da decisão, que obriga políticos (e não pedófilos ou terroristas) a recorrer a subterfúgios para, no fim das contas, realizar uma das vocações mais caras a essa fantástica fábrica de cidadania e equidade que a Internet pode ser; e a sua própria vocação de transmitir idéias, valores e informações para a sociedade, sem dissimulações. A liberdade de campanha na Internet (e aqui não se fala, claro, de calúnias, injúrias e difamações) permite a igualdade entre candidatos e produz politização. Que mal há nela que justifique a sua restrição temporal?

# LIMITES DA DECISÃO DA CÂMARA CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Claudio Lemos Fonteles

Subprocurador Geral da República e Membro Titular da Câmara Criminal do Ministério Público Federal

1. Motiva-me para o presente escrito, excelente parecer do il. colega Roberto dos Santos Ferreira, Procurador Regional da República no Estado do Rio de Janeiro, publicado no conceituado Boletim dos Procuradores da República - ano II, nº 18 - outubro de 1999 - pgs. 26/31 - e também a denúncia formalizada pelo não menos il. colega Marcelo Serra Azul, Procurador da República com atuação na área criminal, no Distrito Federal, no chamado "Caso Xingó."

2. É que, no chamado "Caso Xingó", unânime fez-se a manifestação da Câmara Criminal de nossa Instituição, no acolhimento de meu voto de Relatoria, no sentido de que devesse Procurador da República denunciar pessoas **nominadas**, por **determinadas** infrações, tudo como expressamente indicado no voto, assim acolhido.

3. O il. colega Marcelo Serra Azul, a quem coube a regular distribuição, formalizando a denúncia, não só **estendeu-a** a pessoas outras, como também **modificou** a definição jurídica dos fatos.

4. Está correta essa postura funcional do il. colega Marcelo Serra Azul?

5. De plano, tal como o il. colega Roberto dos Santos Ferreira, também assento que a Câmara Criminal **tem a palavra final** no dissenso que aconteça entre membro do Ministério Público Federal e Magistrado Federal. A propósito, produzi artigo intitulado: "Atribuições à decisão revisional sobre conclusão pelo arquivamento do inquérito policial", publicado na Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do D.F. e Territórios - ano 3º - nº 5 - janeiro/junho 1995.

6. Isso estabelecido, muito próprio o que diz o il. colega Roberto dos Santos Ferreira, **verbis**:

*"22. A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, em cumprimento de seu mister conferido pelo art. 62, IV da Lei Complementar nº 75/93 c/c do art. 28 do CPP, atua como órgão revisor do arquivamento requerido, sob os auspícios do princípio da obrigatoriedade mitigada, o que prevê a participação do Judiciário como fiscal da aplicação do referido princípio. Atua, portanto, no âmbito do Poder revisional, adstrito às provas coligidas no inquérito policial e às razões de arquivamento, cotejando-se, a fim de verificar de sua procedência. Neste contexto, poderá adotar*

*as seguintes medidas: a) determinar o arquivamento, b) decidir pela necessidade de continuar com as investigações, hipótese em que considere o arquivamento pedido prematuro; c) decidir pelo oferecimento de denúncia.*

*(Boletim nº 18 - pg. 29, grifos nossos)*

7. Decidindo-se a Câmara Criminal pelo oferecimento da denúncia, e concluindo, como é corriqueiro, por apontar a pessoa, ou o grupo de pessoas, a ser acusada, e por qual, ou quais, figura típico-penal, o Procurador da República jungido está aos limites do assim decidido pela Câmara Criminal?

8. Dí-lo que não o il. colega Roberto dos Santos Ferreira, porque, **verbis**:

*"33. A nosso sentir, dadas as especificidades próprias da sistemática de verificação da procedência das razões do pedido de arquivamento, com derrogação do art. 28, do CPP, através da atribuição revisional a um órgão setorial do Ministério Público Federal (art. 58 da Lei Complementar nº 75/93), sem capacidade postulatória, bem assim do art. 129, I, da CF, que atribui a titularidade da ação penal pública aos membros do Ministério Público e, ainda, ante os princípios do promotor natural e da independência funcional, afigura-se insustentável a adoção da clássica tese de delegação de atribuições, com a fixação de parâmetros rígidos e insuperáveis, relativamente à autoria e à materialidade do crime, para ao oferecimento da peça acusatória. A decisão, conforme asseverado em item próprio, pode variar conforme o fundamento do pedido de arquivamento, mas em todos os casos há de fornecer, apenas e tão-somente, um conteúdo mínimo a ser necessariamente observado pelo membro do Ministério Público quando do oferecimento da denúncia." (Boletim nº 18 - pg 30, grifos nossos)*

9. Empreendo outra linha de argumentação.

10. Fixo-me, então, na compreensão que há de se dar ao **artigo 28**, do C.P.P., presente sempre o **inciso IV**, do **artigo 62**, da nossa Lei Complementar nº 75/93.

11. Diz o artigo 28 do C.P.P., **verbis**:

*"Se o órgão do Ministério Público, ao invés de*

*apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”*

12. E o **artigo 62**, no seu **inciso IV**, de nossa Lei Complementar nº 75/93, realmente **derrogando - revogação parcial - o artigo 28**, posto que **permanece jurídica a possibilidade do dissenso** entre membro do Ministério Público e Magistrado sobre o arquivamento do inquérito policial, à Câmara de Coordenação e Revisão Criminal faz competir o

*“manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial”.*

salvo “nos casos de competência originária do Procurador-Geral”, em que a palavra final é do **próprio Procurador-Geral**.

13. Mas o **artigo 28** faz do Procurador-Geral o Promotor Natural para todos os feitos em que não prestigia o pedido de arquivamento?

14. Está claro que não!

15. O Procurador-Geral só é o Promotor Natural para os feitos em que tem a **competência originária estabelecida constitucionalmente**.

16. Por isso, bem andou nossa Lei Complementar nº 75/93, que justamente é **complementar** à Constituição, no retro transcrito **inciso IV**, do **artigo 62**, em **excepcionar** a decisão do Procurador-Geral, sobre o arquivamento dos inquéritos que lhe são originários, do controle da Câmara Criminal. Fora disso, todos os mais dissensos têm na Câmara Criminal a decisão final.

17. Quando o **artigo 28** habilitava o Procurador-Geral a denunciar em 1ª instância, porque não prestigiara a conclusão pelo arquivamento, é de se entender que tal só seria juridicamente aceitável caso não houvesse **outro** membro do Ministério Público a titular o ato acusatório. O próprio **artigo 28**, prevendo, expressamente, a designação de **outro** órgão do Ministério Público para denunciar, **restringe**, então, a ação do Procurador-Geral em 1º grau à **impossibilidade total de outro membro da Instituição a denunciar**.

18. Pense-se que este Código de Processo Penal está escrito para o **alvorecer da década de 1940** e, por certo, poucos eram os membros do Ministério Público.

19. Mas, hoje, por força da Lei Complementar nº 75/93 é a Câmara Criminal do Ministério Público Federal quem define o dissenso sobre o arquivamento do inquérito policial e, **por sua própria natureza - órgão institucional colegiado** - se conclui pela presença de **fumus boni iuris** ao ato acusatório encaminha os autos, como tem feito, às Coordenadorias Criminais nos Estados à normal distribuição, para **outro** colega, do feito.

20. Esse outro colega é o Promotor Natural, **que nunca deixou de estar no 1º grau de jurisdição**, e, por isso, **abre-se-lhe extensão temática ampla** para a formalização do ato acusatório.

21. Neste passo, é que me distancio do judicioso trabalho do il. colega Roberto dos Santos Ferreira porque, para ele, a decisão da Câmara restringe o colega **ao conteúdo mínimo** do ato acusatório. Suas estas palavras, verbis:

*“35. No caso dos autos, a Câmara Revisional ordena a apresentação de denúncia por prática de crime previsto no art. 4º, da Lei nº 7492/86, fornecendo ao membro do Ministério Público Federal, apenas o conteúdo mínimo da imputação, em homenagem ao disposto no art. 127, § 1º, in fine, da CF. Em outras palavras, encontrava-se o membro do Ministério Público Federal apenas jungido à formulação de denúncia por violação em tese do art. 4º, da Lei nº 7492/86 - objeto do pedido repellido de arquivamento -, mas não estava impedido de livremente valorar os demais aspectos do conjunto probatório e, assim, respeitado o conteúdo mínimo, imputar novos fatos delituosos aos supostos autores, formando sua opinio delicti.” (Boletim nº 18 - pg. 31, grifamos)*

22. Penso que não.

23. Mesmo este conteúdo mínimo substancial **pode receber definição jurídica diversa**, por parte do Procurador da República, o **outro** Promotor Natural, já que o primeiro entendera crime não haver.

24. Foi a postura do il. colega Marcelo Serra Azul.

25. Os fatos que avaliei, e conclui capazes de embasar acusação, disse-a por condutas de corrupção passiva e ativa. O il. colega Marcelo Serra Azul disse-os pertinentes a peculato, e assim formalizou a denúncia.

26. Nada de anormal em sua conduta. Como nada de anormal haveria se deduzisse **outros** fatos porque, Promotor Natural do feito, **“abre-se-lhe extensão temática ampla** para a formalização do ato acusatório (**item 20**, retro), e aqui volto a trilhar as lúcidas colocações do il. colega Roberto dos Santos Ferreira.

27. O **conteúdo mínimo**, de observância obrigatória pelo Promotor Natural, **reside no fato**, como descrito na decisão da Câmara; e **no autor**, que aponta.

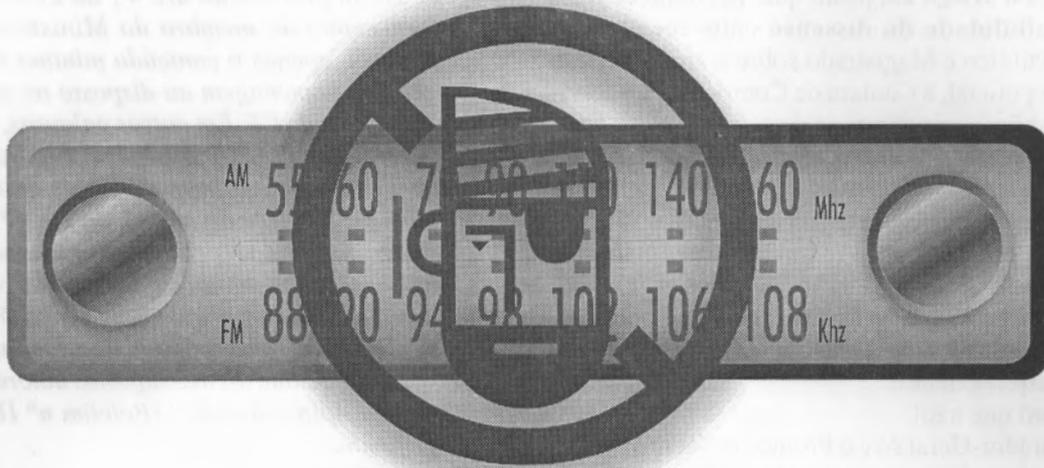
28. A partir daí, o Promotor Natural

- a) pode alterar a definição jurídica do fato;
- b) pode ampliar a extensão temática da acusação;
- e
- c) pode ampliar a linha de acusado, ou acusados.

29. Assim como quando a instância judicante superior reforma decisão do juízo, **não a pode substituir**, pena suprimir instância, **violando o princípio do Juiz Natural**, do mesmo modo, no dissenso sobre o arquivamento do inquérito policial, a conclusão da Câmara Criminal, **viabilizando a acusação, por necessário define conteúdo mínimo para a ação do Promotor Natural**.

# CRIME EM TELECOMUNICAÇÃO<sup>1</sup>

Francisco Dias Teixeira  
PRR/3ª Região



## I - INTRODUÇÃO

### 1. ANTECEDENTES (A LEI Nº 4.117/62)

Persiste a discussão em torno das chamadas “rádios clandestinas”<sup>2</sup>. Discutiu-se muito sobre a compatibilidade da norma penal contida no art. 70 da Lei nº 4.117/62<sup>3</sup> com a Carta Política de 1988 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que entrou em vigor no Brasil em 25/9/92 e foi promulgada através do Decreto nº 678, de 6/11/92. Com efeito, tanto a nossa Carta Política quanto a Convenção Internacional garantem a liberdade de expressão e traçam diretrizes para regramento dos meios de comunicação, proscurendo o monopólio deles, e, conseqüentemente, assegurando a democratização do acesso a esses meios e a pluralidade da informação. Com base nisso, os partidários da inconstitucionalidade da norma legal concluem que não apenas a norma penal contida na Lei nº 4.117/62 mas também os comandos de ordem administrativa ali inseridos conflitam com Carta Política e o Convenção Internacional, na medida em que, ao condicionar a instalação de radiodifusão a autorização do Poder Público e sujeitar o infrator à sanção penal, dificultam ou impedem a livre

expressão, permitem o monopólio dos meios de comunicação e, conseqüentemente, inibem a liberdade de informação.<sup>4</sup>

Realmente, a Lei nº 4.117/62, denominada “Código Brasileiro de Telecomunicações”, concebia a execução do serviço de radiodifusão apenas sob a forma empresarial (art. 38), não contemplando a hipótese de rádios comunitárias, com finalidade exclusivamente cultural, social ou filantrópica. Assim, ainda que promulgada sob um regime político democrático, esse Estatuto bem serviu ao regime autoritário, permitindo a formação de grandes empresas de telecomunicação, que deram sustentação ideológica àquele regime, e têm demonstrando grande capacidade de se perfilar ao lado do poder estatal e das pessoas que o detêm, nem sempre atendendo aos interesses da sociedade.<sup>5</sup>

Nesse contexto, a norma repressiva contida no art. 70 da Lei nº 4.117/62, ainda que, sob o aspecto jurídico-penal, não cause estranheza (trata-se de uma norma penal em branco, a exemplo de inúmeras outras existentes no Código Penal e em leis especiais), e ainda mesmo que, em nosso entender, recebida pela Carta de 1988, teve sua aplicabilidade negada por membros do Ministério Público Federal e da Magistratura, principalmente em primeiro grau.

## 2. LEGISLAÇÃO RECENTE (AS LEIS Nºs 9.472/97 e 9.612/98)

É provável que a sociedade brasileira sofreu enorme transformação após a década de 60. O crescimento da urbanização, a ampliação da rede escolar (principalmente a universitária), a facilitação do acesso à tecnologia, o aumento da demanda pela informação, a diversificação da sociedade e, sobretudo, a democratização do Estado são causas que levavam ao total obsolescimento da Lei nº 4.117/62, que concebia o serviço de radiodifusão apenas de forma empresarial. Deu-se a proliferação das chamadas “rádios clandestinas”.

Em 17/7/97, entrou em vigor a Lei nº 9.472/97, que “Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995”, cujo art. 215, inciso I, revogou “a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto à matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão”.

Successivamente, em 19/2/98, foi promulgada a Lei nº 9.612/98, que “Institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências”, cujo artigo 1º dispõe:

**“Denomina-se Serviço de Radiodifusão Comunitária a radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço.**

**§ 1º Entende-se por baixa potência o serviço de radiodifusão prestado a comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 watts ERP e altura do sistema irradiante não superior a trinta metros.**

**§ 2º Entende-se por cobertura restrita aquela destinada ao atendimento de determinada comunidade de um bairro e/ou vila.”**

Essa lei veio responder, exatamente, à crítica que se fazia à Lei nº 4.117/62, que concebia o serviço de radiodifusão apenas sob a forma empresarial e lucrativa, atendendo, pois, à reivindicação no sentido de se possibilitar a instalação das chamadas *rádios comunitárias* ao abrigo da lei, propiciando, de um lado, a saudável multiplicação das emissoras, e evitando, de outro, a sua proliferação clandestina, danosa ao próprio serviço de radiodifusão e de outros serviços que se utilizam do espaço eletromagnético, conforme, por exemplo, a navegação aérea e aparelhos de comunicação utilizados em serviços de emergência.<sup>6</sup>

Mas, ou por inércia dos órgãos públicos encarregados de outorgar à entidade interessada autorização para exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária (art. 6º da respectiva lei) ou por recalitrância dessas entida-

des em atender às exigências indispensáveis à execução desse serviço, o certo é que as denominadas “rádios comunitárias” continuam funcionando à margem da lei e da fiscalização do Estado, em seu legítimo exercício do poder público e no interesse de toda a sociedade, quanto à utilização racional e segura do espaço eletromagnético.

As delegacias do Ministério das Comunicações, ao tomarem conhecimento dessas rádios, providenciam ordem judicial no sentido de serem apreendidos os respectivos equipamentos, dando-se início à investigação penal.<sup>7</sup>

Surgem, aqui, três indagações: (a) quanto à tipicidade da conduta, tendo-se em vista que a Lei nº 9.612/98, ao instituir o serviço de radiodifusão comunitária, cominou apenas sanção administrativa (multa) ao fato consistente em fazer operar tal serviço irregularmente; (b) quanto à adequação do fato ao tipo penal previsto no art. 183 da Lei nº 9.472/97, na medida em que esta norma (do art. 183) refere-se à conduta consistente em “desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicação”, mas a atividade do agente, se relacionada à radiodifusão comunitária, não é contemplada pela Lei nº 9.472/97, e sim, pela lei nº 9.612/98; (c) finalmente, persiste a questão atinente à recepção do art. 70 da Lei nº 4.117/62 pela Constituição de 1988, porque, conforme já mencionado, a Lei nº 9.472/97 não revogou as normas penais dessa lei e os preceitos relativos à radiodifusão, senão declarou, expressamente, que elas continuam em vigor.

