

**ADVOGADOS**

Ives Gandra da Silva Martins	
Fátima Fernandes Rodrigues de Souza	Marilene Talarico Martins Rodrigues
Rogério Vidal Gandra da Silva Martins	Angela Vidal Gandra da Silva Martins
Roberta de Amorim Dutra	Ana Regina Campos de Sica
Leonardo Rodrigues Garbin	Fábio Braga Rodrigues de Souza

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ROSA WEBER, EMINENTE  
RELATORA DA ADI 2028.**

**A CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA SAÚDE, HOSPITAIS,  
ESTABELECIMENTOS E SERVIÇOS**, nos autos da Ações Diretas de Inconstitucionalidade em epígrafe, vem, respeitosamente, por seus advogados, tendo em vista a publicação do acórdão ocorrida em 8/5/2017, vem, respeitosamente, interpor **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, com fundamento no art. 1022, I, II e III do CPC, art. 26 da Lei 9868/98 e no art. 96, §6º do RISTF, pelas razões que passa a expor:

**DO CABIMENTO DOS EMBARGOS**

A Requerente entende que o V. Acórdão relativo à ADI 2028 deveria ter sido publicado concomitantemente com aqueles referentes às ADI 2228 e 2621 e RE 566.622, já que todos esses processos foram julgados conjuntamente e possuem a mesma causa de pedir: a constitucionalidade de dispositivos da legislação ordinária insuscetível de regularem a imunidade do art. 195, §7º da CF.

**ADVOGADOS**

Ives Gandra da Silva Martins	
Fátima Fernandes Rodrigues de Souza	Marilene Talarico Martins Rodrigues
Rogério Vidal Gandra da Silva Martins	Angela Vidal Gandra da Silva Martins
Roberta de Amorim Dutra	Ana Regina Campos de Sica
Leonardo Rodrigues Garbin	Fábio Braga Rodrigues de Souza

A cisão da publicação dificulta enormemente o direito da Requerente de ofertar estes embargos (art. 5º, LV, da CF), dificuldade essa que já se revela na obscuridade da ementa e da parte dispositiva do julgado.

Da ementa consta a referência “nos exatos termos do voto proferido pelo eminent e saudoso Ministro Teori Zavaski, ao inaugurar a divergência: ...” Já, da parte dispositiva do julgado, o resultado é assim promulgado: “no mérito, por unanimidade e nos termos do voto do Ministro Teori Zavaski, o Tribunal julgou procedente o pedido para declarar a constitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.732/1998, na parte em que alterou a redação do art. 55, III, da Lei n. 8.212/1991 e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, bem como dos arts. 4º, 5º e 7º da Lei 9.732/1998...”.

Muito embora a Corte tenha sido unânime em declarar a constitucionalidade da legislação ordinária acima indicada, levando à procedência integral desta ação, a divergência inaugurada pelo saudoso Min. **TEORI ZAVASKI** e atinente, nestes autos, apenas à fundamentação foi, no entanto, minoritária, já que a maioria dos Ministros acompanhou o voto do E. Min. **JOAQUIM BARBOSA**, que reconhece decorrer do texto constitucional tanto o conceito de assistência como o de benemerência, a que alude o art. 195 § 7º CF. Acompanharam o então Relator, os E. Ministros, **CARMÉN LÚCIA** (voto sessão de 04/06/2014, acostado às fls. 18 do acórdão), **LUÍS ROBERTO BARROSO** (voto sessão de 04/06/2014, acostado às fls. 19 do acórdão), **TEORI ZAVASKI** (voto sessão de 19/10/2016, acostado às fls. 24/60 do acórdão), **MARCO AURÉLIO** (voto sessão de 23/02/2017, acostado às fls. 126/137 do acórdão), **CELSO DE MELLO** (voto sessão de 23/02/2017) e **RICARDO LEWANDOWSKI** (retificação de voto na sessão de 23/02/2017), cujos votos acostados aos autos não refletem aqueles pronunciados nas sessões referidas.

