



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Processo nº 0042555-43.2012.4.02.5101 (eletrônico)

Apelantes: União Federal e Centro Educacional de Realengo

Apelado: Ministério Público Federal

VOTO-VISTA

Cuida-se de remessa necessária e apelações interpostas pela **UNIÃO FEDERAL** e pelo **CENTRO EDUCACIONAL DE REALENGO** em face da sentença de fls. 10.469/10.476, q Por força do resultado não unânime do julgamento, foi ue julgou procedentes os pedidos formulados nesta ação civil pública, proposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF**, para (i) *“declarar a nulidade do art. 1º, 13, 81 e 273 da Resolução CNAS nº 7, de 3/2/2009 e, conseqüentemente, anular os Certificados de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS concedidos ao Segundo Réu com fundamento no art. 37, caput, da MP 446/2008 e que constam nos dispositivos da aludida Resolução ora declarados nulos”*; e (ii) *“determinar ao Primeiro Réu que julgue todos os processos pendentes – requerimentos de renovação do CEBAS formulados pelo Segundo Réu e representações conexas”*.

O Juízo *a quo* entendeu, em síntese, que o art. 37, *caput* e parágrafo único, da MP n º 446/2008 seria inconstitucional, por afronta: (i) ao disposto no art. 195, § 7º, da CRFB/88, *“uma vez que, ao automatizar os requerimentos de renovação do CEBAS e tornar prejudicadas as representações em face das renovações, subtraem do órgão competente a análise quanto aos requisitos legais para o reconhecimento da imunidade tributária*; (ii) aos princípios da moralidade e da isonomia, *“vez que o dispositivo ora impugnado igualou as entidades que realmente faziam jus à certificação com outras que não preenchiam os requisitos legais para tanto*; (iii) ao princípio do devido processo legal administrativo, *“pois o referido ato normativo determinou a concessão da renovação dos CEBAS e o prejuízo das representações formuladas em face das renovações por atos totalmente desprovidos de motivação idônea”*. Firmada essas premissas, assentou que a Resolução do CNAS nº 7/2009 seria nula, por ter seu fundamento de validade em norma inconstitucional.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Em suas razões de apelação (fls. 10.485/10.504), a União Federal alega, preliminarmente, que a sentença seria nula, pois o Juízo de origem usurpou a competência do Supremo Tribunal Federal para declarar, em caráter abstrato e com efeitos *erga omnes*, a inconstitucionalidade de medida provisória. No mérito, aduz, em síntese, que: (i) a MP nº 446/2008 não viola o art. 195, §7º, CRFB/88, pois o dispositivo constitucional não trata propriamente do CEBAS, fazendo apenas menção genérica à necessidade de a entidade de assistência social preencher requisitos estabelecidos em lei para que possa gozar da imunidade tributária; (ii) a renovação automática do CEBAS estabelecida pela MP nº 446/2008 não constituiu ilegalidade, já que não foi subtraída qualquer competência fiscalizatória dos órgãos administrativos; (iii) as medidas administrativas contidas na MP nº 446/2008 têm esteio na garantia constitucional da razoável duração do processo administrativo, pois, empiricamente, o CNAS não teria condições de realizar o julgamento dos pedidos de renovação do CEBAS pendentes na época em que editada a Medida Provisória; e (iv) as relações jurídicas constituídas na vigência da MP nº 446/2008 permanecem por ela regidas, por força do que dispõem os §§ 3º e 11º do art. 62 da CRFB/88.

Em suas razões recursais (fls. 10.505/10.518), CENTRO EDUCACIONAL DE REALENGO, doravante tratado como segundo Apelante, reitera os argumentos já desenvolvidos na apelação da União Federal. Acrescenta, invocando o princípio da segurança jurídica, que o MPF insurge-se contra lei em tese, não tendo apontado qualquer prova de que a entidade descumpriu os requisitos legais para a renovação do CEBAS.

Em contrarrazões (fls. 10.523/10.530), o MPF afirma, preliminarmente, que a ação civil pública, como qualquer outra ação cível, pode ser utilizada para obter incidentalmente a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, desde que esta declaração não constitua o pedido principal. Afirma que, embora, de fato, a concessão do CEBAS não implique, automaticamente, a imunidade tributária de que trata o art. 195, § 7º, da CRFB/88, o Certificado é um dos principais requisitos para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

obtê-la, razão pela qual, se o art. 37 da MP nº 446/2008 atribui o CEBAS indistintamente a qualquer entidade, sem qualquer análise de mérito, acaba por fragilizar o sistema que a Constituição pretendeu instituir para beneficiar apenas as entidades que efetivamente se enquadrem como de assistência social. Aduz, sem maiores considerações, que o art. 37 da MP nº 446/2008 viola os princípios da solidariedade (art. 3º, I, da CRFB/88), da universalidade do custeio da Seguridade Social (art. 195, *caput*, da CRFB/88), da legalidade (art. 195, § 7º, e 37, *caput*, da CRFB/88), da moralidade, da eficiência e da impessoalidade (art. 37, *caput*, da CRFB/88).