## II – O CRIME EM TELECOMUNICAÇÃO

### 3. ASPECTO ADMINISTRATIVO

Antes, porém, de se adentrar na questão penal, objeto deste artigo, há que se verificar a legalidade e constitucionalidade da exigência de autorização do Poder Público para se fazer operar radiodifusão. Pois, se tal exigência for inconstitucional, porque o fazer operar serviço de radiodifusão é corolário do direito de liberdade de expressão – conforme sustentam alguns – a inconstitucionalidade do preceito administrativo contamina a norma penal em branco.

A Constituição Federal, em seu art. 21, inciso XII, alínea “a”, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/8/95, prevê a competência da União para *explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.*

Já o art. 223 confere ao Poder Executivo competência para *outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.*

Tamanho é o valor desse bem (o espectro eletromagnético, por onde se difundem as ondas sonoras do

rádio) e tamanha é a relevância do serviço de radiodifusão, que o constituinte reservou ao Congresso Nacional a competência para *apreciar os atos de concessão e renovação de concessão dele ao particular* (art. 49, inciso XII).

Nos termos da Carta Política, a exploração do serviço de radiodifusão compete, pois, à União Federal; e sua autorização, concessão ou permissão a particular é de competência do Poder Público Federal (Executivo e Legislativo). E, conforme é próprio desses institutos de direito administrativo, tal serviço, quando exercido por particular, deverá ficar sob a fiscalização do poder público.

Atualmente, a matéria é regulada pela Lei nº 4.117/62 e pela Lei nº 9.472/97, porque esta última revogou a primeira, salvo, conforme acima já anotado, a matéria penal e os preceitos relativos à radiodifusão (art. 215, I).

Os serviços de telecomunicação, de que a radiodifusão é espécie, são assim definidos pela Lei nº 9.472/97:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§1º. Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§2º. *Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.*

Por outro lado, nos termos da Lei nº 4.117/62 (cujos preceitos referentes à radiodifusão continuam em vigor), as telecomunicações, quanto a seu fim, classificam-se em vários serviços, dentre os quais o de **radiodifusão**. *Verbis*: “serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão.” (Art. 6º, alínea “d”).

Em conformidade com o artigo 62 da Lei nº 9.472/97, os serviços de telecomunicações classificam-se, quanto à abrangência, em serviço de interesse coletivo e serviço de interesse restrito. Já o 63 diz que esses serviços serão prestados sob o regime jurídico público ou privado.

A exploração do serviço de interesse coletivo, prestado sob o regime jurídico público (art. 64), depende de concessão e está sujeito às normas da Agência Nacional de Telecomunicações (art. 83). Ao passo que os serviços de interesse restrito serão prestados sob o regime privado (art. 67), mediante autorização da Agência (art. 131).

Os serviços de interesse público, cuja prestação poderá ser **concedida** ao particular, que o fará sob o regime jurídico público, estão sujeitos aos princípios estatuídos no art. 79, dentre os quais, a **universalidade**, que consiste em “*possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público*”.

Por outro lado, os serviços de interesse restrito, cuja prestação será **autorizada** ao particular, que o fará sob regime privado, serão baseados, exclusivamente, “*nos princípios constitucionais da atividade econômica*” (art. 126), e seus objetivos estão elencados no art. 127 da Lei nº 9.472/97.

A partir desses conceitos legais, tem-se que o serviço de **radiodifusão comunitária** caracteriza-se como sendo de interesse público. Pouco importa se o serviço é exercido regular ou irregularmente. A circunstância de ser exercido irregularmente pode ter conseqüências de ordem administrativa ou mesmo penal; porém, não desnatura sua essência, cuja natureza é pública. Também é irrelevante o fato de a Lei nº 9.612/98 dizer que a instalação de **radiodifusão comunitária** será “autorizada” pelo Poder Concedente (art. 6º), enquanto que a Lei nº 9.472/97 prevê a “concessão” para exploração dos serviços de interesse coletivo (arts. 64 e 83), prevendo a “autorização” para os serviços de interesse restrito (art. 67). É que os dois diplomas legais têm objetos diversos: o da Lei nº 9.472/97 é a atividade empresarial de telecomunicação; o da Lei nº 9.612/98 é a atividade comunitária de radiodifusão; na primeira, a exploração do serviço de interesse coletivo exige “concessão” do Poder Público, sendo que a mera “autorização” destina-se aos serviços de interesse restrito; na segundo, exatamente por sua natureza comunitária (=interesse público, mesmo que seja um público pequeno), basta a “autorização”.

#### 4. OS TIPOS PENAIS

Conforme acima já assinalado, a Lei nº 4.117/62 foi apenas parcialmente revogada. Permanecem em vigência a matéria penal não tratada na Lei nº 9.472/97 e aquela relativa à radiodifusão (art. 215, I).

Portanto, há de se analisar a matéria penal tratada na Lei nº 9.472/97 para se concluir, por exclusão, qual permanece vigente na Lei nº 4.117/62.

A Lei nº 9.472/97 contém um único tipo penal, em seu art. 183, que consiste em “**Desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicações**”, cuja pena é de dois a quatro anos de detenção, além de multa.

Já o Par. ún. do art. 184 diz que “**Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a compe-**

**tente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e exploração de satélite”.**

Por seu turno, a Lei nº 4.117/62 também contém um único tipo penal, em seu art. 70, que consiste em **“instalar ou utilizar telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos”**, cuja pena prevista é de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiros.

A diferença básica entre as condutas previstas na antiga e na nova lei consiste em que, na primeira, o crime caracteriza-se com o simples fato de instalar aparelho de telecomunicação e **não se observar exigências previstas na lei ou no regulamento**; na segunda, apenas se se **desenvolver a atividade de telecomunicação, clandestinamente, ou seja, sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço** o fato é considerado criminoso. Observa-se, pois, que a segunda conduta expõe a sociedade a maior perigo, porque o agente sequer dispõe da outorga do poder público, enquanto que a primeira consiste apenas em inobservância de normas legais ou regulamentares, supondo, assim, a outorga do poder público, mas a não obediência às respectivas condições. Por isso, a pena cominada à segunda conduta é significativamente maior.

Conclui-se, pois, que os dois preceitos penais dizem respeito a fatos diversos. Ou seja: a Lei nº 9.472/97, ao dispor sobre a matéria penal, não trata do fato consistente em instalar serviço de telecomunicação em desacordo com as exigências legais e regulamentares (o que pressupõe a concessão, permissão ou autorização), mas apenas trata do fato de maior gravidade, consistente em desenvolver atividade de telecomunicação clandestinamente (sem a necessária concessão, permissão ou autorização). Já a Lei nº 4.117/62 prevê, exatamente, a conduta consistente em desobedecer as exigências legais e regulamentares, na execução de serviço de radiodifusão. Há, pois, compatibilidade entre os dois diplomas penais, e, portanto, eles coexistem.

Trata-se, ademais, em ambos os casos, em seu tipo-base (art. 183 da Lei nº 9.472/97: **“Desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicações**; art. 70 da Lei nº 4.117/62: **“instalar ou utilizar telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos”**), de *crime de mera conduta*, cujos tipos não supõem a ocorrência de dano. O dano, se verificado, constitui-se em causa de aumento da pena, nos exatos termos constantes de ambos os dispositivos legais: **“aumentada (a pena) da metade se houver dano a terceiro”**.<sup>8</sup>

Assim, *data venia*, não tem apoio na lei uma jurisprudência que vinha firmando-se (agora já mais esparsa), segundo a qual a instalação de radiodifusão de baixa potência, com fins culturais, sem autorização do Poder Público, não é fato típico, se não acarreta dano a terceiro.<sup>9</sup> Ora, **“baixa potência”** é aquela prevista nas normas regulamentares, a cargo do Executivo, e agora

previsto na própria lei (25 watts ERP - § 1º do art. 1º da Lei nº 9.612/98); não qualquer outra a critério do Judiciário. E a finalidade da rádio não descaracteriza o tipo, se instalada clandestinamente. Poderá ser relevante para a dosagem da pena.

Esse entendimento, por nós sustentado mesmo antes da promulgação das leis nºs 9.472/97 e 9.612/98, parece que vem-se consolidando na jurisprudência dos tribunais regionais, conforme se vê nas ementas abaixo transcritas:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNCIONAMENTO DE RADIODIFUSÃO. ART. 223 DA CF/88. CONCESSÃO. 1. Não é permitido o funcionamento de radiodifusão que não detenha concessão, permissão ou autorização concedida pelo Poder Executivo. 2. Não cabe ao Judiciário suprir a permissão para funcionamento do serviço público restrito, de radiodifusão, que, segundo a Lei, só pode ser concedido pelo Conselho Nacional de Telecomunicações.**

(TRE da 4ª Região, 3ª Turma, ac. nº 1997.04.48640-5, julgado do 6/11/97, Rel. Juíza Luíza Dias Cassales, DJ de 3/12/97, pág. 5038)

**PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS - EXPLORAÇÃO DE RÁDIO SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL. LEI 9.612/98 – ATO QUE CONSTITUI CRIME EM TESE – ART. 70 DA LEI 4.117/62 – AUSÊNCIA DE PROVA DE BAIXA POTÊNCIA DA EMISSORA. 1. Mesmo em se tratando de rádio comunitária, indispensável a autorização para seu funcionamento, nos termos da Lei 9.612/98, o que não constitui, conforme reiteradamente decidido pela Turma, violação à norma constitucional que garante a liberdade de expressão. 2. Destinando-se o *habeas corpus* à proteção do direito de locomoção, incabível sua extensão para garantir direito de propriedade ou de explorar emissora de rádio sem autorização administrativa. 3. Ausente prova de baixa potência da emissora, hipótese em que não incidiria a norma incriminadora, à falta de potencial lesivo ao sistema de telecomunicações, deve ser cassada a ordem de *habeas corpus* que traduz, em síntese, autorização judicial para funcionamento da emissora de rádio, em verdadeira usurpação de competência da Administração, prevista na Constituição. 4. Remessa a que se dá provimento, prejudicados os recursos da União Federal e do Ministério Público.**

(TRE da 1ª Região, 3ª Turma, ac. nº 1998.01.00.029335-5, julgado do 2/9/98, Rel. Juiz Osmar Tognolo, DJ de 29/8/98, pág. 187)

**PROCESSO PENAL E PENAL. CRIME CONTRA OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. ART. 70 DA LEI Nº 4.117/62, DE 1962. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. CRIME EM TESE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.**

## CIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO.

I – A instalação e utilização de equipamento de radiodifusão sem autorização do Poder Público configura crime em tese, nos termos do art. 70 da Lei nº 4.117, de 1962. II – Aptidão do equipamento para causar danos aos serviços de telecomunicação atestada por laudo pericial, por isso que não se aplica, na espécie, o princípio da insignificância, que deve ser considerado em cada caso e não em gênero, para descriminalizar conduta delituosa pelo legislador. III – Denúncia que preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não se verificando qualquer das hipóteses do art. 43, do mesmo código, a autorizar sua rejeição. IV – Requerimento de suspensão condicional do processo formalizada pelo Ministério Público Federal. V – Recurso Provido.

(TRE da 1ª Região, 3ª Turma, ac. nº 1998.01.00.009274-2, julgado do 6/11/98, Rel. Juiz Jamil Rosa de Jesus, DJ de 18/12/98, pág. 1402)

**HABEAS CORPUS. TELECOMUNICAÇÕES, INSTALAÇÃO DE RÁDIO COMUNITÁRIA DE BAIXA POTÊNCIA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. DESCABIMENTO.** I – Os serviços de telecomunicações, inclusive os de radiodifusão, segundo a norma constitucional, dependem de autorização e concessão do Poder Público. Inteligência do artigo 21 da Constituição Federal. II – A Carta Constitucional, ao garantir a liberdade de comunicação e expressão (art. 5º, inciso IX), não afastou a exigência de autorização e delegação para a exploração dos serviços de radiodifusão (art. 223), pelo que a exploração e utilização ilegais de tais serviços caracterizam, em tese, o crime descrito no art. 70 da Lei nº 4.117/62. III – Ordem denegada.

(TRE da 3ª Região, 2ª Turma, ac. nº 1997.03.084101-5, julgado do 17/2/98, Rel. Juiz Célio Benevides, DJ de 25/3/98, pág. 143).

**“CONSTITUCIONAL E PENAL: RECURSO DE HABEAS CORPUS. CRIME TIPIFICADO NO ART. 70 DA LEI Nº 4.117/62. CÓDIGO BRASILEIRO DE TELECOMUNICAÇÕES. EMISSORA DE BAIXA POTÊNCIA. TIPICIDADE. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INDISPENSABILIDADE DE AUTORIZAÇÃO ESTATAL. SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA.**

I – Compete privativamente à União Federal conceder autorização para a instalação e regular funcionamento dos serviços de radiodifusão (art. 21, XII, da CF/88).

II – É indispensável a autorização estatal para o exercício de atividade pertinente ao serviço de radiodifusão (art. 223, CF/88).

III – O art. 4º do Decreto-Lei nº 236, de 28/02/67, que dispõe sobre os serviços de radiodifusão, foi

recepcionado pela norma constitucional contida no art. 21, XII, da CF/88.

IV – O pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Decreto-lei nº 678/92, condena tão somente, o abuso do controle oficial sem, contudo, impedir o seu exercício.

V – Havendo indício de crime, em tese, e de envolvimento do paciente na sua prática, a instauração de inquérito policial para apuração dos fatos é de rigor.

VI – Recurso provido. Ordem de *habeas corpus* cassada.” (TRF da 3ª Região, 2ª Turma, ac. nº 1996.03.095773-9, julgado de 10/6/97, Rel. Juiz Aricê Amaral, DJ de 6/8/97, Seção II)

Nessa linha, o Colendo Superior Tribunal de Justiça também já decidiu:

**“HABEAS CORPUS”. CONSTRAGIMENTO ILEGAL. RADIODIFUSÃO. NÍVEL-FREQÜÊNCIA. TRANSMISSÃO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. FUNCIONAMENTO. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. APREENSÃO DOS APARELHOS. IMPRESCINDIBILIDADE DA OUTORGA DE CONCESSÃO. PERMISSÃO OU AUTORIZAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DESSAS ATIVIDADES. FATOS TÍPICOS, EM TESE. DELITO PREVISTO NO ART. 70, DA LEI 4.117/62. PROCEDIMENTO POLICIAL REGULAR. - PEDIDO INDEFERIDO”**

(5ª Turma do STJ, *Habeas Corpus* nº 5804/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. Votação unânime – Julgado de 1/7/97, publ. no DJ de 8/9/97)

(Continua com: “5. RADIODIFUSÃO COMUNITÁRIA E RADIODIFUSÃO CLANDESTINA” – “6. IRREGULARIDADE E CLANDESTINIDADE - APLICABILIDADE DO ART. 70 DA LEI Nº 4.117/62 NO TEMPO” – “7. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL” – “8. A NORMA PENAL EM FACE DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS” – “III – CONCLUSÃO”)

(Continuação do artigo *CRIME EM TELECOMUNICAÇÃO*, cuja primeira parte foi publicada no Boletim nº de , com os seguintes subtítulos: “I – INTRODUÇÃO: 1. ANTECEDENTES (A LEI Nº 4.117/62) - 2. LEGISLAÇÃO RECENTE (AS LEIS Nºs 9.472/97 e 9.612/98). II – O CRIME EM TELECOMUNICAÇÃO: 3. ASPECTO ADMINISTRATIVO; 4. OS TIPOS PENAI”)

## 5. RADIODIFUSÃO COMUNITÁRIA E RADIODIFUSÃO CLANDESTINA

Conforme já referido, a Lei nº 4.117/62 foi objeto de acerba crítica, porque não permitia a instalação regular de estações de rádio de menor alcance, voltadas

ao atendimento de pequenas comunidades locais. A Lei nº 9.472/97, por seu turno, também não cuidou da questão.

Assim, posteriormente, foi promulgada a Lei nº 9.612, de 19/2/98, que disciplina, exatamente, o “Serviço de Radiodifusão Comunitária”.

Essa lei, conforme já visto, conceitua o Serviço de Radiodifusão Comunitária como sendo “a radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço”.

O § 1º do art. 1º diz que “Entende-se por baixa potência o serviço de radiodifusão prestado a comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 wats ERP e altura do sistema irradiante não superior a trinta metros”.

E o § 2º diz que “Entende-se por cobertura restrita aquela destinada ao atendimento de determinada comunidade de um bairro e/ou vila”.

Por outro lado, a instalação de Radiodifusão Comunitária está sujeita a prévia autorização do Poder Concedente (art. 6º) e à obediência de várias outras exigências contidas na lei. A não observância dessas exigências constitui infração administrativa, cujas penas estão previstas no art. 21. Assim, aqui, pode-se concluir que a instalação de Radiodifusão Comunitária **autorizada**, mas que **funciona** em desobediência aos requisitos legais está sujeita a pena administrativa somente; mas o fato não se constitui crime, porque a lei específica (nº 9.612/98) não se remete à Lei nº 4.117/62, que prevê essa espécie de crime.

Mas e a instalação de radiodifusão pretensamente comunitária, **sem autorização do poder público?**

Inicialmente, “radiodifusão comunitária” é uma locução cujo significado é dado pela lei. O conceito de radiodifusão comunitária é dado pela norma legal, conforme acima visto (Art. 1º e §§ da Lei nº 9.612/98).

Na falta de qualquer desses requisitos (dentre eles a “outorga” pelo Poder Público), não se tem radiodifusão comunitária.

Prossegue a lei estabelecendo as finalidades (art. 3º), os princípios (art. 4º) e as condições exigíveis das entidades que pretendam instalar radiodifusão comunitária (art. 9º).