**ADVOGADOS**

Ives Gandra da Silva Martins	
Fátima Fernandes Rodrigues de Souza	Marilene Talarico Martins Rodrigues
Rogério Vidal Gandra da Silva Martins	Angela Vidal Gandra da Silva Martins
Roberta de Amorim Dutra	Ana Regina Campos de Sica
Leonardo Rodrigues Garbin	Fábio Braga Rodrigues de Souza

Daí o oferecimento dos presentes embargos de declaração, com fundamento nos arts. 1022 I e II do CPC, no art. 96, §6º do RISTF e no art. 26 da Lei 9868/98, visando sejam retificados os votos dos E. Ministros **CELSO DE MELLO** e **RICARDO LEWANDOWSKI**, para que guardem fidelidade aos posicionamentos por eles manifestados nas sessões de julgamento, bem como seja expurgada da ementa e da parte dispositiva do acórdão a imprecisão acima.

Essas retificações não levarão, obviamente, a qualquer alteração no resultado do julgamento, que foi pela procedência à unanimidade da ação, mas guardarão reflexos com relação aos vindouros acórdãos das ADI's 2228, 2621, além de preservar a verdade do que foi decidido nesta causa, cujo trâmite aflige todo o terceiro setor, há mais de 18 anos!

### **DAS OMISSÕES E CONTRADIÇÕES**

Na ação direta em epígrafe, a Requerente postula seja reconhecida a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.732, de 11/12/1998, na parte em que alterou a redação do art. 55, III da Lei 8.212, de 24/07/1991 e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, bem como dos arts. 4º, 5º e 7º da referida Lei 9.732/98, tendo em vista que, por integrarem a legislação ordinária com o objeto de regulamentar a imunidade de contribuições sociais prevista no art. 195, §7º da CF, carecem de competência para fazê-lo, eis que a Constituição Federal exige lei complementar para esse mister.

As ações foram julgadas em conjunto com o RE 566.622, uma vez que sua causa de pedir é a mesma: a necessidade de lei complementar para regular a imunidade do art. 195, §7º da CF. Daí que, em relação ao mérito, não pode haver contradição entre os votos proferidos em todos esses processos.

No entanto, tal inconsistência se verifica, *data venia*, no V. Acordão

**ADVOGADOS**

Ives Gandra da Silva Martins	
Fátima Fernandes Rodrigues de Souza	Marilene Talarico Martins Rodrigues
Rogério Vidal Gandra da Silva Martins	Angela Vidal Gandra da Silva Martins
Roberta de Amorim Dutra	Ana Regina Campos de Sica
Leonardo Rodrigues Garbin	Fábio Braga Rodrigues de Souza

embargado, que, talvez por ter resultado de um grande número de sessões em que se desdobrou o julgamento, padece não só desse vício, mas também, de obscuridades e omissões, que podem ensejar maliciosas interpretações a sua extensão.

**- Das omissões na transcrição do voto do Ministro CELSO DE MELLO:**

O voto do Ministro **CELSO DE MELLO** que consta do V. Acórdão embargado, não reproduz aquele proferido na sessão de 23/02/2017, consoante as notas taquigráficas e a gravação em poder da Requerente, cuja transcrição é juntada.

Com efeito, consta do V. Acórdão:

*“O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Acompanho integralmente, o voto do saudoso MINISTRO TEORI ZAVASKI. Em consequência, julgo inteiramente procedente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental”*

Esse texto, no entanto, não reproduz o teor da decisão de Sua Excelência, conforme consta das gravações da sessão, a seguir reproduzidas e anexas a esta peça:

*“MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhora Presidente, eu preliminarmente, apoiando-me no princípio da fungibilidade, conheço, peço vênia para conhecer das presentes ações diretas, como arguições de descumprimento de preceito fundamental, afastando, em consequência, a declaração de prejudicialidade .*