Na condição de *custos legis*, Ministério Público Federal opinou pelo não provimento da remessa necessária e das apelações, adotando, como razões do parecer, fundamentos similares aos da sentença.

Na sessão realizada pela 3ª Turma Especializada deste Tribunal, em 27/10/2015, o então Relator, Desembargador Federal Marcello Granado, proferiu voto em que negou provimento à remessa necessária e às apelações. Adotou como razões de voto, *per relationem*, os argumentos desenvolvidos na sentença e no parecer do MPF. O julgamento, no entanto, foi interrompido pelo pedido de vista do Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, que, na ocasião, compunha o quórum da 3ª Turma.

Prosseguindo no julgamento em 22/03/2016, o Desembargador Guilherme Calmon Nogueira da Gama votou pelo provimento das apelações e da remessa necessária, de modo a indeferir a petição inicial, julgando extinto o processo na forma do art. 267, IV, do CPC/73, no que foi acompanhado pela Desembargadora Federal Lana Regueira. Como razões de voto, afirmou, em síntese, que se aplica ao caso a vedação contida no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85. Segundo S. Exa, este dispositivo exclui do âmbito da ação civil pública “*todas as pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

determinados”. Observou que o objetivo do MPF, no caso, é “*exatamente permitir a constituição de crédito tributário referente às contribuições patronais em matéria de Seguridade Social*”, razão pela qual a ação não é cabível. Por fim, destacou que, na vigência da MP nº 446/2008, a Administração não poderia deixar de conceder ao segundo Apelante a renovação automática do CEBAS, motivo pelo qual não haveria ilegalidade na Resolução do CNAS nº 7/2009.

Por força do resultado não unânime do julgamento, foi designada sessão com *quórum* ampliado para o dia 13/07/2016, em obediência ao disposto no art. 942 do NCPC.

Na ocasião, o então Relator, Desembargador Federal Marcus Abraham, sucessor do relator originário na Turma, ratificou o voto proferido pelo seu antecessor. Registrou, no entanto, a sua convicção de que a matéria objeto do processo atrairia a competência das Turmas Especializadas em Direito Administrativo deste Tribunal, não obstante o decidido pelo Plenário no julgamento do Conflito de Competência nº 2750-4. Segundo afirmou, em síntese, não se poderia “*confundir a classificação antecedente sobre a natureza da entidade ser ou não entidade beneficente de assistência social com os efeitos que daí podem decorrer, inclusive os efeitos tributários (...)*”, pois “*o gozo da imunidade tributária seria apenas uma das consequências dessa classificação que implica reflexos não apenas no campo tributário*”.

O Desembargador Federal Luiz Antônio Soares acompanhou o Relator na ratificação do voto do Desembargador Marcello Granado.

Em seguida, pedi vista dos autos, para sanar dúvidas quanto ao objeto do processo e quanto à eventual necessidade de se afastar, por inconstitucionalidade, dispositivos da MP nº 446/2008, o que atrairia a aplicação do disposto no art. 97 da CRFB/88 e no Enunciado nº 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal¹.

¹ Súmula Vinculante 10 - Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. (DJe de 13.3.2009)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Antes de me pronunciar sobre o mérito da presente ação civil pública, faço duas observações que me parecem pertinentes.

A primeira é relativa à competência desta Turma, especializada em matéria tributária, para o julgamento do feito.

Neste ponto, registro que subscrevo integralmente as considerações feitas pelo Relator, Desembargador Federal Marcus Abraham, a respeito da competência das Turmas especializadas em Direito Administrativo para o julgamento de demandas como a presente, cujo objeto relaciona-se com a obtenção/renovação do Certificado de Entidades Beneficentes de Assistência Social - CEBAS junto à Administração Pública.

Como bem ponderou o Relator, a imunidade tributária de que trata o art. 195, § 7º, da CRFB/88 não é tratada neste processo. A posse do CEBAS permite à entidade beneficente a obtenção de uma série de vantagens junto à Administração Pública, não necessariamente de viés tributário, como, por exemplo, a celebração de contratos administrativos específicos destinados à satisfação de interesses setoriais na área da assistência social. A imunidade tributária é apenas mais um destes atrativos e, talvez, de fato, seja o mais proeminente, mas, de certo, não é o único. Além disso, sequer há pedido de recomposição dos danos causados ao Estado pelo não recolhimento indevido de tributos pela entidade, ao contrário do que ocorre, por exemplo, em algumas ações ajuizadas pelo Ministério Público do Distrito Federal para questionar programas de benefícios fiscais instituídos no DF.