Portanto a pessoa que, diretamente ou através de uma entidade, instale radiodifusão incompatível com as normas contidas nos artigos 3º, 4º e 9º também não exerce atividade de radiodifusão comunitária, nos termos da lei.

É certo que, na hipótese de o Poder Concedente ter “autorizado” a instalação e, posteriormente, o outorgado desviar daqueles requisitos que ensejaram a “autorização”, estar-se-á diante de uma “radiodifusão co-

munitária irregular”, cuja conseqüência é apenas de ordem administrativa, conforme vista. Porém, se, a par de não enquadrar nas normas definidoras de radiodifusão comunitária, a emissora não dispuser de autorização do Poder Público, e, conseqüentemente, não for registrada no órgão público competente, não se pode falar de radiodifusão comunitária; mas, simplesmente, em radiodifusão clandestina, enquadrável no art. 183 da Lei nº 9.472/97, ainda que de baixa potência e malgrado a sua finalidade social.

## 6. IRREGULARIDADE E CLANDESTINIDADE - APLICABILIDADE DO ART. 70 DA LEI Nº 4.117/62 NO TEMPO

A norma penal do art. 70 da Lei nº 4.117/62 refere-se a conduta consistente na “instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos.” Já o tipo contido no 183 da Lei nº 9.472/97 é “Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação.” (Grifamos).

A primeira norma refere-se a irregularidade; a segunda, a clandestinidade. O exercício de atividade de radiodifusão clandestino é sempre irregular; mas nem toda atividade irregular é clandestina: a pessoa age ostensivamente, com autorização do Poder Público, porém, em desobediência às condições estabelecidas na autorização. A clandestinidade é mais grave que a mera irregularidade.

O art. 70 da Lei nº 4.117/62 não estabelece a diferença. Ao tipificar a conduta irregular (menos grave), penaliza também a conduta mais grave (clandestina), porque esta contém aquela; mas, à falta de previsão legal diversa, a pena era a mesma para ambas as condutas<sup>10</sup>.

Já o art. 183 da Lei nº 9.472/97, referindo-se à clandestinidade, não criminaliza a conduta irregular, pois não se pode dar interpretação extensiva à lei, de forma a alcançar conduta menos grave que a expressamente prevista. Portanto, em face da Lei nº 9.472/97, é crime apenas a atividade de telecomunicação clandestina; mas não aquela que, autorizada pelo poder público, foge das normas regulamentares. É de se anotar que, tratando-se de atividade pública por natureza (pois o som ou a imagem emitidos podem ser captados por todos que dispunham de aparelho receptor adequado), clandestinidade significa (mesmo que a lei não o dissesse) “fora do controle do Poder Público”. E esse controle se faz previamente, quando da respectiva autorização ou concessão, que, por seu turno, a partir do registro da estação transmissora, viabiliza o controle permanente.

A diferenciação de “irregularidade” e “clandestinidade” passou a ter relevância porque a pena prevista no art. 183 da Lei nº 9.472/97 (dois a quatro anos de detenção e multa de R\$ 10.000,00) é bastante superior à

prevista no art. 70 da Lei nº 4.117/62 (um a dois anos de detenção). Assim, caso o fato tenha ocorrido antes da edição da Lei nº 9.472/97 (17/7/97), ainda que clandestino, a pena será aquela prevista no art. no art. 70 da Lei nº 4.117/62. Caso o fato seja posterior a 17/7/97, impõe-se a distinção: se meramente irregular, aplica-se o mesmo art. 70; se clandestino, aplica-se o art. 183 da Lei nº 9.472/62.

## 7. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL

Posto que, em tese, o fato consistente em *fazer funcionar radiodifusora clandestinamente ou em desacordo com as normas legais e regulamentares* é típico, resta verificar se a lei penal colige com os preceitos constitucionais acerca da matéria, conforme sustentam alguns.

Têm-se lido, em arrazoados e decisões judiciais, que os tipos penais em consideração (art. 70 da Lei nº 4.117/62: “*Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos. Parágrafo único. Procedendo ao processo penal, para os efeitos referidos neste artigo, será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação ou aparelho ilegal*”. / Art. 183 da Lei nº 9.472/97: “*Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação: Pena – detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime*”) colidem com as normas contidas nos incisos IV e IX do art. 5º da Carta Magna.

As normas constitucionais mencionadas consagram o fundamental direito à manifestação do pensamento e da expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. *Verbis*: “**IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato**”; “**IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença**.” (Grifei).

Dizem: a radiodifusão constitui-se num veículo de manifestação do pensamento e da expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Portanto, é inconstitucional a lei que exige licença do poder público para sua instalação, e, conseqüentemente, também o é a norma que erige a crime a instalação da rádio sem a exigida licença.

Porém, o raciocínio parte de premissa diversa da norma constitucional. Substitui as expressões “manifestação do pensamento” e “expressão da atividade intelectual, etc” por outra, que seria: “instalação de meios de divulgação do pensamento, etc”.

A licença de que se prescinde, nos termos da norma constitucional, refere-se à exteriorização, pelo **indi-**

**víduo**, de suas idéias e à transmissão delas, sob qualquer forma ou veículo. O que se relaciona estritamente com a proscricção da censura. Ninguém precisa de licença do poder público para dizer o que entenda devido, diretamente ou através de uma emissora.

Coisa diversa, porém, é a instalação da emissora. Isso a Carta Magna não deixa livre a todos os indivíduos. E seria indesejável que o fizesse, e mesmo inviável, dado que a *radiodifusão* se faz através do espectro eletromagnético, que é limitado, e, portanto, é indispensável a racionalização de seu uso, através de faixas de ondas, que são destinadas às diversas estações emisoras – o que apenas um poder central poderá fazer, que, no caso, é a União Federal.

Com efeito, o art. 21, XII, “a”, da Carta Política estabelece que compete à União explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Complementado esse dispositivo diz o art. 223 que “Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.” E seu § 1º confere ao Congresso Nacional competência para apreciar o ato do Executivo. O que vem assim expresso no art. 49, inciso XII da Carta: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão”.

Nenhuma relação existe, pois, entre a liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, e a liberdade de exercício de atividade de radiodifusão. Uma poderá conviver ao lado da outra, mas elas (as liberdades) não se misturam: são bens distintos, com tratamento constitucional diverso.

Tanto assim é que o art. 222 da Constituição veda ao estrangeiro a propriedade de empresa que se destina à radiodifusão, dentre outras atividades, quando a liberdade de expressão é assegurado também ao estrangeiro residente no país (art. 5º, *caput*).

E, conforme se sabe, a próprio liberdade de expressão não é absoluta, o que, aliás, está escrito na Carta Magna, em seu art. 220, *verbis*: “**A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição**”. (Grifei). Já o inciso IV do art. 5º, ao mesmo tempo em que consagra a liberdade de expressão, restringe-a, vedando o anonimato.

Os dispositivos legais que condicionam o exercício de atividade relacionada à radiodifusão ao controle do Poder Público, e sujeita o infrator à sanção penal, têm respaldo, pois, na Lei Maior.

A fiscalização da atividade de radiodifusão insere-se no poder geral de Polícia; e é cabível ainda que se

trate de serviço autorizado, concedido ou permitido que não esteja sendo regularmente executado; com maior fundamento, portanto, o é se executado "clandestinamente". Por outro lado, a criminalização da conduta desobediente à norma administrativa - norma penal em branco - é questão de política penal, a cargo do Legislativo.

## 8. A NORMA PENAL EM FACE DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Conforme se sabe, existe controvérsia quanto à hierarquia das normas internacionais, ao ingressarem em nosso sistema jurídico: ficam ao nível da lei ordinária, adquirem *status* constitucional, ou, mesmo, sobrepõem-se à norma constitucional. Mas, ainda que se adote a terceira doutrina, entendendo passíveis de derrogação os preceitos constitucionais acima vistos pela Convenção Internacional, manter-se-ia a conclusão. Pois a referida Convenção, nesse particular, não alarga o campo de direitos já assegurados por nossa Lei Maior.

Com efeito, o art. 13 da Convenção, sob a rubrica "Liberdade de Pensamento e Expressão", diz:

"1. TODA PESSOA TEM DIREITO À LIBERDADE DO PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO. ESSE DIREITO COMPREENDE A LIBERDADE DE BUSCAR, RECEBER E DIFUNDIR INFORMAÇÕES E IDÉIAS DE TODA NATUREZA, SEM CONSIDERAÇÃO DE FRONTEIRAS, VERBALMENTE OU POR ESCRITO, OU EM FORMA IMPRESSA OU ARTÍSTICA, OU POR QUALQUER OUTRO PROCESSO DE SUA ESCOLHA.

*O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidade ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessária para assegurar:*

*a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas;*

*b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde moral pública.*

*Não se pode restringir o direito de expressão por via ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficial ou particulares do papel de imprensa, de frequência radioelétrica ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por qualquer outros meios destinados a obter a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.*

(...)"

Extrai-se do texto acima transcrito que, à semelhança de nossa Carta Política, a convenção internacional assegura a liberdade **pessoal** de expressão, por todas as formas, através de quaisquer meios e independentemente de fronteiras. Mas não garante o direito à exploração de serviços relacionados à comunicação, independentemente do porte da empresa.

Ao contrário, a Convenção prevê (último pará-

grafo transcrito) o controle oficial da frequência radioelétrica, vedado apenas o abuso nesse controle, que vise restringir o direito de expressão, o que, de resto, extrai-se também de nossa legislação interna.

Assim, para se sustentar que as normas contidas nas leis nºs 4.117/62 e 9.472/97 (que criminalizam as condutas consistentes em fazer funcionar em desacordo com as normas legais e regulamentares ou instalar clandestinamente serviço de radiodifusão, respectivamente) esbarram no preceito contido na Convenção (que veda o abuso do controle da frequência radioelétrica), há que se demonstrar que a Lei nº 9.612/98, (que instituiu o "Serviço de Radiodifusão Comunitária"), ao dispor sobre os requisitos para instalação desse serviço (limite de potência, âmbito de cobertura, finalidade do serviço, etc), implica em abuso do controle da frequência radioelétrica, e implica em restrição do direito de expressão - o que não se tem demonstrado.

## III - CONCLUSÃO

1. O espectro eletromagnético é um bem público, cuja utilização, pelo Poder Público ou por particular, precisa ser disciplinada, em obediência a normas técnico-científicas, de forma a permitir seu aproveitamento racional e garantir a eficiência dos serviços executados através das ondas eletromagnéticas. A utilização desordenada do espectro eletromagnético poderá, inclusive, colocar em risco a segurança das pessoas, por exemplo, ao causar interferência em aparelho de navegação aérea. Assim, é legítima e tem base constitucional a legislação que regulamenta, impondo restrição, a utilização do espectro eletromagnético.

2. Compete à União explorar, diretamente ou através de concessão autorização ou permissão, o serviço de radiodifusão de som e/ou imagem. O art. 70 da Lei nº 4.117/92, ao erigir à gravidade de crime o ato de instalar radiodifusão sem observância das normas legais foi recepcionado pela Constituição de 1988, porque a nova Carta Política mantém sob o Poder da União a exploração, a concessão, e respectiva fiscalização, dos serviços de radiodifusão. Trata-se de uma norma penal em branco, ditada por critérios técnicos e políticos, conforme inúmeras outras encontráveis em nossa legislação penal.

3 A liberdade de expressão e manifestação do pensamento, garantidos a todos na Constituição Federal, refere-se aos signos e conteúdos emanados do indivíduo, e cuja divulgação pode-se dar diretamente ou através de algum veículo de comunicação. Porém, não abrange a instalação do veículo de comunicação, para o que, a Constituição estabelece regras e vedações. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos também admite intervenção do Estado nesse setor, desde que não seja com o fim de exercer controle sobre a circulação de idéias, opiniões e informações. Assim, o art. 70 da Lei nº

4.117/62 (editada em face democrática e sob uma constituição legítima: de 1946), poderia ser questionado apenas sob esse enfoque.

4. O art. 70 da Lei nº 4.117/62 não foi revogado pela Lei nº 9.472/97 (art. 215, I). Mas, a partir da vigência desta última lei, o crime nele previsto consiste no ato de instalar serviço de radiodifusão **irregularmente**; a instalação **clandestina** é tipificada no art. 183 da Lei nº 9.472/97.

5. Com a promulgação da Lei nº 9.612/98, que viabiliza a radiodifusão comunitária, de baixa potência e de instalação acessível, ficou superado o argumento no sentido de que a lei penal implica no estabelecimento de monopólio da informação e em restrição na divulgação de manifestações do pensamento.

Por outro lado, a **radiodifusão comunitária** é conceituada pela Lei nº 9.612/97: radiodifusão comunitária é a que atenda aos requisitos previstos na lei e cujo funcionamento seja autorizado pelo Poder Público. Se não autorizada, tem-se uma **radio clandestina**, fato tipificado pela lei nº 9.472/97, art. 183; se autorizada mas, após obtida a autorização, desviar-se dos critérios estabelecidos na Lei nº 9.612/98, tem-se uma **radio irregular**, fato também típico, nos termos do art. 70 da Lei nº 4.117/62.

<sup>1</sup> Seria também adequada a expressão "crime contra o serviço de telecomunicação". Por outro lado, entendendo inadequadas as expressões "crime contra telecomunicação" e "crime de telecomunicação". Com efeito, nos tipos penais, que serão vistos, a conduta do agente não é lesiva à telecomunicação em si, e nem se refere ao exercício da atividade de telecomunicação, mas ao exercício dessa atividade em desobediência às normas (=serviço público) reguladoras. Ou seja: comete-se o crime em atividade de telecomunicação, contra o Serviço de telecomunicação, mas não contra a telecomunicação e nem pelo fato de "telecomunicar-se".

<sup>2</sup> Adiante procurarei determinar o significado legal dessa expressão.

<sup>3</sup> Diz a norma: "Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos."

<sup>4</sup> A questão não chegou a ser objeto de aprofundamento doutrinário, mas apenas de pronunciamentos jurisprudenciais. Nos juízos de primeiro grau houve uma forte tendência em considerar inconstitucional a lei, tendência essa que, inicialmente, foi seguida por alguns julgados de Tribunais Regionais Federais, mas que vem sendo arrefecida, conforme oportunamente será exemplificado.

<sup>5</sup> Frequentemente, ao se sustentar a inconstitucionalidade da norma penal coibidora da instalação de radiodifusão sem autorização do poder público, argumenta-se que o Decreto-Lei nº 236, de 28/2/67, que deu nova redação ao art. 70 da Lei nº 4.117/62, é representativo de um regime autoritário, e, portanto, não se ajusta ao regime democrático, especialmente no que diz respeito à liberdade de expressão, adotado pela Carta de 1988. Porém, o referido Decreto-Lei, nesse particular, em nada alterou o texto promulgado em 27/8/62, em regime democrático e por um Governo parlamentar; mas

apenas deslocou o comando do art. 78 para o art. 70. Ademais, a conduta já fora prevista no Código Penal, em seu art. 151, § 1º, inciso IV, e § 2º, que foi revogado pelo art. 78 da Lei nº 4.117/62.

6 Em documento que chegou oficialmente ao Ministério Público Federal, Maria de Fátima Chimentão Lemos, engenheira do DENTEL, ao responder consulta sobre os efeitos deletérios das chamadas **rádios clandestinas**, diz: "Para ilustrar o problema 'interferência Prejudicial', informamos que a maioria das estações irregulares que localizamos, ocorrem (sic) através de reclamações, efetuadas por pessoas que não conseguem receber sinais de emisoras de FM nem sintonizar seus aparelhos de televisão; sendo muito comum que elas ocorram até pelo SINDACTA, que algumas vezes tem que desligar o sistema de 'proteção ao vóo', devido a interferências causadas por 'estações irregulares', o que coloca em risco todo o tráfego aéreo".

7 O Parágrafo único do art. 70 da Lei nº 4.117/62 prevê: "Precedido ao processo penal, para os efeitos referidos neste artigo, será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação ou aparelho ilegal."

8 Mirabete, de forma sintética e clara, diz: "Nos crimes de mera conduta (ou de simples atividade) a lei não exige qualquer resultado naturalístico, contentando-se com a ação ou omissão do agente. Não sendo relevante o resultado material, há uma ofensa (de dano ou de perigo) presumida pela lei diante da prática da conduta." Diversamente do crime formal, no qual "não há necessidade de realização daquilo que é pretendido pelo agente, e o resultado previsto no tipo ocorre ao mesmo tempo em que se desenrola a conduta". (Mirabete, Júlio Fabbrine. Em "Manual de Direito Penal", vol. 1, Ed. Atlas, 3ª edição, pág. 133). Ora, ao fazer funcionar clandestina ou irregularmente radiodifusão, o agente não "pretende" nenhum resultado danoso, mas, com sua *mera conduta*, expõe a perigo (abstrato) a população que utiliza serviços prestados por meio do espectro eletromagnético.

O TRF da 3ª Região, em acórdão do qual foi relator o Juiz Sinval Antunes, deixou assentado, na emenda do acórdão, que "(...) III - A operação de estação de rádio sem a devida autorização do DENTEL constitui delito de natureza formal que configura-se com a simples utilização do equipamento sem a observância da regulamentação específica, independentemente do objeto do agente" (1ª Turma, Ac. Nº 94.03.041564-9, julgado de 22/11/94, DJ de 14/2/95, pág. 6024).