*No que concerne ao fundo da controvérsia, eu acompanho o entendimento segundo o qual se impõe, no caso, a declaração de procedência integral da presente arguição de descumprimento.”*

**ADVOGADOS**

Ives Gandra da Silva Martins	
Fátima Fernandes Rodrigues de Souza	Marilene Talarico Martins Rodrigues
Rogério Vidal Gandra da Silva Martins	Angela Vidal Gandra da Silva Martins
Roberta de Amorim Dutra	Ana Regina Campos de Sica
Leonardo Rodrigues Garbin	Fábio Braga Rodrigues de Souza

Como se vê, Sua Excelência **NÃO ACOMPANHOU A DIVERGÊNCIA**, mas o voto do Ministro Relator **JOAQUIM BARBOSA**.

É certo que logo a seguir, o Ministro **CELSO DE MELLO** se reporta ao entendimento do Ministro Teori, mas apenas no que toca à matéria preliminar de conhecimento das ações como ADPFs. Veja-se a transcrição:

*“... é na linha do voto do saudoso Ministro Teori Zavaski que conhecia da ADI como ADPF e a julgou procedente integralmente, nos limites postos no voto do eminentíssimo Ministro Joaquim Barbosa, relator”.*

Constata-se que a redação atribuída ao voto do Ministro **CELSO DE MELLO** constante do V. Acórdão embargado, **altera substancialmente o entendimento que sua Excelência abraçou**, que, no mérito, acompanhou aquele esposado pelo Relator, Ministro **JOAQUIM BARBOSA**.

- **Das omissões e contradições no voto do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI:**

Posto que as ADIs foram julgadas em conjunto com o RE 566.622, já que o mérito de todos esses processos é idêntico, ou seja, que a imunidade do art. 195, §7º da CF há de ser regulada por lei complementar, não é razoável que, relativamente a esse aspecto, um Ministro tenha acompanhado a dissidência, nas ADIs, entendendo que a lei complementar é exigível para regular a imunidade, mas não, para matérias procedimentais, passíveis de serem disciplinadas por lei ordinária – e, no RE 566.622, tenha acompanhado o voto do relator, Ministro **MARCO AURÉLIO**, que entende necessária lei complementar para toda a regulação da imunidade, inclusive matéria procedural, como se vê do seguinte teor:

**ADVOGADOS**

Ives Gandra da Silva Martins	
Fátima Fernandes Rodrigues de Souza	Marilene Talarico Martins Rodrigues
Rogério Vidal Gandra da Silva Martins	Angela Vidal Gandra da Silva Martins
Roberta de Amorim Dutra	Ana Regina Campos de Sica
Leonardo Rodrigues Garbin	Fábio Braga Rodrigues de Souza

“Da necessidade de interpretar teleologicamente as imunidades tributárias, amplamente reconhecida pelo Supremo como meio ótimo de realização dos valores e princípios subjacentes às regras imunizantes, ressalta o dever corolário de interpretar estritamente as cláusulas restritivas relacionadas, inclusive a constitucional.

Daí advém a reserva absoluta de lei complementar, conforme o art. 146, inciso II, da Carta de 1988, para a disciplina das condições referidas no § 7º do art. 195, sob pena de negar seja a imunidade discutida uma “limitação ao poder de tributar”.

**Cabe à lei ordinária apenas prever requisitos que não extrapolam os estabelecidos no Código Tributário Nacional ou em lei complementar superveniente**, sendo-lhe vedado criar obstáculos novos, adicionais aos já previstos em ato complementar.

.....

**Não pode prevalecer a tese de constitucionalidade formal do artigo sob o argumento de este dispor acerca de constituição e funcionamento das entidades benéficas.** De acordo com a norma discutida entidades sem fins lucrativos que atuem no campo da assistência social deixam de possuir direito à imunidade prevista na Carta de República enquanto não obtiverem título de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal, bem como Certificado ou Registro de Entidades ou Fins Filantrópicos fornecido, exclusivamente, pelo Conselho Nacional do Serviço Social.