<sup>9</sup> São representativos dessa jurisprudência as seguintes ementas:

"PENAL. CÓDIGO BRASILEIRO DE TELECOMUNICAÇÕES. LEI 4.117/62. RÁDIO CLANDESTINA. 1. Instalação de aparelho rádio-transmissor de pequena potência incapaz de interferir nos normais meios de comunicação, com o propósito de auxiliar a comunidade, não se constitui no delito do art. 70 da lei específica. 2. Ausência de dolo que autoriza a absolvição. 3. Apelo provido." (TRE da 1ª Região, 4ª Turma, ac. nº 94.01.00.09468-3, julgado do 13/11/95, Rel. Juíza Eliana Calmon, DJ de 7/12/95, pág. 85229)

"(...) 2. A figura penal do art. 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações não abarca o serviço de radiodifusão comunitária, de baixa potência e cobertura restrita, regido exclusivamente pela Lei nº 9.612, de 19/02/98, em caráter unicamente administrativo. 3. Tem entendido a jurisprudência, por outro turno, que a instalação e utilização rudimentar de telecomunicação não configura crime, mesmo à luz da Lei nº 4.117/62, em face do pouco potencial ofensivo ao bem jurídico tutelado: o sistema nacional de telecomunicações." (TRE da 1ª Região, 2ª Seção, ac. nº 1997.01.00.043635-2, julgado do 3/6/98, Rel. Juiz Olindo Menezes, DJ de 5/10/98, pág. 134)

"PROCESSO PENAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - REMESSA OFICIAL - HABEAS CORPUS PREVENTIVO - CABIMENTO - RÁDIO COMUNITÁRIA - ART. 70 DA LEI 4.117/62 - ATIPICIDADE - INOCORRÊNCIA DE DANO OU OFENSA AOS INTERESSES TUTELADOS PELO CÓDIGO BRASILEIRO DE TELECOMUNICAÇÕES - IMPROVIMENTOS DOS RECURSOS.

1 - Ausente justa causa para o indiciamento dos Pacientes em inquérito policial e existindo fundado receio de constrangimento ilegal ante a lacração de rádio comunitária, é de se admitir o caráter preventivo do "writ".

2 - Não se tipifica o crime previsto no art. 70 da Lei nº 4.117/62, quando ausente potencialidade lesiva em transmissão de rádio comunitária, de diminuta potência e alcance.

3 - Vedação legal à restrição ao direito de expressão e valorização das manifestações culturais, a justificarem o "mandamus". Aplicação dos arts. 5º, inciso IX e 215 "caput", da Constituição Federal.

4 - Manutenção da r. decisão concessiva da ordem. Improvimento dos recursos."

(2ª Turma do TRF da 3ª Região, Recurso Criminal nº 96.03.095776-3, rel. Juíza Sylvia Steiner. Vencido o Juiz Célio Benevides - Julgado de 8/4/97, publ. no DU de 30/4/97, Seção II)

<sup>10</sup> Convencionou-se denominar, nessa e em outras hipóteses legais, "clandestino" aquilo que, na verdade (e nos termos da lei), é mera irregularidade.

# ENTIDADES EDUCACIONAIS. NÃO APLICAÇÃO DE IMUNIDADE PREVISTA NO ARTIGO 195, § 7º, CF. EVENTUAL ISENÇÃO NA PROPORÇÃO DO SERVIÇO GRATUITO PRESTADO. EFEITOS DA LIMINAR EM ADIM

Rosária de Fátima Almeida Vilela  
PRR/3ª Região

- *Previdenciário. Contribuições patronais. Imunidade. Isenção. Entidades Beneficentes. Entidades Filantrópicas. Entidades Educacionais. Art. 195, § 7º, CF. CTN, arts. 9º e 14. Lei nº 9732/98, art. 4º. Lei 8212/91, arts. 22, 23 e 55.*

- *Constitucional. Processual. ADIN 2028-5. Efeitos de liminar em ADIN.*

*Trata-se de agravo de instrumento oferecido pelo INSS visando a reforma da r. decisão copiada em fl. 17/22 que, em autos de mandado de segurança, deferiu ordem liminar para suspender exigibilidade das contribuições previdenciárias – quota patronal exigidas da agravada. Fundamentou a decisão o entendimento de que restrição ao conceito de “entidades filantrópicas” teria sido inserida pela Lei nº 9732/98 no art. 55 da Lei 8212/91, em violação do disposto no § 7º do art. 195 da Constituição Federal.*

O agravante sustentou, para pleitear a reforma da decisão liminar recorrida, a falta de *periculum in mora* e de *fumus boni juris*. Aponta que o art. 195, par. 7º, CF, dependia de regulamentação pois ao estabelecer imunidade subjetiva de contribuições previdenciárias o fez em favor das entidades beneficentes de assistência social que atendam exigências “da lei”. A Lei 8212/91 em seu artigo 55 regulamentou tal dispositivo. A agravada é entidade educacional que não pratica de forma exclusiva e gratuita o atendimento a pessoas carentes, na forma prevista no art. 55 da Lei 8212/91 com a redação pela Lei 9732/98. Não era exigível lei complementar para completar o comando constitucional e, se fosse, ausente a lei complementar, seria ineficaz o dispositivo constitucional. A lei 8212/91 e a lei 9732/98, que alterou a primeira, eram adequadas, como leis originárias, para estabelecer os requisitos para o deferimento da imunidade. O CTN, em seus artigos 9º e 14, regulamentou a imunidade de impostos prevista no artigo 150, VI, “c”, CF e não pode ser aplicado a contribuições previdenciárias, que não se qualificam como impostos. Julgando o Mandado de Injunção nº 232/RJ (RTJ/ 137/965) o STF, por maioria de votos, reconheceu estar em mora o Congresso Nacional, à época, na regulamentação

do § 7º do art. 195, CF, vencidos os Ministros Carlos Veloso e Marco Aurélio, que admitiam tomar por empréstimo a regulamentação contida nos artigos 9º e 14 CTN. Com o advento da lei 8212/91 ficou sanada a lacuna. A gratuidade é elemento intrínseco do conceito de beneficência, como se vê da lei 8742/93. Os recursos previdenciários são vinculados à finalidade de prover saúde, assistência e previdência social e não podem ser desviados. A interpretação do § 7º do art. 195, CF tem de levar em conta o qualificativo “beneficente” e deve ser restritiva, nos termos do art. 111, CTN. Distingue-se filantropia de assistência social pela essencialidade que caracteriza esta, enquanto aquela pode corresponder a atividades úteis, mas não essenciais; *À assistência social, nos termos da lei, foi concedida isenção; à filantropia somente nos casos em que se enquadre também como atividade de assistência social.* Não há direito adquirido à manutenção da imunidade para o futuro. Não há retroatividade da lei, vez que os novos requisitos passaram a vigorar a partir da competência de abril 1999, nos termos do art. 195, § 6º, CF. Argumenta o agravante, ainda que inexistente risco justificador da concessão da liminar eis que não há risco de perecimento do direito da agravante, mas, ao contrário, risco de lesão grave ao Erário. Pediu efeito suspensivo ao recurso.

Em fl. 25 foi determinada a requisição de informações ao Juiz da causa.

Em fls. 30/35 vieram as informações.

Em fls. 37/45 a agravada juntou cópia da decisão liminar proferida na ADIN nº 2028-5.

Em fl. 47 o I. Relator deferiu efeito suspensivo ao recurso, determinou a intimação da agravada para resposta e vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Em fls. 53/69 a agravada ofereceu agravo regimental visando a reforma da decisão de fl. 47 diante da medida liminar concedida na ADIN 2028-5, que suspendeu os efeitos do artigo 1º, na parte em que alterou a redação do art. 55, inciso III da Lei 8212/91 e acrescentou –lhe os §§ 3º, 4º e 5º, bem como dos artigos 4º, 5º e 7º da Lei 9732/98. Sustenta que tal decisão tem efeito *erga omnes* e que, ademais, comprova a inexistência de relevante fundamento para a suspensão da decisão agravada.

Em fls. 70/89 veio a resposta ao agravo. Sustenta a agravada a correção da decisão recorrida, apontando, preliminarmente, irregularidade na formação do instrumento de agravo, por falta de traslado de peças necessárias, requerendo o não conhecimento do recurso. Aponta, ademais, a ausência de fundamento relevante à reforma da decisão agravada, bem como do *periculum in mora*, diante da decisão liminar na ADIN 2028-5. Afirma a inconstitucionalidade da Lei 9732/98 e que mesmo se desnecessária lei complementar para regulamentação do art. 195, § 7º, CF, tal norma, por qualificar-se como de eficácia plena e de incidência imediata, não pode ser restringida por lei alguma, complementar ou ordinária. Difere a imunidade da isenção. Esta última, por ser concedida por lei, pode ser revogada ou modificada por lei. Quanto à imunidade, a lei não pode senão reproduzir a vontade do texto constitucional que a concedeu. A Lei 9732/98 pretendeu restringir o alcance da imunidade quando definiu como entidade beneficente de assistência social apenas as entidades que prestem serviços de educação exclusivamente gratuitos. Ao fazê-lo atentou contra o texto constitucional pois a imunidade do § 7º do art. 195, CF é destinada às entidades beneficentes e não às filantrópicas, cujos distintos conceitos se extrai dos arts. 199, §§ 1º e 2º e 213, CF. O conceito de beneficência é mais amplo do que o de filantropia. Beneficência é gênero que comporta, como espécies: *a) filantropia, que é um modo de beneficência que envolve caridade ; e b) a atuação sem fins lucrativos e no interesse de outrem*. As entidades educacionais são abrigadas pela imunidade ao atuarem em benefício de outrem sem fins lucrativos. A agravada, além de ser entidade beneficente, por não ter fins lucrativos, ainda se dedica à filantropia, como mostra seu objeto social. O percentual de gratuidade não pode ser exigido, por restringir o que foi deferido pela Constituição. A imunidade de contribuições previdenciárias não constitui favor fiscal, mas contrapartida que a Constituição assegura aos particulares que executam serviços com objetivos sociais, de responsabilidade do Poder Público e que sempre foram reconhecidos como de utilidade pública. O princípio da irretroatividade impede que as disposições da Lei 9732/98 se apliquem a entidades que se organizaram sob a égide da legislação anterior para gozar do benefício e assim permaneçam pois a imunidade é contrapartida oferecida aos que se dedicam a suprir as deficiências do Estado na área da assistência social. A alteração das regras estabelecidas no momento em que estas entidades foram instituídas fere fundo o princípio da segurança jurídica; viola ato jurídico perfeito não passível de supressão sequer por emenda constitucional (art. 60, § 4º, VI, CF); trai a confiança dos que se dedicaram a essas atividades e infringe o princípio da moralidade administrativa estabelecido no art. 37, CF.

Em fl. 92 foi recebido o agravo regimental, mantida a decisão.

É o relatório.

Passo a opinar.

## I

### QUESTÃO PRELIMINAR: EFEITOS DA DECISÃO LIMINAR NA ADIN 2028-5 E SEUS REFLEXOS QUANTO AO INTERESSE RECURSAL E DE AGIR

#### I.1. EFEITOS DA DECISÃO LIMINAR

Estabeleceu a recente Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999 (DOU de 11/11/99), quanto a medidas cautelares em ações diretas de inconstitucionalidade, seu efeito contra todos e *ex nunc*, em regra (§ 1º do art. 11).

A lei, ao assim dispor, cristalizou jurisprudência antiga, registrada por Theotônio Negrão (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Ed. Saraiva, 30ª ed., pg. 1716) em nota ao art. 170 do RISTF: *Art. 170:2. A suspensão liminar da vigência de lei, na representação de inconstitucionalidade, opera "ex nunc", isto é, a partir do momento em que o STF a deferir (RTJ 124/80, STF-RDA 171/188) e só deve ser concedida quando, à evidência, sua vigência acarretar graves transtornos, com lesão de difícil reparação (RTJ 101/929, 102/480, 102/488, STF-RT 566/225).*

#### I.2. PUBLICIDADE – INICIO DA PRODUÇÃO DE EFEITOS DA MEDIDA LIMINAR

Está em fls. 38/45 dos autos a decisão liminar deferida pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal, no exercício da Presidência, Min. Marco Aurélio, que a submeteu ao Plenário. Tal decisão foi publicada no DJ em 2/8/99, mesma data em que o processo foi distribuído ao seu Relator, Min. Moreira Alves.

*A decisão liminar singular foi apreciada, no último dia 11/11/99, pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, que, por unanimidade referendou a concessão da medida liminar, para suspender, até decisão final da ação direta, a eficácia do art. 1º, na parte em que alterou a redação do art. 55, inciso III, da Lei nº 8212, de 24/7/1991, e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, bem como dos arts. 4º, 5º e 7º da Lei 9732, de 11/12/1998. Votou o Presidente, Ausente justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, conforme consta dos registros daquele Tribunal acerca do andamento da ADIN 2028-5 (em anexo).*

Considero que a publicidade é princípio essencial à toda atividade do Estado, inclusive à do Poder Judiciário e, em especial, quando se trata de declaração judicial que atinge a eficácia de lei, como resulta da ADIN.

A lei, para iniciar sua vigência e eficácia, tem por condição, a publicidade. A retirada da eficácia da norma inconstitucional (e que fez voltar a incidir a regra anterior), também só pode produzir efeitos após a publicação.

Também a eficácia da decisão liminar não pode prescindir de sua publicação, para que tenha efeito *erga omnes*.

Em tais circunstâncias, correto considerar que desde o dia 2/8/99, data em que publicada a decisão liminar singular, agora referendada pelo Plenário do C.

STF, achava-se suspensa a eficácia da norma questionada nestes autos.

### I.3. MEDIDA LIMINAR NA ADIN: EFEITOS PROVISÓRIOS MAS NÃO CONDICIONADOS AO RESULTADO DA AÇÃO

Durante a vigência da ordem liminar na ADIN, suspendendo a eficácia da lei impugnada, vigora, havendo, a norma anterior que regia a matéria, como agora ficou declarado na lei (art. 11, § 2º da Lei nº 9867/99) salvo expressa disposição em contrário.

Os efeitos da liminar dada em ADIN/ADC – cuja questão central é a legitimidade da norma abstrata — diferem dos da ordem dada em outro processo que discuta relação jurídica concreta.

A liminar em ADIN suspende a eficácia da norma geral e abstrata, de tal sorte que esta lei, durante a vigência da liminar deixa de disciplinar condutas, deixa de estabelecer o regime jurídico de relações Estado-servidores ou Previdência-segurados, p. ex. Outra lei (a lei anteriormente existente) tem sua eficácia restaurada nesse período e passa a fundamentar atos jurídicos (administrativos, judiciais, contratos entre particulares, etc.). No caso da **relação tributária, a medida liminar afeta a própria incidência da lei e a sua capacidade de fazer nascer obrigação tributária.**

Trata-se de situação absolutamente diversa da ordem liminar dada provisoriamente em ação que discuta relação jurídica concreta, como, exemplificativamente, mandado de segurança em que o contribuinte discuta a **exigibilidade** do tributo. A liminar, nesse caso, é dada, mediante depósito ou não, em regra, para que o contribuinte **deixe de pagar** até que se decida se é exigível ou não o tributo estabelecido em **norma geral e abstrata, que continua vigente e eficaz.** Medida liminar, neste caso **não afeta a incidência da norma e o nascimento da obrigação tributária**, mas, tão somente a exigibilidade do tributo.

Em se tratando da medida liminar em ADIN é suspensa a própria eficácia da norma geral e abstrata e, portanto, a própria incidência da norma e o **nascimento da obrigação tributária ex lege.**

A ordem liminar na ADIN é provisória, no sentido de que nasce com vocação para ser substituída por decisão definitiva; mas não tem eficácia condicionada ao julgamento final: ao ser substituída a medida liminar pela decisão final, mesmo em caso de improcedência da ação, a lei impugnada não readquirirá efeitos retroativos **quanto ao período em que teve eficácia suspensa pela liminar.**

A provisoriedade da medida liminar não significa que serão reconhecidos ou não os seus efeitos *secundum eventum litis*. Embora provisória a ordem, seus efeitos, enquanto vigorar, produzir-se-ão e serão reconhecidos independentemente da decisão final..

Assim, ao ser julgada procedente a ADIN, confirmada a ordem liminar, a lei impugnada terá sua

invalidade proclamada desde a promulgação. Isso implica no reconhecimento da vigência e eficácia da legislação anterior durante todo o período (inclusive no período de vigência da ordem liminar).

De outro lado, julgada improcedente a ADIN e reconhecida a constitucionalidade da lei, **cessam, para o futuro, os efeitos da ordem liminar e, a partir daí, para o futuro, a lei impugnada readquirirá a sua eficácia.**

Nesse caso, deve-se reconhecer efeitos à lei impugnada através da ADIN desde a sua edição até a data da publicação da liminar na ADIN; **eficácia da legislação anterior a ela durante a vigência da liminar, até o julgamento da ADIN** e eficácia da lei impugnada a partir do julgamento de improcedência da ADIN.

A lei deve ser aplicada no tempo e espaço, reger relações jurídicas concretas no tempo e espaço. Não parece honrar o princípio da segurança jurídica que a sentença final de improcedência da ação revogue, com efeitos retroativos a cautelar deferida na ADIN.

### I.4. REFLEXOS DA MEDIDA LIMINAR QUANTO AO INTERESSE RECURSAL E INTERESSE DE AGIR

No momento da interposição do presente recurso estava presente **interesse recursal**, considerando a que a decisão liminar agravada foi proferida em 8/6/99 e que o agravo de instrumento foi ajuizado em 14/6/99.

Houve superveniente perda do interesse recursal, com a suspensão liminar da eficácia da Lei 9732/88 na ADIN 2028-5 ?

Considerando o antes exposto, penso que não, que da mesma forma como ficaram **provisoriamente** (no sentido de que pode, no futuro, voltar a ter eficácia) suspensos os efeitos da lei cuja legitimidade é questionada, ficou provisoriamente suspenso o interesse do impetrante. Poderá haver posterior perda de interesse, conforme o resultado da ADIN, mas não é possível afirmar com absoluta certeza a perda de interesse antes do julgamento daquela ação.

*Desde quando publicada e enquanto vigente a medida liminar não há interesse recursal; mas esse interesse provisoriamente afastado recolocar-se-á **se e no momento em que** for julgada improcedente (sem declaração de constitucionalidade) a ação direta de inconstitucionalidade ou for declarada a carência da ação por qualquer razão, caso em que ficará certa a incidência da lei questionada desde a promulgação até a data da suspensão de eficácia pela publicação da ordem liminar na ADIN, bem como **a partir** do julgamento da ADIN.*

### I.5. INTERESSE DE AGIR APÓS JULGAMENTO DA ADIN

A ordem liminar referendada pelo Plenário do STF, como apontado, constitui **provimento provisó-**

**rio**, dado para vigorar até o julgamento definitivo da ADIN, ocasião em que poderá ocorrer: a) declaração de carência da ação; b) decisão de procedência da ação; e c) decisão de improcedência da ação.

Se proclamada a **inconstitucionalidade total** e julgada procedente a ADIN (art. 24, Lei nº 9868/00) perderá a norma impugnada sua validade e efeitos, diante de todos e desde o momento em que promulgada (ou desde o trânsito em julgado do acórdão que declarou a inconstitucionalidade ou de outro momento fixado pelo STF, conforme estabeleceu o art. 27 da Lei 9868/99). Confirmar-se-á de **modo definitivo** a falta de interesse do autor no julgamento da ação e do agravante no julgamento do presente recurso.

Caso proclamada a **constitucionalidade total** da lei e a conseqüente improcedência da ação, cessará a eficácia do provimento liminar na ADIN e será, a partir daí, restaurada a eficácia da lei impugnada. Poderá restar interesse quanto a aspectos periféricos da questão, particulares da impetrante. A ação poderá prosseguir depois do julgamento da ADIN — embora a decisão do STF vincule o Tribunal e o Juiz de primeiro grau — quanto a tais aspectos específicos e, não, evidentemente, quanto à constitucionalidade da lei..

Diz a lei nº 9868/99 no parágrafo único do artigo 28 que *a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal* acórdão. No caso de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade parcial, ou interpretação conforme a constituição, igualmente, poderá restar interesse no pronunciamento jurisdicional nos autos do mandado de segurança e nestes autos de agravo.

Julgada a ação pelo seu mérito, reconhecida a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, terá a decisão efeito *erga omnes* e *ex tunc* (salvo se dispuser em contrário o julgado, quanto à retirada de efeitos da lei inconstitucional). Se, entretanto, a ação não for julgada pelo mérito (não for declarada constitucional ou inconstitucional a lei), o julgamento da ADIN não impedirá que outra ação possa ser ajuizada desde que por outro dos legitimados ou pelo mesmo, mediante causa de pedir diversa; nem o prosseguimento desta.

A Lei nº 9868/99 refere-se à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, mesmo parcial, e não contempla a hipótese de improcedência da ADIN sem declaração de constitucionalidade. Entretanto, anota Gomes Canotilho, in "Direito Constitucional", Coimbra, 1992, 5ª ed. Livraria Almedina, pg. 1089/90, que:

*"A decisão do Tribunal Constitucional pode ser uma sentença de 'rejeição' ou de 'não acolhimento' do pedido de declaração de inconstitucionalidade. A Constituição regula ex-*

*pressamente os efeitos das sentenças de 'acolhimento', mas não contém preceito algum sobre os efeitos da sentença de rejeição. Do articulado constitucional não se deduzem elementos suficientes para a configuração, como caso julgado, da sentença de rejeição. Não há, pois, que equiparar as decisões do Tribunal Constitucional que declarem a inconstitucionalidade de uma norma com as decisões que não a declaram. Estas não têm, por conseguinte, efeito preclusivo, pois não impedem que o mesmo ou outro requerente venha de novo a solicitar ao TC a apreciação da constitucionalidade da norma anteriormente não declarada inconstitucional. A solução é, de resto, a única defensável quando se coloca o problema em termos jurídicos-constitucionais e jurídico-dogmáticos:*

*- enquanto a declaração de inconstitucionalidade determina a nulidade ipso jure, eliminando a possibilidade de recursos por via incidental, a não declaração carece de quaisquer efeitos purgativos, sendo admissível a repropositura de uma ação direta (fiscalização abstrata) por outras entidades, constitucionalmente legitimadas, e a interposição de recursos em via incidental;*

*- a fiscalização abstrata de normas não tem qualquer caráter contraditório nem supõe um 'efeito concreto' submetido a julgamento, motivo pelo qual não se pode falar, em rigor, de força de caso julgado da declaração de inconstitucionalidade, a questão não pode ser novamente apreciada sobretudo pelo facto de as normas deixarem de vigorar (cfr. Ac. TC 85/85, in Acórdãos, vol. V)*

*- a decisão de não declaração constitui, deste modo, uma interpretação de norma conforme a constituição, o que não impede vir o tribunal, em momentos posteriores, por via de controle abstrato ou através de recursos por incidente, defender outra interpretação da norma em debate;*

*- se uma decisão de não declaração de inconstitucionalidade tivesse força de caso julgado, significaria isso que se estava a consagrar, entre nós, a regra do stare decisis ou da vinculação a precedentes judiciais, regra esta estranha ao nosso direito e só admissível quando estabelecida através de processos constitucionalmente reconhecidos (cfr. art. 281.º/2)."* grifo nosso

A decisão que julga improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, mas não declara a legitimidade da norma tem efeito apenas entre as partes, o que impossibilita o seu autor de voltar a propor nova ação contra o mesmo dispositivo legal e sob os mesmos fundamentos, mas não outro dos legitimados ou o mesmo legitimado, por outros fundamentos; assim como não vincula os órgãos do Poder Judiciário, que poderão continuar livremente a apreciar arguições de inconstitu-

cionalidade e proceder o controle difuso de constitucionalidade.

Nesse sentido, a lição do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, in "A teoria das constituições rígidas", São Paulo, 2ª ed., Editor José Bushatsky, 1980, pg. 241/215:

"Se julgada improcedente a ação de inconstitucionalidade, há de se concluir, que não poderia mais ser argüida a inconstitucionalidade desse ato normativo pela Procuradoria Geral da República. Não seria admissível nova representação do Ministério Público, por exaurida a sua atribuição, e vinculado ficava ele à decisão do Supremo Tribunal Federal.

*Porém, qualquer particular poderia argüir a inconstitucionalidade, no caso de aplicação do ato normativo, mediante ato concreto, contra ele, se não foi parte na ação proposta pelo Ministério Público. E, então, se o Supremo Tribunal Federal viesse a alterar a sua decisão anterior, e desse pela inconstitucionalidade do ato jurídico concreto, fundado naquele ato normativo, então por ele considerado como inconstitucional, a decisão judicial teria efeito apenas na espécie. Contudo, assumiria efeito erga omnes, em tese, se suspenso o ato normativo pelo Senado federal, diante de comunicação do Supremo Tribunal Federal de ser definitiva essa sua decisão, transitada em julgado. Mas, esse efeito seria ex-nunc, pois fruto de revogação pelo Senado federal."*

No caso de extinção da ação sem julgamento de mérito, poderão as partes ter interesse no julgamento da presente ação e poderá ser ela julgada com liberdade pelos órgãos jurisdicionais de primeiro e segundo grau, inclusive com reconhecimento incidental da inconstitucionalidade não pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN por qualquer razão.

Trata-se de hipótese remota, é verdade: as condições da ação certamente terão sido analisadas antes da concessão da liminar ou do referendo do Plenário e, portanto não é de se esperar declaração de carência da ação. Desistência não pode haver.

É até comum a extinção de ações diretas de inconstitucionalidade por perda de objeto, em razão de revogação da norma impugnada. Nesse caso subsistiria o interesse no reconhecimento da ilegitimidade da norma através do controle difuso de constitucionalidade, quanto ao período em foi vigente e eficaz.

De outro lado, se não declarada inconstitucional a norma questionada na ADIN, com efeitos *ex tunc*, nem declarada a constitucionalidade com força de coisa julgada *erga omnes*, necessário decidir nos autos do mandado de segurança quanto ao período em que incidiu a lei, gerando a obrigação tributária, antes da suspensão da eficácia pela medida liminar na ADIN.

Se não é impossível o julgamento de carência, procedência parcial, interpretação conforme a constituição, ou improcedência da ADIN (sem declaração de

constitucionalidade), por rigor lógico, também não se pode excluir a possibilidade de interesse futuro no julgamento da presente ação.

Não é possível, pois, afirmar que houve perda de interesse ou mesmo que é inexorável que ocorra no futuro.

## II QUESTÃO PRELIMINAR: ADIN COMO PREJUDICIAL DO MANDADO DE SEGURANÇA

II.1. Cabe reconhecer a prejudicialidade da questão objeto da ADIN para o julgamento da presente ação.

*Trata-se de aqui de discussão acerca da legitimidade e eficácia de lei que estabelece relação jurídica de natureza tributária, o que equívale a dizer, discussão acerca da existência de relação jurídica tributária estabelecida ex lege.*

*Se a lei é legítima e eficaz; ou se é ilegítima e não obriga – isto é, se existe lei estabelecendo relação jurídica tributária — é questão central da ADIN. Ocorre que essa mesma questão deve ser necessariamente decidida nos autos do mandado de segurança, posto que é a causa de pedir da ação mandamental.*

O requisito de existência da relação jurídica tributária (validade da lei que instituiu a relação jurídico-tributária) constitui questão prejudicial para a decisão da questão principal nos autos do mandado de segurança. A questão prejudicial nestes autos é objeto principal da ação direta de inconstitucionalidade.

II.2. Ora, essa é, exatamente, a hipótese prevista no art. 265, IV, "a", do CPC, que determina a suspensão do processo. É conferir:

"Art. 265: Suspende-se o processo:

I.....

II.....

III.....

IV – quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa ou de declaração da existência ou inexistência de relação jurídica, que constitua objeto principal de outro processo pendente;

.....

ANTONIO SCARANCA FERNANDES, em sua valiosa monografia, que contém estudo profundo e específico do tema, esclarece que a questão prejudicial se caracteriza por ser um antecedente lógico necessário da questão prejudicada, cuja solução condiciona o julgamento da questão subordinada, trazendo ainda consigo a possibilidade de se constituir em objeto de processo autônomo (PREJUDICIALIDADE, Ed. RT, 1988, pg. 96).

Relacionam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY no seu "Código de Processo

Civil Comentado”, Ed. RT, 3ª ed., pg. 529) em nota ao art. 265, CPC processualistas renomados que comentaram referido dispositivo (EGAS MONIZ DE ARAGÃO, “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. II, 8ª edição, Forense, RJ, pg. 361/362, nº 487; HELIO TORNAGHI, em seus “Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª edição, ed. RT, vol. II, 1976, pg. 320; ADROALDO FURTADO FABRICIO, “A ação declaratória incidental”, 2ª edição, Forense, RJ, 1995, pg. 166/167, nº 104; ADA PELEGRINI GRINOVER, “Direito Processual Civil”, 2ª edição, Ed. Bushatsky, SP, 1975, pg. 64; FREDERICO MARQUES, “Manual de Direito Processual Civil, vol. III, Saraiva, 9ª edição, 1987, pg. 580, nº 87), apontando que o art. 265, IV, “a”, CPC aplica-se diante de **questões prejudiciais externas**.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES consigna, distinguindo as internas e externas como “*sendo as primeiras as que serão resolvidas no mesmo processo em que será apreciada a principal e as segundas as que serão decididas em processo separado* (ob. cit, pg. 97). Ora, aqui se trata de questão prejudicial externa, já que a questão prejudicial terá de ser decidida em ADIN, outro processo, evidentemente..

II.3. Parece conveniente ainda salientar as conclusões de OLAVO DE OLIVEIRA NETO, em seu “Conexão por Prejudicialidade” (RT, 1974, pg. 112/113), para deixar fora de dúvida a pertinência da aplicação do art. 265, IV, “a” ao caso dos autos:

“25. A conexão por prejudicialidade é uma espécie do gênero conexão, na qual existe uma relação de prejudicialidade entre as causas. Ela apresenta duas subespécies, segundo a influência que uma causa exerce sobre a outra. Se uma **impede** o conhecimento da outra, teremos a conexão por prejudicialidade **impeditiva**. Se apenas **influencia** na decisão da outra, teremos a conexão por prejudicialidade **determinativa**. Na conexão por prejudicialidade **impeditiva**, a causa que deve, lógica e necessariamente, ser decidida antes, torna **dispensável** ou **impossível** o conhecimento da posterior. Já na conexão por prejudicialidade **determinativa**, a decisão da causa anterior **vincula** o resultado da posterior, pois **determina** em que sentido a matéria nela contida será decidida.

26. A conexão por prejudicialidade, seja impeditiva, seja determinativa, pode, ainda, ser classificada como total ou parcial, conforme a extensão em que a decisão da primeira causa influenciar a segunda.”

II.4. O objeto da ADIN contém questão que se constitui em antecedente lógico e necessário (a legitimidade e eficácia da lei 9732/98 e conseqüente existência da relação jurídica tributária) da questão tratada nos autos da ação mandamental (ser abusiva ou não a exigência

do pagamento das contribuições previdenciárias da impetrante). A solução na ADIN condiciona o teor do julgamento nos presentes autos. A questão prejudicial constitui objeto de processo autônomo.

Qualifica-se a questão prejudicial objeto da ADIN como prejudicial determinativa em relação à questão destes autos, pois condicionará o julgamento desta.

O caso, em resumo, exige a aplicação do art. 265, IV, “b”, CPC.

### III QUESTÃO PRELIMINAR MEDIDA LIMINAR EM ADIN - IMPECILHO AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NESTES AUTOS

III.1. Examinando-se a mesma questão por outro ângulo, ademais, é de salientar que a concessão de medida cautelar em ADIN **impede** qualquer decisão no presente recurso e no mandado de segurança em que foi interposto, ao menos **neste momento e até o julgamento final da ADIN**.

Neste momento há óbice à adoção de decisão em desconformidade com o que foi estabelecido pelo C. Supremo Tribunal Federal, tanto que, em ocorrendo, cabe Reclamação perante o STF para restabelecer a autoridade de seu julgado (art. 156 c.c.161, RISTF).

Vale dizer, esse E. Tribunal — bem como o MM. Juiz de primeiro grau — somente poderia julgar **conforme a decisão do Supremo Tribunal Federal**, que, embora provisória, tem efeito vinculante.

III.2. Ora, tratando-se de decisão **provisória**, não parece correto que, **vinculado** a ela como está, decida o Juízo de primeiro grau ou esse E. Tribunal de modo **definitivo** a questão dos autos.

Neste momento e até julgamento definitivo da ADIN, não cabe qualquer pronunciamento jurisdicional a respeito da questão posta nos autos.

### IV QUESTÃO PRELIMINAR EFEITOS DA LIMINAR NA ADIN SOBRE O ATO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO PRESENTE RECURSO AGRAVO REGIMENTAL

IV.1. O ato concessivo de efeito suspensivo nestes autos (fl. 47) — posterior à decisão liminar dada na ADIN com efeito *ex nunc* e *erga omnes* — de outro ângulo, não encontra fundamento.

A decisão liminar na ADIN, com efeitos *ex nunc* e *erga omnes*, impõe-se a todos e vincula inclusive a este E. Tribunal.

A partir de tal decisão, suspendendo a eficácia da lei, a **inexigibilidade da contribuição previdenciária em questão nestes autos passou a decorrer dela, que retirou atributo essencial da própria norma geral. Dei-**

xou de operar seus efeitos a ordem liminar dada dos autos do mandado de segurança, em consequência, pois apenas restringia efeitos concretos da lei sobre a relação jurídica entre impetrante e INSS (efeitos esses que deixaram de ocorrer desde que a lei deixou de ser eficaz).

*Inoperante a ordem liminar (por força da liminar na ADIN que atingiu a eficácia da norma geral e abstrata), dela não decorria risco que pudesse ensejar a utilização do poder cautelar desse E. Tribunal para afastá-lo, e, assim, não cabia conceder efeito suspensivo presente recurso.*

IV.2. De outro lado, suspensa a eficácia da norma geral e abstrata, ausente o *fumus boni juris* indispensável para a utilização do poder cautelar que ensejaria a suspensão cautelar do ato judicial de primeiro grau.

IV.3. Considerando o exposto, cabe, de ofício ou exercendo o juízo de retratação propiciado pelo agravo regimental (fls. 53/69) revogar a ordem que concedeu efeito suspensivo ao presente recurso e, de ofício, determinar a paralisação deste recurso e do mandado de segurança até julgamento da ADIN, em razão da prejudicialidade daquela ADIN em relação ao mandado de segurança e respectivo recurso, nos termos do art. 265, IV, "a", CPC e em razão de haver impedimento ao livre exercício da atividade jurisdicional.

IV.4. Ressalto que, além de jurídica, a solução proposta é **conveniente**: não há interesse prático no andamento de ações e recursos como os dos autos. A tramitação de tais processos implicaria em dispêndio inútil de tempo e energia dos operadores do Direito, quando há inúmeros outros feitos em que as partes clamam pelo pronunciamento judicial.

Ademais, o andamento do feito poderá redundar em conflito entre a coisa julgada aqui formada e a decisão na ADIN. Ao invés de solução do conflito, outro poderá surgir, somente passível de solução através de ação rescisória.