Ora, não se trata de regras procedimentais acerca dessas instituições, e sim de formalidades que consubstanciam “exigências estabelecidas em lei” ordinária para o exercício de imunidade. Tem-se regulação do próprio exercício da imunidade tributária em afronta ao disposto no art. 146, inciso II, do Diploma Maior.

Sob o pretexto de disciplinar aspectos das entidades pretendentes à imunidade, o legislador ordinário restringiu o alcance subjetivo da regra constitucional, impondo condições formais reveladoras de autênticos limites à imunidade. De maneira disfarçada ou não, promoveu regulação do direito sem que estivesse autorizado pelo art. 146, inciso II, da Carta.

**Não impressiona a alegação da necessidade de tal disciplina para evitar que falsas instituições de assistência social sejam favorecidas pela imunidade.** (...) os requisitos estipulados no art. 14 do Código Tributário Nacional satisfazem, plenamente, o controle de legitimidade dessas entidades a ser implementado pelo órgão competente para tanto – a Receita Federal do Brasil. O § 1º do

**ADVOGADOS**

Ives Gandra da Silva Martins	
Fátima Fernandes Rodrigues de Souza	Marilene Talarico Martins Rodrigues
Rogério Vidal Gandra da Silva Martins	Angela Vidal Gandra da Silva Martins
Roberta de Amorim Dutra	Ana Regina Campos de Sica
Leonardo Rodrigues Garbin	Fábio Braga Rodrigues de Souza

aludido art. 14 permite, inclusive, a suspensão do benefício caso seja atestada a inobservância dos parâmetros definidos.

.....  
(...) os requisitos previstos nos incisos I e II do art. 55 da Lei 8.212 de 1991, não implicam controle, pelo órgão competente, capaz de levar à adoção da medida suspensiva, mas condições prévias, impeditivas do exercício da imunidade independente de verificar-se qualquer irregularidade, e cuja satisfação defende da atuação de um órgão burocrático, sem função de fiscalização tributária, denominado Conselho Nacional de Assistência Social.

Isso não significa que as entidades benéficas ao devam ser registradas em órgãos da espécie ou reconhecidas como de utilidade pública. O ponto é que esses atos, versados em lei ordinária, não pode ser, conforme o artigo 146, inciso II da Carta, constitutivos do direito à imunidade, nem pressupostos anteriores do exercício deste. Possuem apenas eficácia declaratória, de modo que a negativa de registro implique motivo suficiente para a ação de controle pelo órgão fiscal – a Receita Federal do Brasil – ao qual incumbe a verificação do não atendimento às condições materiais do artigo 14 do mencionado Código.” (grifamos)

Foi, entretanto, exatamente o que aconteceu, com relação ao voto do Ministro **LEWANDOWSKI** transscrito no Acórdão, ao deixar de registrar a alteração do voto exarado por Sua Excelência.

Com efeito, consta do acórdão que, após justificar seu entendimento no sentido de conhecer as ADIs como ADPFs, o Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** assim se manifestou:

*“...a questão está em saber se o art. 195,§7º, que concede “isenção” ou “a possibilidade de isenção” para as entidades filantrópicas, exige uma lei complementar ou uma lei ordinária. Na verdade, o termo foi mal colocado, segundo a doutrina e jurisprudência, pelos constituintes, porque nós estamos diante não de uma isenção, mas de uma verdadeira imunidade. E, neste sentido, o Ministro Marco Aurélio aclarou muito bem que, para esse fim e para os requisitos materiais no que tange ao reconhecimento da imunidade, se faz necessária uma lei complementar.*