## V

### QUESTÃO PRELIMINAR: FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO DE AGRAVO

V.1. Aponta a agravada que o agravante deixou de apresentar, com o agravo, peças necessárias para comprovação de suas alegações.

Essa E. Turma decidiu recentemente, por unanimidade de votos, que a ausência das peças incluídas na lei processual como obrigatórias (art. 525, CPC) ou cuja falta comprometesse a compreensão da controvérsia enseja o não conhecimento do recurso; ao passo que a falta das peças necessárias para comprovação de alegações da parte afeta resultado do julgamento. Pronunciou-se essa E. Turma, desse modo, no sentido de que a omissão na apresentação de peças de interesse para prova de alegações da parte não obsta o conhecimento do recurso:

'PROCESSUAL. CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PEÇA NÃO ELENCADE NO ROL DO ART. 525, INCISO I DO CPC. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO. IMPOSSIBILIDADE.

1) No caso dos autos, o exame da peça instrutória – certidão negativa de penhora – não está inserido no campo do juízo de admissibilidade recursal, revelando-se diretamente relacionado ao juízo de mérito, não se enquadrando o documento, ainda, como peça essencial à compreensão da controvérsia, cuja ausência enseja a negativa de seguimento ao recurso.

2) Recurso adequadamente instruído, não incidindo quaisquer das hipóteses previstas no art. 557, "caput", do Código de Processo Civil.

3) Agravo provido.

(TRF/3ª Região, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Peixoto Junior, j. 31/8/99 -DJU 27/10/99)

*Parece-me solução correta: se peças necessárias a comprovação de alegações da parte não foram apresentadas, isto poderá custar o improvimento do recurso, mas não o seu conhecimento.*

No caso dos autos, os documentos em questão são de interesse para prova de alegações da parte agravante. Assim, na esteira do referido precedente dessa E. Turma, opino pela rejeição da preliminar de não conhecimento.

## VI MÉRITO:

### VI.1 – EDUCAÇÃO : ATIVIDADE PRIVADA

*A agravada presta serviços na área da educação, entendendo tratar-se de serviço de utilidade pública e que deveria ser prestado pelo poder público.*

A Constituição Federal de 1988 silencia quanto a educação no seu artigo 21 quando dispõe acerca da competência da União para execução de serviços e atividades materiais.

Refere-se à educação no art. 22, quando dispõe ser da **competência privativa da União legislar** sobre "diretrizes e bases da educação nacional" (inciso XXIV).

No seu art. 23, estabelece a CF/88 que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios "proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência." (inciso V).

No art. 24 fixou a competência concorrente dos mesmos entes para legislar sobre "educação, cultura, ensino e desporto" (inciso IX).

*No art. 205 estabeleceu que*

"A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade".

No art. 209 estabeleceu:

"**O ensino é livre à iniciativa privada**, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.”

O art. 207:

“As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”

O art. 208:

“O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito;

.....

V - acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”.

Consta do art. 211:

“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino”

E o art. 213 dispõe:

“Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas definidas em lei, que:

.....”

Desse conjunto vê-se esgotar-se o dever do Estado com a educação se esgota na garantia do ensino fundamental obrigatório e gratuito e garantia da possibilidade de acesso a níveis mais elevados de acordo com a capacidade de cada um, contexto em que provavelmente se insere a exigência de concursos vestibulares para os cursos superiores públicos e privados.

Vê-se também que a própria Constituição prevê o ensino como atividade privada, cujo exercício deve pautar-se dentro das normas editada pelo Conselho Federal de Educação, mediante a autorização do Poder Público.

Assim é que a educação somente poderá ser considerada serviço público quando for prestada diretamente pelo Estado, mas não quando prestado por particulares. De fato, não consta entre as tarefas da União a prestação do serviço de ensino, cabendo-lhe, apenas, definir legislativamente as bases em que poderá ser prestado pelos entes privados e pela rede pública das esferas federal, estadual e municipal.

A Constituição Federal não inclui o ensino universitário como dever do Estado.

Não se trata, tampouco, de atividade concedida ou delegada, mas de atividade autorizada.

Transcrevo lição extraída da obra “Prestação de Serviços Públicos”, do Ilustre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Entende-se por concessão de serviço público o ato complexo através do qual o Estado atribui a alguém o *exercício* de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do Poder Público sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado, mas por sua conta, risco e perigo, remunerando-se pela cobrança de tarifas diretamente e tendo a garantia de um equilíbrio econômico-financeiro” (pg. 35).

“Só há concessão quando o Estado considera o serviço em causa como próprio e como privativo do Poder Público. Em rigor, por ser público e privativo do Estado é *res extra commercium*, inegociável, inamovivelmente sediado na esfera pública, razão por que não há transferência da titularidade do serviço para o particular” (fls. 36)

*Ora, isso não ocorre com a educação na ordem jurídica anterior nem na instaurada com a atual Constituição, como já apontava o mesmo ilustre Professor:*

“Com efeito, cumpre distinguir entre serviços públicos privativos do Estado, salvo concessão ou permissão — que são os relacionados no artigo 8º, bem como quaisquer outros cujo exercício pressuponha necessariamente a prática de atos de império — e os serviços públicos não privativos do Estado. Nesta última categoria ingressam os serviços que o Estado pode desempenhar, imprimindo-lhes regime de direito público, sem contudo, proscreever a livre iniciativa do ramo em que se inserem.

Seria o caso de serviços de educação e saúde, por exemplo. Aos particulares é lícito desempenhá-los independentemente de concessão. Submetem-se, apenas, a uma fiscalização do Poder Público, que a efetua no exercício normal de sua Polícia Administrativa” (fls. 21/22)

Tampouco cabe falar de delegação no caso. Delegação faz o agente público que tem a atribuição ou o poder-dever de realizar certo ato. Teria de ser público o serviço, para que se pudesse falar em delegação. E como já se mostrou, a própria Constituição estabelece que “o ensino é livre à iniciativa privada”, do que decorre claramente que a atividade não é pública, muito menos exclusivamente pública.

Em que pese o conhecimento acerca da majoritária jurisprudência — inclusive do Supremo Tribunal Federal — que vem reconhecendo sem questionamento a competência da Justiça Federal para conhecer mandados de segurança contra atos de reitores de universidades privadas, sob o fundamento de que se trataria de atividade pública federal delegada, tenho como certo que não se trata de delegação de atividade, mas de mera autorização para exercício da atividade, dada pelo Estado em razão de seu Poder de Polícia, de forma a ensejar a fiscalização da regularidade de seu exercício.

A recente discussão acerca da regulamentação — inicialmente feita por meio de medidas provisórias, agora transformadas em lei — da cobrança e reajustes das mensalidades escolares, os contratos e a cessação da prestação de serviços em caso de inadimplemento deixa evidente a sua natureza privada.

A prestação de serviços de educação é de alta relevância para a sociedade. Muitos vêm nela o caminho consistente para a redenção do País.

Entretanto, sob outro ângulo, é uma atividade privada — como tantas há de alta relevância para a vida social — e quase sempre lucrativa.

## VI.2 – IMUNIDADE E ISENÇÃO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES QUANTO A ENTIDADES EDUCACIONAIS

A Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda de 1969, não estabelecia imunidade quanto a contribuições previdenciárias (art. 21, § 2º, I) em benefício de qualquer entidade, de qualquer qualificação. Mas apenas imunidade de impostos para entidades de educação no seu art. 19, “c”.

Isenção de contribuição previdenciária quanto a quota patronal era deferida pela lei a entidades de fins filantrópicos, porém, na forma do disposto no art. 153, e §§ 1º a 6º, CLPS, que também estabelecia os requisitos para o gozo do benefício legal :

*“Art. 153 – A instituição que, reconhecida como de utilidade pública pelo Governo Federal até 1º de setembro de 1977, era portadora de certificado de entidade de fins filantrópicos com validade por prazo indeterminado, e estava isenta da contribuição empresarial para a previdência social urbana, continua gozando da mesma isenção.*

§ 1º - A instituição portadora de certificado provisório de entidade de fins filantrópicos que gozava da isenção referida neste artigo e requereu até 30 de novembro de 1977 o seu reconhecimento como de utilidade pública federal continua gozando da isenção até que o Poder Executivo deliberar sobre o requerimento.

§ 2º - O disposto no § 1º aplica-se à instituição cujo certificado provisório de entidade de fins filantrópicos já expirou, desde que o tenha requerido, no mesmo prazo, o seu reconhecimento como de utilidade pública federal e a renovação do certificado.

§ 3º - A instituição cujo reconhecimento como de utilidade pública federal foi indeferido ou que não o requereu no prazo do § 1º fica sujeito a ao recolhimento da contribuição da empresa para a previdência social urbana, a contar do mês seguinte ao do término desse prazo ou ao da publicação do ato de indeferimento do requerimento.

§ 4º - A isenção de que trata este artigo aplica-se às contribuições empresariais das letras a, b e c do item VII do artigo 122.

§ 5º - O cancelamento da declaração de utilidade pública federal ou a perda da qualidade de entidade de fins filantrópicos acarreta a revogação automática da isenção, ficando a instituição obrigada ao recolhimento da contribuição previdenciária empresarial a contar do mês seguinte ao da renovação.

§ 6º - A fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM) e as Fundações Estaduais do Bem Estar do Menor (FEBEM), embora remunerem seus diretores, são equiparadas, para a isenção de que trata este artigo, a entidades de fins filantrópicos reconhecidas de utilidade pública.

Note-se que **imunidade** é exclusão constitucional, do campo de incidência tributário, de certo fato, comportamento, situação, pessoa ou bem; enquanto **isenção** constitui dispensa de pagamento do tributo incidente, concedida por lei em atenção a certo fato, comportamento, situação ou pessoa ou bem da vida.

A Constituição Federal de 1988, além da **imunidade de impostos para instituições de educação** na forma do art. 150, VI, “c”, CF/88, estabeleceu no seu art. 195, § 7º, **imunidade** quanto a **contribuições previdenciárias** apenas e tão somente para **entidades beneficentes de assistência social que atendam as exigências estabelecidas em lei**.

Ressalte-se, portanto: **imunidade** quanto a **contribuições previdenciárias** não foi deferida a **instituições de educação** pela CF/88 e nem pela CF/67/69

Para as **instituições de educação**, foi deferida imunidade de **impostos**, no art. 150, VI, “c”, CF/88, da mesma forma como estabelecia a CF/67/69 no seu art. 19, “c”. De **impostos** não se trata aqui.

Quanto a imunidade de **impostos**, exigiu o Código Tributário Nacional — cumprindo o papel que lhe impôs a Constituição de veicular as normas gerais em matéria tributária — em seu artigo 14, observância de requisitos mínimos pelas entidades destinatárias do benefício, como a não distribuição de parcela do patrimônio ou renda, a título de lucro ou participação no resultado; aplicação da integralidade dos seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais no País; e manutenção de escrituração de receitas e despesas em livros revistos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Nesse ponto, já ressaltado que a Constituição não estabeleceu como serviços públicos os pertinentes à educação, cumpre destacar também a sua especificidade e interesse social foi contemplada pela Constituição Federal, quando deferiu a imunidade de impostos a entidades educacionais, sem que se possa exigir que igual tratamento fosse dado quanto a contribuições previdenciárias..

### VI.3. IMUNIDADE CONCEDIDA ATRAVÉS DE NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA CONTIDA

Com a Constituição de 1988 foi deferida imunidade — embora o texto constitucional faça referência a isenção — para instituições beneficentes de assistência social *que cumpram os requisitos da lei*.

Antes da promulgação da Lei 8212/91 foi ajuizado o Mandado de Injunção nº 232-1 — RJ (Rel. o Min. Moreira Alves), pois desde a promulgação da Constituição, o dispositivo constitucional imunizante, reconhecido como de eficácia limitada, carecia de regulamentação.

Apreciando especificamente a imunidade de contribuições previdenciárias aqui tratada no referido Mandado de Injunção, decidiu o C. Supremo Tribunal Federal que: a) a norma constitucional carecia de regulamentação para permitir o gozo da imunidade; b) que os arts. 9º e 14 do CTN **não serviam para a regulamentação exigida**; e c) que a regulamentação podia ser feita por meio de **lei ordinária**.

Reconheceu o Supremo Tribunal Federal, em Seção Plenária, em julgamento ocorrido a 2/8/91, que a disposição constitucional deferia direito público subjetivo a imunidade e, portanto, legitimava para o mandado de injunção a impetrante, para pleitear a fixação das regras necessárias para o gozo da imunidade. Considerou o C. STF que a ausência da edição da lei reclamada como instrumento indispensável de concretização do comando constitucional, inviabilizava o exercício dessa prerrogativa jurídico-tributária, bem como que não cabia adotar, mediante integração analógica, os artigos 9º e 14 do CTN para solucionar o caso concreto, mas sim determinar ao Congresso que procedesse a regulamentação da norma constitucional. Foram vencidos o Min. Marco Aurélio, Carlos Veloso e Celio Borja nessa parte, pois admitiam que o próprio STF, no mandado de injunção fixasse as regras para o gozo da isenção, procedendo integração analógica, com utilização dos artigos 9º a 14, CTN.

Tal decisão não faz coisa julgada *erga omnes*, mas, proveniente do Plenário Supremo Tribunal, a quem compete dizer a última palavra acerca da legitimidade das leis, é de extremo relevo e tem fundamentos sólidos.

*Realmente, não há como negar que a norma constitucional imunizante dependia de regulamentação, pois isso decorre de sua literalidade.*

Para a regulamentação, entretanto, não era exigível lei complementar. A Constituição, quando entende necessária a edição de lei complementar, faz a exigência de modo expresso; se não o fez, no caso, não cabe exigí-la.

O Plenário do mesmo C. Supremo Tribunal Federal, aliás, no julgamento da ADIN nº 790, decidiu que a contribuição social que incida sobre vencimentos de servidores públicos não precisa ser prevista em lei com-

plementar e, logo, não há inconstitucionalidade na previsão em lei ordinária. Na ocasião, o Min. Marco Aurélio, Relator, consignou em seu voto: *a interpretação sistêmica da Carta informa que as contribuições sociais não estão sujeitas à lei complementar. É que no art. 195 alude-se aos termos da lei, sem adjetivá-la (RTJ 147/921, pg. 924), tal qual ocorre no caso dos autos.*

Os arts. 9º e 14º, CTN, ademais, referem-se à imunidade de impostos, sem sombra de dúvida, eis que assim dispõem literalmente, e não à imunidade de contribuições previdenciárias. Concorre para certeza disso o fato de que o CTN precedeu a Constituição de 1988 e só esta veio a estabelecer a imunidade de contribuições: o CTN não podia regulamentar imunidade não concedida. Sua utilização somente poderia dar-se, eventualmente **por analogia**. Ocorre que analogia é método de integração do ordenamento jurídico somente passível de utilização **na ausência de lei**. Existindo lei, **específica ademais**, nem se pode colocar a questão.

Os que argumentam com a necessidade de edição de lei complementar para regulamentação da imunidade, partem da premissa de que imunidade constitui limitação ao poder de tributar e estas exigem lei complementar, nos termos do art. 146, CF. O CTN, embora formalmente lei ordinária, foi recebido pela CF/88 como a lei complementar que regulamenta as limitações ao poder de tributar. Os arts. 9º e 14 CTN, então, estabeleceriam a regulamentação necessária para a incidência da regra imunizante.

Entretanto, o certo é que entre as limitações constitucionais ao poder de tributar estabelecidas na Seção II do Título VI da Constituição Federal (arts. 150 a 152) acha-se estabelecida apenas a imunidade de impostos, sem qualquer referência a contribuições previdenciárias.

*As contribuições previdenciárias têm seu regime próprio, estabelecido no Título VIII — Da Ordem Social, Capítulo II — Da Seguridade Social, Seção I — Disposições Gerais, da Constituição Federal. Localizada essa previsão fora do tópico que trata do Sistema Tributário Nacional, tem esse fato ensejado até que se lhes negue a qualificação de tributo.*

Embora atribua às contribuições natureza de tributário, penso que as disposições do art. 195, CF denotam regime especial e próprio das contribuições previdenciárias, as quais sequer estão mencionadas no art. 145, CF que estabelece as espécies tributárias (impostos, taxas e contribuições de melhoria decorrentes de obras públicas).

O artigo 195, CF estabelece previsão de contribuições sociais e regime próprio para eles, de sorte que não lhes são aplicáveis toda as disposições pertinentes ao Sistema Tributário.

Aplicam-se-lhe as disposições do art. 150, I, II e III “a” ( e não III, “b”, por expressa disposição do art. 195, § 6º), e 150, IV e V e não o art. 150, VI, bem como não se aplicam os § 1º, 2º, 3º e 4º — por dizerem respeito ao artigo 1250, VI, inaplicável, como já anotado —. Aplicam-se os § 5º, 6º e 7º e 151, I, com o tempero,

porém, do artigo 195, § 9º e não o artigo 151, II (pois não se trata de tributo sobre a renda, base sobre a qual não incide contribuição previdenciária) e 151, III, vez que contribuição previdenciária somente pode ser instituída pela União Federal (art. 22, XXIII, CF). Também não incide o art. 152, vez que as contribuições não incidem sobre bens e serviços e se trata de normas destinada a Estados, Distrito Federal e Municípios.

O art. 146, II, CF (incluído no Capítulo I – Do Sistema Tributário Nacional, Seção I – Dos Princípios Gerais), ao estabelecer necessidade de lei complementar para regulamentação das limitações constitucionais ao poder de tributar está a referir-se à matéria tratada nos artigos 150 a 152, incluídos na Seção II do mesmo Capítulo I, denominado “Das Limitações do Poder de Tributar”.