**ADVOGADOS**

Ives Gandra da Silva Martins	
Fátima Fernandes Rodrigues de Souza	Marilene Talarico Martins Rodrigues
Rogério Vidal Gandra da Silva Martins	Angela Vidal Gandra da Silva Martins
Roberta de Amorim Dutra	Ana Regina Campos de Sica
Leonardo Rodrigues Garbin	Fábio Braga Rodrigues de Souza

.....  
*E , também como conclui, pela leitura dinâmica que fiz do voto do Ministro Teori Zavaski e pela síntese que fez a Ministra Rosa, agora, entendo que, no que toca aos aspectos de funcionamento e os aspectos constitutivos das entidades benfeitoras e também no que diz respeito a questões relativas à fiscalização, à certificação , eu acho que a lei ordinária é suficiente.*

....  
*Então eu estou concluindo exatamente na mesma linha que o Ministro Teori Zavaski. Apenas com uma dúvida: Sua Excelência sugere que se negue provimento ao RE 566.622 que salvo engano, foi aquele que segui relatado pelo Ministro Marco Aurélio.*

...  
*Eu até indaguei de Sua Excelência se, diante dessa conclusão a que eu cheguei – penso que alguns colegas também chegaram – de se subdividir a questão dizendo que alguns aspectos exigem lei complementar, e outros lei ordinária, se não seria possível dar parcial provimento ao RE? Mas o Ministro Marco Aurélio me informa que, tendo em conta que o único pedido no RE é saber se é exigível lei complementar ou não, não caberia esse meio termo. Mas eu, diante da conclusão que cheguei, estaria inclinado a dar provimento parcial ao RE.*

...  
*Senhora Presidente, por ora, e aguardando o voto do Ministro Marco Aurélio, acompanho o que foi enunciado pelo Ministro Teori Zavaski.*

No entanto, na assentada de 23/02/2017, o Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** ALTEROU seu entendimento quanto ao mérito, ao votar no RE 566.622 nos termos seguintes:

*“Com sua licença Presidente, eu vou alterar o meu ponto de vista porque já nas notas taquigráficas que reli agora, eu proferi um voto provisório.*

...  
*Então entendo, tal como entendeu o Ministro Teori Zavaski, que no mérito assiste razão ao Ministro Marco Aurélio, porque a solução dada por Sua Excelência é consentânea com o que está disposto no art. 195, §7º e também no art. 146, III da CF, na medida em que, para essa benesse ou para alterar a sistemática, o regime, exige-se*

**ADVOGADOS**

Ives Gandra da Silva Martins	Marilene Talarico Martins Rodrigues
Fátima Fernandes Rodrigues de Souza	Angela Vidal Gandra da Silva Martins
Rogério Vidal Gandra da Silva Martins	Ana Regina Campos de Sica
Roberta de Amorim Dutra	Fábio Braga Rodrigues de Souza
Leonardo Rodrigues Garbin	

*lei complementar e não lei ordinária.*

*Então refazendo meu voto, na verdade, eu enunciei um voto meramente provisório naquela época, naquela assentada, eu agora acompanho integralmente o voto do Ministro Marco Aurélio, para dar provimento ao recurso e cumprimentando Vossa Excelência para o bem colocado voto e pelos esclarecimentos que trouxe agora para que eu pudesse refazer meu posicionamento.” (grifamos)*

Resta claro, portanto, que esse entendimento adotado quanto ao mérito do RE 566.622 **há de prevalecer, também, em relação ao mérito das ADIs, sob pena de manifesta incoerência, já que as ações têm a mesma causa de pedir.**

Pelo exposto, a Requerente pleiteia seja declarado o V. Acórdão, para que sejam expurgados os vícios acima apontados, a fim de evitar maliciosas interpretações a sua extensão.

Termos em que pede  
**DEFERIMENTO.**

São Paulo, 12 de Maio de 2017.



**Ives Gandra da Silva Martins**  
**OAB/SP 11.178**



**Fátima Fernandes Rodrigues de Souza**  
**OAB/SP 26.689**