O Art. 195, CF estabeleceu expressamente os casos em que a regulamentação de suas disposições deve ser feita por meio de lei complementar, como, por exemplo, no § 4º, quando remete ao 154, I; no art. 195, § 11.

Aliás, não parece correto pensar que a Constituição possa ser regulamentada quanto à instituição do tributo por meio de lei ordinária e somente pudesse ser regulamentada, quanto aos requisitos para gozo da imunidade por meio de lei complementar.

Não se argumente que isso seria exigível para evitar risco de restrição da imunidade: lei alguma, ordinária ou complementar, poderia atuar quanto à amplitude dos campos de incidência e não-incidência ou imunidade.

Definidos esses campos pelo comando constitucional, pode a lei, dentro deles, regulamentar e tornar aplicável a norma, sem nunca transpor seus limites.

Por isso mesmo, é necessário buscar exclusivamente na norma imunizante a definição do campo de não incidência.

#### VI.4. CONCEITO DE ENTIDADE BENEFICIENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

O § 7º do artigo 195 estabelece que *são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências da lei.*

A definição do campo de não-incidência ou imunidade é dada pelo conceito de entidade beneficente de assistência social. Os requisitos que a lei estabelecer não podem restringir o conceito.

CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES DE BRITO apontaram em seu “Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais” (Ed. Saraiva, 1982, pg. 24) que *quanto ao seu revestimento lingüístico de traço coloquial – já foi assinalado –, a Constituição se releva como uma carta de nacionalidade ou um estatuto de cidadania, na medida em que dirige o seu discurso normativo a todos os membros da sociedade política — e não apenas a determinados seg-*

*mentos sociais ou categorias profissionais – de modo inicial.*

*Instrumento inaugural de regulação das vivências coletivas, a Lei Suprema é redigida, em certa medida, à feição da cartilha de primeiras regras jurídicas, incorporando ao seu vocabulário aquelas palavras e expressões de uso e domínio comum”.*

E logo adiante (pg. 27/28), apontam que certas “*locuções, não há negar, adquirem uma certa significação jurídica, um certo adensamento teleológico, por direta influência do sistema normativo a que aderem. De outra parte, porém, carregam para o sistema um inafastável teor de ideologia, moral, crença, civismo e outras manifestações ajurídicas, de cuja significação e alcance o próprio direito não dá conta com precisa objetividade. Ao inverso, o conteúdo significativo de tal fraseado, como seu próprio alcance prático, somente pode ser captado ante à concretude dos fatos e comportamentos. Mais ainda, conteúdo e alcance que são apreendidos e demarcados em face das circunstâncias de tempo e lugar, sob o influxo do processo histórico. Donde inferir-se que a Constituição mesma se quer fluida em sua compreensibilidade, sempre que aponta para seu lastro formal aquelas palavras e locuções infensas em alguma medida, à técnica propriamente jurídica. O que demanda, a seu passo, uma mais freqüente troca de visitas entre o subsistema do direito e os demais subsistemas sociais genéricos.*”.

Tais considerações esclarecem porque GERALDO ATALIBA, em seu “Elementos de Direito Tributário” (Ed. Rev. Tribunais, 1977, pg. 238), como citado por CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES DE BRITO (pg. 19/20) apontou: *A interpretação da lei constitucional deve ser feita de maneira diversa da do direito ordinário, porque sabemos que no direito constitucional, a exceção é o emprego de termos técnicos. Na norma constitucional, havendo dúvida sobre se uma palavra tem sentido técnico ou significado comum, o intérprete deve ficar com o significado comum, porque a Constituição é um documento político; já nos setores do direito ordinário, a preferência recai sobre o sentido técnico, sendo que a aceção comum só será admitida quando o legislador não tenha dado elemento para que se infira uma aceção técnica.*

Advertidos disto, temos de buscar o sentido comum de entidade beneficente de assistência social.

O “Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa” (2ª ed. 39ª impressão, 1998, Ed. Nova Fronteira) registra no verbete “beneficência”: *s.f. 1. Ato, hábito ou virtude de fazer o bem. 2. Caridade, filantropia. (Antôn.: maleficência).*

Registra, no verbete “caridade”, como sinônimos: *2. Benevolência, complacência, compaixão; 3. Beneficência, benefício, esmola.*

Consta, no verbete e “filantropia” os significados: *amor à humanidade, humanitarismo e caridade.*

Quanto à “assistência social”, consta do mesmo Dicionário, no verbete “assistência”: *Assistência Social. Serviço gratuito, de natureza diversa, prestado aos membros da comunidade social, atendendo às necessidades daqueles que não dispõem de recursos suficientes.*

Os vocábulos “caridade”, “filantropia”, “esmola” e expressões como “serviço gratuito” destinado ao atendimento de necessidades “daqueles que não dispõem de recursos suficientes” são eloqüentes para mostrar que “entidade beneficente de assistência social” é aquela que tem como objetivo o atendimento gratuito das necessidades de pessoas carentes.

A seguridade social – que compreende saúde, previdência e **assistência – segundo o art. 195, CF, deve ser financiada por toda a sociedade mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das contribuições sociais do empregador**, do trabalhador, dos segurados da previdência, bem como parcela da receita de loterias.

As **instituições beneficentes de assistência social** são organizações **da sociedade.**

O art. 203, CF estabelece que a assistência social será prestada *a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social.* Ao assim estabelecer, coerentemente explícita que o **necessitado** destinatário da assistência social está dispensado de contribuir para a seguridade social.

Se a sociedade também deve suportar a assistência social, só tem mesmo sentido desonerar dela o **necessitado** que é o seu destinatário e a **entidade beneficente de assistência** que atenda gratuitamente o carente. Quaisquer instituições, como agentes sociais, estão obrigados à prestar contribuições para a assistência social. Só aqueles que estrita e diretamente prestam assistência social **em espécie – vale dizer, em serviços, diretamente aos carentes – são dispensados da colaboração em pecúnia.**

O Ministro Célio Borja compreendeu e expôs claramente isso no seu voto quanto ao mérito do mencionado Mandado de Injunção: *a isenção concedida pelo § 7º do artigo 195 da Constituição às entidades beneficentes de assistência social, é em sentido próprio, imunidade que decorre da assunção, por particulares, de prestação social que incumbia coletivamente à sociedade ou ao Estado. Dá-se-lhes tratamento equânime, porque não se exige contribuição em pecúnia a quem já contribui com serviço cujo financiamento assim se diversifica.*”

Em outro ponto, o Min Célio Borja afirmou: *sabe-se o que são os entes públicos; sabe-se o que são as instituições de assistência social. Ao exonerar estas últimas do pagamento de contribuição para a seguridade social, o constituinte introduziu no já citado § 7º do art. 195 outra nota distintiva: elas hão de ser beneficentes, isto é, não exigirão pagamento daqueles aos quais fazem o bem.*

O art. 203, CF, concorre para reforçar o conceito de entidade beneficente de assistência social e estabelecer limites quanto às **pessoas alvo e às finalidades da assistência social**: “I – proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – amparo às crianças e adolescentes carentes; III – promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.

A **educação** pode ser **forma** de prestação de assistência social, por entidades beneficentes, às crianças e aos adolescentes (art. 203, II c.c. art. 227, CF) carentes, pois assegurado a estes também o direito à educação *com absoluta prioridade* e estabelecido o dever da família, da sociedade e do Estado, de assegurar esse direito.

Instituições de assistência social são aquelas que têm a assistência social em si mesma como fim. Entende-se como assistência social a prestação de serviços para atendimento de necessidades básicas de pessoas carentes de recursos para supri-las, sem que a instituição obtenha deles contraprestação ou pagamento do preço do serviço. A assistência social pode ser direcionada ao atendimento de necessidades específicas, como é a assistência médica ou a assistência jurídica, ou ainda a assistência educacional, mas sempre com o caráter de gratuidade e abrangência, dentro, é claro, do grupo de pessoas carentes de recursos e necessitadas dos serviços **dentre aquelas indicadas no art. 203, CF, escolhidas como alvo pela entidade beneficente de assistência social.**

*Entidade beneficente de assistência social é, portanto, aquela que tem como objetivo suprir, desinteressadamente e sem retribuição, carências de pessoas ou grupos de pessoas dentre aquelas referidas no art. 203, CF, quanto a suas necessidades básicas.*

Já se vê que não procedem as distinções que a agravante pretendeu estabelecer entre entidades beneficentes e filantrópicas.

O C. Supremo Tribunal Federal, intérprete por excelência da Constituição Federal, embora apreciando o caso sob a ótica do art. 19, III, “c”, CF/67 (imunidade de impostos), por tudo isso e para afastar qualquer dúvida, deixou bem claro que a expressão *instituição de assistência social* identifica apenas as entidades que realizam *atendimento de caráter estritamente social, como o de assistência gratuita a pessoas carentes.* É o que ficou expresso no RE 108.120-SP, Relator o Min. Sydney Sanches (RE nº 108.120-SP, 1ª Turma, j. 8.3.88, DJ 8.4.88, PG 7476 - RTJ 125/750):

*“Imunidade tributária. ISS. Instituição de Assistência Social. Art. 19, III, c.c. arts. 9º, IV “c” e 14, III, do Código Tributário Nacional. Não basta, para esse efeito, que a entidade preencha os requisitos do art. 14 e seus incisos, do CTN. É preciso, além disso, que se trate de instituição de assistência social.*

*Hipótese não caracterizada, pois a recorrente, conforme seus estatutos, só presta serviços de assistência onerosa a seus associados, mediante contraprestação mensal, como entidade de previdência privada ou de auxílio mútuo, sem realizar atendimento de caráter estritamente social, como o de assistência gratuita a pessoas carentes”.*

O C. STF, ao referendar a medida liminar na ADIN 2018-8, segundo constou do Informativo STF nº 170, de 17/11/99 examinando preliminar de mérito suscitada pelo Min. Moreira Alves, relator, o Tribunal entendeu que entidade beneficente, para efeito da imunidade prevista no § 7º do art. 195 da CF, abrange não só as de assistência social que tenham por objetivo qualquer daquelas enumerados no art. 203 da CF, **como também as entidades beneficentes de saúde e educação, tendo em vista que entidade de assistência social é toda aquela destinada a assegurar meios de vida aos carentes.** Em seguida, o Tribunal entendeu, à primeira vista, haver relevância na tese sustentada pelo autor, em que se alegava a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, tendo em vista que eles não se limitaram em estabelecer os requisitos a serem observados pelas entidades beneficentes de assistência social para gozarem da imunidade prevista no § 7º do art. 195 da CF, mas estabeleceram requisitos que modificaram o conceito constitucional de entidade beneficente de assistência social, limitando a própria extensão da imunidade. ADInMC 2028-DF, rel. Min. Moreira Alves. 11.11.99.

Certamente, melhor ficará explicitado, quando publicado o v. acórdão, que, na verdade, a educação pode ser uma forma de prestação de assistência social abrigada nas finalidades estabelecidas no art. 203, CF, bastando que se dirija, gratuitamente, a aquele público-alvo e às finalidades apontadas no referido artigo 203, CF.

## VI.5. REGULAMENTAÇÃO DA IMUNIDADE ATRAVÉS DA LEI 8212/91

Originalmente, a Lei 8212/91, no seu artigo 55, dispunha:

ART. 55 - Fica **isenta** das contribuições de que tratam os artigos 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 ou do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos;

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

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 Conselho Nacional da Seguridade Social 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.

*Esse dispositivo sofreu alterações introduzidas pela Lei 9429/96 (DOU 27/12/96), quanto ao inciso II, que passou a vigorar com a seguinte redação: seja portadora do Certificado e do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecidos pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos.*

Também o inciso V foi alterado pela MP 1523-9, de 27/6/97, convertida na Lei 9528, de 10/12/97, passando a ter a seguinte redação: *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.*

Atualmente, dispõe a Lei 8212/91 no seu artigo 55, com as alterações introduzidas pelas antes referidas leis e pela Lei 9732/98:

ART.55 - Fica isenta das contribuições de que tratam os artigos 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;

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

**\* Inciso III com redação dada pela Lei nº 9.732, de 11/12/1998 (DOU de 14/12/1998, em vigor desde a publicação).**

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.

\* § 3º acrescido pela Lei nº 9.732, de 11/12/1998 (DOU de 14/12/1998, em vigor desde a publicação).

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

\* § 4º acrescido pela Lei nº 9.732, de 11/12/1998 (DOU de 14/12/1998, em vigor desde a publicação).

§ 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.

\* § 5º acrescido pela Lei nº 9.732, de 11/12/1998 (DOU de 14/12/1998, em vigor desde a publicação).

*Além de introduzir alterações nos dispositivos indicados do art. 55 da Lei 8212/81 dispôs, ainda, a Lei 9.732, de 11/12/1998 (DOU 14/12/1998):*

ART.4 - As entidades sem fins lucrativos educacionais e as que atendam ao Sistema Único de Saúde, mas não pratiquem de forma exclusiva e gratuita atendimento a pessoas carentes, gozarão da isenção das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212, de 1991, na proporção do valor das vagas cedidas, integral e gratuitamente, a carentes e do valor do atendimento à saúde de caráter assistencial, desde que satisfaçam os requisitos referidos nos incisos I, II, IV e V do art.55 da citada Lei, na forma do regulamento.

ART.5 - O disposto no art.55 da Lei nº 8.212, de 1991, na sua nova redação, e no art.4 desta Lei terá aplicação a partir da competência abril de 1999.

ART.6 - O acréscimo a que se refere o § 6º do art.57 da Lei nº 8.213, de 1991, será exigido de forma progressiva a partir das seguintes datas:

I - 1º de abril de 1999: quatro, três ou dois por cento;

II - 1º de setembro de 1999: oito, seis ou quatro por cento;

III - 1º de março de 2000: doze, nove ou seis por cento.

ART.7 - Fica cancelada, a partir de 1º de abril de 1999, toda e qualquer isenção concedida, em caráter geral ou especial, de contribuição para a Seguridade Social em desconformidade com o art.55 da Lei nº 8.212, de 1991, na sua nova redação, ou com o art.4 desta Lei.

ART.8 - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

## VI.6- VALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO

Já se evidenciou a desnecessidade de lei complementar para a regulamentação do § 7º do art. 195, CF.

É certo também que se entendeu desde logo que o art. 55 da Lei 8212/91 regulamentava a **imunidade** constitucional, embora a norma constitucional e o referido dispositivo da lei fizessem referência a **isenção**.

A utilização de nomenclatura equivocada pela lei não conduz à sua invalidade.

Se a lei não excede, nem restringe, o que foi concedido pela Constituição; se o seu conteúdo está em harmonia com o estabelecido pela Lei Maior, não há razão para declaração de inconstitucionalidade.

Estabelecido o conceito de entidade beneficente de assistência social, como antes exposto, e extraído que a **gratuidade** da prestação de serviços a pessoas carentes é da sua essência, não se vê em que tenha a lei desbordado dos limites de não incidência estabelecidos na norma imunizante.

Se entidades beneficentes de assistência social são as que prestam serviços gratuitamente a pessoas carentes, em nada restringe a imunidade constitucional estabelecer entre os requisitos ali previstos para o gozo do benefício que a entidade III - promova, gratuitamente e em caráter exclusivo, a assistência social beneficente a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência.

Note-se: **a gratuidade é do conceito de entidade beneficente de assistência social**. A assistência social é o objetivo, a finalidade da instituição social e, como se viu, só há sentido na desoneração de qualquer instituição empregadora quanto à contribuição social — para qual deve a sociedade como um todo contribuir, e especialmente os empregadores, compulsoriamente, com valor **em pecúnia** — quando, em lugar, preste sua colaboração para a assistência social **em espécie**.

Não há outra razão para que se defira ao empregador imunidade de contribuições previdenciárias sobre a sua folha de salários a não ser porque já realiza a assistência social **gratuita** a pessoas carentes e com isso já presta, em espécie, a contribuição devida por toda a sociedade, para a assistência social.

A mesma lei 9732/98, que introduziu alterações no art. 55 da Lei 8212/91, estabelecendo requisito de **exclusividade** da prestação de serviços **gratuitos** de assistência social para gozo da imunidade **total** de contribuições previdenciárias (quota do empregador) estabeleceu, quando a **entidades educacionais que não se voltam exclusivamente à assistência social**, o gozo da imu-

nidade proporcionalmente aos serviços assistenciais gratuitos que prestar.

A Lei 9732/98, em seu artigo 4º possibilitou o benefício às entidades educacionais que não prestem serviços de forma exclusiva a pessoas carentes na proporção das vagas cedidas, integral e gratuitamente a pessoas carentes

É questionável se se trata aqui ainda da regulamentação da imunidade ou concessão de isenção, mesmo. Lembremo-nos que a própria Constituição, no art. 195, § 7º, refere-se a isenção.

Trate-se aqui, porém, de isenção parcial – dispensa de recolhimento de contribuições em princípio devidas, em razão da incidência da lei instituidora – às entidades de educação que não tenham por finalidade exclusiva a assistência social a pessoas carentes na área da educação e prestem serviços a título oneroso aos que possam pagar, na proporção em que também concedam bolsas de estudos integrais a pessoas carentes; ou trate-se de regulamentação de imunidade – exclusão de incidência de tributo – a norma não desborda dos limites do § 7º do art. 195, CF.

É ela coerente com a disposição imunizante: à medida em que aumentar o volume de bolsas gratuitas, aumentado será o percentual da desoneração da contribuição, de modo a, em tese, atingir a desoneração total e o mesmo efeito prático alcançado com a imunidade ou com a isenção.

Recorde-se que é da essência da “entidade beneficente de assistência social” — núcleo do § 7º do art. 195, CF — a quem foi deferida a imunidade, a prestação dos serviços gratuitos a pessoas carentes. Logo, não desborda do mandamento constitucional, — mas antes o homenageia e naquele dispositivo constitucional encontra fundamento de validade — a lei que defere apenas aos que prestem serviços gratuitos de assistência social e na medida em que os prestem — em qualquer modalidade e dentro das finalidades do art. 203, CF — o gozo do benefício constitucional.

Pode-se argumentar que o artigo 4º da Lei 9732/98 ao referir-se à proporcionalidade da desoneração só mencionou entidades de educação e de saúde e que seria omissa no que tange a entidades que prestem assistência social gratuita em outras áreas de necessidade social, sem exclusividade. É verdade. Mas não há omissão quanto ao caso das entidades de educação e, logo, estas não têm legitimidade e interesse no questionamento. Entidades excluídas da regulamentação podem ajuizar Mandado de Injunção pleiteando regras para o seu caso; ou mesmo, requerer aplicação analógica do artigo 4º da Lei 9732/98.

Inconstitucional por ter estabelecido a proporcionalidade, entretanto, a regulamentação não é.

## VI.7. APLICAÇÃO DA LEI PARA O FUTURO

As disposições da Lei 9732/98 operam para o futuro, inclusive quanto às alterações introduzidas no art. 55 da Lei 8212/91.

Já se viu que até a edição da Lei 8212/91 nenhuma entidade beneficente de assistência social podia usu-

fruir da imunidade, eis que a norma imunizante – de eficácia contida – carecia da regulamentação que o próprio dispositivo constitucional previra.

Admitida a regulamentação por lei ordinária para que aquele benefício constitucional pudesse ser desfrutado, é certo que lei ordinária também podia alterá-lo, desde que não excedesse os limites impostos pela própria Constituição ao estabelecer a imunidade, limites esses dados exclusivamente pelo conceito de “entidades beneficentes de assistência social.”, em cuja essência está a prestação gratuita de serviços a pessoas carentes pertencentes aos grupos indicados no art. 203, CF, pertinentes àquelas finalidades indicadas no mesmo dispositivo.

A redação original do art. 55 da lei 8212/91, anterior às alterações introduzidas pela Lei 9732/98, concedia mais do que o previsto na norma imunizante, pois desonerava instituições que não prestavam exclusivamente serviços gratuitos a pessoas necessitadas. Quanto a esse excesso, forçoso reconhecer que se tratava de isenção: desoneração por força de lei que, note-se, sequer encontrava fundamento de validade, nessa parte, no art.195, § 7º, CF.

Na verdade, é da revogação dessa isenção, que excedia o disposto no art. 195, § 7º, CF, que a impetrante, ora agravada reclama. Mas o certo é que a lei concessiva de isenção pode ser revogada por norma de igual estatuta e, assim, nada impedia que alteração fosse introduzida pela Lei 9732/98 ao art. 55 da Lei 8212/91, para excluir aquele referido excesso.

Não cabe falar em direito adquirido a imutabilidade de um regime jurídico, de um estatuto tributário, da mesma forma que não cabe falar em direito a imutabilidade da legislação previdenciária, ou do regime jurídico de servidores.

A ordem jurídica reconhece a aquisição de direito nos termos do artigo 6º, § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. No caso, nenhuma lei garantia, nem a Constituição estabelecia que imunidade de contribuições previdenciárias seria concedida a entidades educacionais. A redação original do art. 55 da Lei 8212/91 que, em excesso à imunidade constitucional deferiu isenção a entidades que não se qualificavam como beneficentes de assistência social — pois não tinham por finalidade a prestação de serviços gratuitos de assistência social — não o fez com cunho de definitividade, para todo o sempre. Não cabe argumentar, destarte, com aquisição de direito a gozar para sempre da isenção. Note-se que benefício tributário perpétuo, se admissível fosse, teria de ser expresso, pois o comum, o ordinário, é a possibilidade de alteração da lei. É da essência do Poder Legislativo conservar o poder de revisão da legislação e é da índole da lei nova revogar a anterior que disponha sobre a mesma matéria de modo diverso.

Da mesma forma, a lei, ao deferir personalidade jurídica a empresas privadas a lei não garante, qualquer que seja a atividade delas, que não serão tributadas ou que os tributos incidentes não serão elevados.

Afronta a ato jurídico perfeito seria, por exemplo, cassar personalidade jurídica de alguém, em razão

de novas exigências impostas por lei posterior, para outorga de personalidade, inexistentes no momento da constituição. O ato de constituição da pessoa jurídica estava perfeito e acabado durante a vigência da lei anterior e não pode ser atingido por lei nova, que estabeleça outras exigências. Na relação jurídico tributária, atos jurídicos que constituam fato gerador de tributo podem ser considerados perfeitos e acabados sob a incidência de uma lei e excluir-se da incidência de incidência tributária que posteriormente venha a ser estabelecida.

Nenhuma dessas situações, ou semelhantes, acham-se presentes no caso dos autos, pois a Lei 9732/98 tem aplicação para o futuro, guardada a antecedência constitucional e não atingem ato jurídico perfeito.

Fato gerador previsto em lei de incidência tributária pode ser excluído da tributação, por ser anterior à lei que estabeleceu ou aumentou a exigência tributária. Pessoa jurídica, por ter sido constituída antes da lei — como quer a agravante —, não.

A alteração legislativa freqüente certamente não merece elogios. Entretanto, **não pode o Judiciário dizer da conveniência ou oportunidade da alteração da lei e se o fizer afronta regra básica da ordem instituída (art. 2º, CF)**. Cabe-lhe aplicá-la, se legítima, ou deixar de aplicá-la, se inválida. A segurança jurídica é prestigiada sempre que norma válida é aplicada.

Tampouco pode-se falar em investida contra a moralidade administrativa: em primeiro lugar, porque se trata de **ato legislativo**, que não pode ser imputado ao o Executivo. De outro lado, válida a lei, diante da Constituição, como demonstrado, não viola qualquer princípio constitucional. De ressaltar que a norma é válida porque se contém nos limites do § 7º do art. 195, CF e, logo, que a Constituição já estabelecia os limites da imunidade, contidos no conceito da entidade destinatária, agora expressos na lei, de modo que não se pode falar em surpresa ou traição aos contribuintes pela alteração legislativa.

#### VI.8. OS FATOS DA REALIDADE QUE NÃO PODEM SER ESQUECIDOS

Por fim, não se pode no momento atual fechar os olhos à realidade e negar que a prestação de serviços de educação é atividade altamente lucrativa, particularmente quanto ao ensino superior e que o sistema previdenciário — aos quais são carreadas as contribuições previdenciárias das quais a agravada quer desonerar-se — é, ao contrário, altamente deficitário.

Não pode ser caracterizada como **entidade beneficente de assistência social** entidade de educação, ou entidade mantenedora de instituição privada de ensino que se dedique prioritariamente à prestação de serviços mediante contraprestação em dinheiro. O ensino, à evidência é objetivo central das entidades educacionais e por este **a elite** — em regra — da sociedade brasileira paga, já que esta é a sua atividade. Os serviços gratuitos que prestam, destinam-se ao treinamento e aperfeiçoamento dos alunos, benefícios indiretos a funcionários, pela concessão de bolsas de estudos a eles ou

seus dependentes e são prestados de modo excepcional, adjetivo, accidental, quando não para atender as exigências do MEC. Poucas e raras bolsas gratuitas são oferecidas.

É de clareza solar a impossibilidade de equiparação da agravada a entidades realmente assistenciais como APAE, AMA e outras tantas dedicadas à benemerência, ao auxílio aos necessitados.

Entre os fins da agravada não está — e nem ela o proclama — fazer caridade, ser altruísta, proteger a família, a infância e a velhice carente, os doentes....

#### VII EM RESUMO:

- a) a concessão de medida liminar na ADIN nº 2028 suspendeu a eficácia da Lei nº 9732/98 quanto aos dispositivos indicados e tornou inoperante a ordem liminar de primeiro grau desde 2/8/99 (data da publicação da decisão na ADIN);
- b) não é possível afirmar perda definitiva de interesse na ação ou no recurso, embora também suspenso neste momento;
- c) a ADIN tem por objeto questão prejudicial à ação mandamental, nos termos do art. 265, IV, "a", CPC e constitui impedimento ao exercício da função jurisdicional nestes autos; exigindo sua suspensão: medida que além de jurídica, é de conveniência;
- d) cabe levar a julgamento o agravo regimental e revogar a ordem que concedeu efeito suspensivo ao presente recurso e, de ofício, determinar a paralisação do recurso e da ação até julgamento da ADIN;
- e) se suplantadas essas razões e levado a julgamento o recurso, cabe rejeitar preliminar de não conhecimento do recurso, invocado pela agravada;
- f) neste momento, não cabe, pelo exposto, levar a julgamento o agravo. Entendendo de modo diverso, estará esse E. Tribunal jungido ao julgamento conforme a liminar na ADIN e, portanto, a negar provimento ao recurso e confirmá-lo a ordem liminar, pela ausência de *fumus boni juris*, diante da ineficácia (ainda que provisória) da Lei 9732/98, ou, ainda, reconhecer a falta de interesse (ainda que não definitivamente), da impugnação;
- g) após o julgamento da ADIN e no caso de não pronunciar o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade das disposições legais impugnadas, caberá a livre apreciação do recurso e da ação *mandamental*, caso em que, *opina este órgão do Ministério Público Federal pelo provimento do agravo, para cassar a ordem, pelas razões expostas, julgando prejudicado o agravo regimental, caso não levado a julgamento (item "d", acima)*;
- h) *julgada a ADIN e declarada a total inconstitucionalidade da lei, haverá perda de interesse no julgamento do mandado de segurança e do recurso.*

*É este o parecer do Ministério Público Federal.*

*São Paulo, 9 de dezembro de 1999.*

## FUNDAÇÃO PROCURADOR PEDRO JORGE DE MELO E SILVA CONTRATA A BRASIL MÉTODO SEGUROS

Temos a grata satisfação de informar-lhe dos novos procedimentos que a diretoria da Fundação vem adotando, visando a melhorias com relação a um dos objetivos da entidade, e em conformidade com o estabelecido em nosso Estatuto, que é o de \*instituir seguros em grupo, através de seguradoras credenciadas e em fundo mútuo de compensação salarial\*.

A Fundação tem o compromisso de manter assistidos os seus filiados e dependentes em todos os aspectos e principalmente na perda inesperada do associado, quando muitas vezes, além dos transtornos emocionais por esta perda prematura, podem ocasionar dificuldades materiais aos familiares.

Desta forma, sua entidade coloca a sua disposição seu Seguro de Vida em Grupo, cujo estipulante é a Fundação, o que oferece maior segurança ao associado e a certeza de que seus beneficiários serão assistidos de forma diferenciada, com eficiência e agilidade necessários à estas ocasiões.

A Brasil Método Seguros, empresa com *know how* em atividades que exigem atendimento personalizado e que tem entre seus clientes a Câmara dos Deputados, Pioneiros de Brasília, Sindicato dos Comerciantes entre outros, e especializada em seguros de vida até 80 anos, é a corretora de seguros da Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva.

Seus orientadores, devidamente credenciados pela Fundação, estão aptos a prestar quaisquer esclarecimentos necessários, não somente quanto a seguro de vida, mas também auxiliarão na escolha de outros planos de seguro que o associado necessitar.

Nossos orientadores estão em contato com todos os colegas, mediante a apresentação de credencial da Fundação e carteira de identidade. Participe do nosso Seguro de Vida em Grupo e fortaleça sua entidade.

Nossos orientadores : Roberto Eduardo Lima de Souza, Lourimar Canuto Evangelista e Werner Bennet Vitorino.

A Icatu Hartford Seguros é a companhia seguradora garantidora de nossa apólice.

Brasília, 14 de março de 2000 .  
<http://www.seguros.com.br>



### LEIA O BOLETIM NA INTERNET:

<http://www.anpr.org.br>

(no link "acervo")

Assine nosso livro de visitas e envie-nos críticas ou sugestões via e-mail

## DIRETRIZES APROVADAS PELO COLÉGIO DE PROCURADORES

Aos 25 de Fevereiro de 2000, os membros do Ministério Público Federal reunidos em Colégio de Procuradores, em Brasília, no auditório do Centro de Convenções Ulisses Guimarães, sob a presidência do Excelentíssimo Procurador-Geral da República Doutor Geraldo Brindeiro, aprovaram, à unanimidade, as seguintes diretrizes institucionais, que serão encaminhadas ao Excelentíssimo Presidente da República, em audiência já designada para 28 de Fevereiro de 2000, ao Excelentíssimo Vice-Presidente da República, aos Excelentíssimos Srs. Presidentes do Congresso Nacional, Senado Federal e Câmara dos Deputados e aos Excelentíssimos Srs. Líderes dos Partidos no Congresso Nacional.

### DIRETRIZES

#### 1- "LEI DA MORDAÇA"

Os Procuradores da República repelem as disposições constantes do projeto denominado "Lei da Mordaca", aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados e atualmente em tramitação no Senado Federal.

#### JUSTIFICATIVA :

Os dispositivos ali propostos ferem a livre atuação do Ministério Público, estabelecendo vedações e sanções à divulgação de investigações e ações judiciais, o que constitui grave cerceamento aos princípios constitucionais da publicidade e do direito à informação — pilares do Estado democrático de direito.

Além disso, mostra-se esse projeto nocivo ao interesse público, ao fixar prazo exíguo para a conclusão de inquérito civil público (seis meses), e possibilitando, noutro passo, a interposição de **recurso com efeito** suspensivo em face da mera instauração de procedimentos apuratórios, com o objetivo de abortá-los no nascedouro. Estabelece, ainda, de modo claramente incompatível com o sistema de competências determinado pela Constituição, o foro privilegiado nas ações de improbidade. Por fim, revela-se prejudicial à plena defesa dos interesses difusos e coletivos, bem como do patrimônio público, a pretendida instituição de tão diminuto prazo prescricional para a ação civil pública (cinco anos).

#### II- EQUIVALÊNCIA COM A MAGISTRATURA

Os Procuradores da República repudiam a tentativa de supressão, por qualquer forma, da equivalência entre o Ministério Público e o Poder Judiciário, inclusive no que concerne ao tratamento remuneratório, não aceitando, por isso, a inclusão da Instituição no teto do Poder Executivo. Recomenda-se, pois, ao Procurador-Geral da República, proceder às tratativas necessárias à manutenção desse perfil constitucional, devendo encaminhar manifestação nesse sentido ao sr. Presidente da República, ao Sr. Vice-Presidente da República, aos Srs. Presidentes da Câmara e do Senado Federal, do Supremo Tribunal Federal, bem como aos líderes dos partidos no Congresso, e externando, ainda, essa posição publicamente, perante os meios de comunicação e a sociedade em geral.

#### JUSTIFICATIVA

O Ministério Público deve ter equivalência com o Poder Judiciário, porquanto, como instituição essencial à

administração da Justiça, seus membros possuem as mesmas vedações, garantias e prerrogativas dos juizes, conforme estabelece a Constituição Federal. Para o devido exercício de suas atribuições, é indispensável assegurar independência e autonomia funcional, administrativa e financeira, tal como conferido pela Constituição Federal, que o investe da relevante missão de defesa da ordem jurídica, do patrimônio público, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

#### III - CRITÉRIO DE NOMEAÇÃO DO PGR

Os Procuradores da República repudiam o destaque apresentado à PEC 96-B192, que suprime do texto da Reforma do Judiciário o dispositivo que estabelece a nomeação do Procurador Geral da República a partir de lista tríplice elaborada pelos integrantes da carreira. Recomenda-se, pois, ao chefe da Instituição que encaminhe este posicionamento aos líderes dos diversos partidos políticos e aos Presidentes da Câmara e do Senado Federal.

#### JUSTIFICATIVA

Para assegurar a devida independência do Ministério Público, nos termos já preconizados no texto da Constituição, é imprescindível estabelecer parâmetros para a nomeação do PGR pelo presidente da República, mostrando-se adequada a tanto a formação de uma lista tríplice, refletindo o pluralismo institucional. Esse critério, ademais, confere maior legitimidade e caráter democrático à escolha do chefe do Ministério Público. A propósito, esse tem sido o modelo adotado nos Estados, não se justificando a manutenção de sistemática diversa no âmbito federal.

#### IV - CRIAÇÃO DE NOVOS CARGOS, INDISPENSÁVEIS AO FUNCIONAMENTO DA INSTITUIÇÃO.

É imprescindível a aprovação do projeto de lei nº 2785/97, em tramitação no Congresso Nacional, que trata da criação de 304 cargos de Procuradores da República, além do envio, pelo Procurador-Geral da República, de novos projetos criando cargos de Procuradores Regionais, de Subprocuradores-Gerais da República, de novas Procuradorias Municipais e, ainda, estruturando o apoio administrativo necessárrimo.

#### JUSTIFICATIVA

Existe atualmente grande carência de cargos no âmbito do Ministério Público Federal, o que tem-se agravado em face do notório crescimento das demandas a cargo da Instituição, do aumento acentuado do número de juizes federais nos últimos anos e, também, da interiorização da Justiça Federal. Considere-se, ainda, a existência de projetos ora em tramitação no Congresso Nacional, estabelecendo novas vagas de juizes de Tribunais Regionais Federais, a exigir uma correlata expansão nos quadros de Procuradores Regionais da República. Mostra-se, por fim, imperiosa a criação de novos cargos de Subprocuradores-Gerais da República, ante o atual acúmulo de funções experimentado na cúpula da Instituição. Por seu turno, a ampliação dos cargos de Procuradores exige o correlato redimensionamento do quadro de funcionários, a fim de propiciar o necessário suporte administrativo.