Ainda assim, a imunidade tributária não é uma consequência direta da posse do CEBAS. Regulamentando o art. 195, § 7º, da CRFB/88, o art. 14 do Código Tributário Nacional e, antes, o art. 55 da Lei nº 8.212/91, já revogado, e, atualmente, a Lei nº 12.101/09 estabelecem diversos outros requisitos necessários à obtenção do Certificado. Por essa razão, um juízo, em concreto, a respeito da validade do CEBAS concedido a determinada entidade não implica necessariamente um juízo sobre a possibilidade da entidade gozar da imunidade tributária.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Dito isso, como o objeto da ação civil pública, repita-se, gira em torno, exclusivamente, da análise da possibilidade de o segundo Apelante possuir o CEBAS, não vislumbro, na hipótese, a presença de qualquer elemento que possa atrair, na forma do Regimento Interno deste Tribunal, a competência das Turmas Especializadas em Direito Tributário.

No entanto, como a questão da incompetência foi ultrapassada por este Colegiado na sessão realizada em 13/07/2016, com alusão à tese firmada pelo Plenário deste Tribunal no julgamento do Conflito de Competência nº 2750-4, já havendo, inclusive, votos proferidos a respeito do mérito da presente ação, ressalvo apenas meu posicionamento quanto ao tema, na mesma linha adotada pelo Desembargador Federal Marcus Abraham.

A segunda questão antecedente ao mérito que gostaria de pontuar diz respeito ao cabimento da ação civil pública para questionar a legalidade da renovação do CEBAS do segundo Apelante.

Quanto ao ponto, pedindo vênias, divirjo dos Desembargadores Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Lana Regueira a respeito da incidência, no caso, da vedação contida no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85.

Com efeito, não desconheço o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que se refere à constitucionalidade do dispositivo (Tribunal Pleno, RE nº 195056, Relator Min. Carlos Velloso, DJ de 14/11/2003), embora, pessoalmente, acompanhe a crítica doutrinária mais abrangente, que suscita dúvidas quanto à compatibilidade da restrição contida no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85 com o art. 129, III e § 1º, da CRFB/88 (a propósito, cito MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. Editora Saraiva. 20ª edição. 2007. pp. 137 – 143).

De todo modo, entendo que o mencionado dispositivo legal não se aplica ao caso. A meu ver, o dispositivo somente desautoriza o ajuizamento da ação civil pública para impugnar a cobrança ou pleitear a restituição de tributos, porque apenas nesses casos os “*beneficiários podem ser individualmente determinados*”, tal como ali previsto.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Não se aplica a restrição, porém, aos casos em que se busque a proteção do patrimônio público ou de interesses metaindividuais (nesse sentido, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 576155, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 01/02/2011 – julgamento realizado sob o regime da repercussão geral).

Não bastasse isso, tem-se que a presente ação civil pública destina-se tão somente a impugnar a renovação automática do CEBAS do segundo Apelante, sequer envolvendo qualquer exigência tributária.

Sob outro ângulo, ainda no que se refere ao cabimento da presente ação, não procede também a alegação levantada pelos Apelantes de que o Ministério Público Federal estaria se valendo desta ação civil pública para arguir, em tese, a inconstitucionalidade do art. 37 da MP nº 446/08, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica a respeito da possibilidade de utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização *incidental* da constitucionalidade de determinada norma ou ato normativo, desde que a declaração de inconstitucionalidade não consista no pedido principal. Por todos: Segunda Turma, Rcl 1898 ED, Relator Min. CELSO DE MELLO, DJe de 06/08/2014; e, Primeira Turma, RE 471946 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 10/09/2013).

No caso, o pedido principal formulado pelo Ministério Público Federal não é o de declaração, em tese, da inconstitucionalidade do art. 37 e parágrafo único, da MP nº 446/2008. A declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos constitui, expressamente, *pedido incidental*, formulado de forma bastante clara, nos seguintes termos:

“**a)** a declaração, ***incidenter tantum***, da inconstitucionalidade do art. 37 e parágrafo único, da Medida Provisória nº 446/08;

b) declaração de nulidade da Resolução CNAS nº 07 de 03.02.2009 (...);



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

c) anulação do CEBAS concedidos à Entidade ré com base no art. 37 da MP nº 446/08 (...)"

Como se vê, a declaração de inconstitucionalidade do art. 37 da MP nº 446/2008 integra a causa de pedir como elemento incidental necessário à persecução do objeto imediato da presente ação civil pública, qual seja a invalidação do CEBAS concedido ao segundo Apelante. O fim último da presente ação me parece ser, de fato, a proteção do patrimônio público, objeto este que está inserido nas atribuições constitucionais do Ministério Público Federal por força do que dispõe o art. 129, III, da CRFB/88.

Feitas essas breves considerações antecedentes ao mérito e superadas tais questões, passo a analisar o mérito das apelações.

A meu ver, a sentença deve ser mantida.

Porém, entendo que a manutenção da sentença não prescinde do afastamento do art. 37 da MP nº 446/2008, o que obriga à instauração de incidente de arguição de inconstitucionalidade e afetação do processo ao Órgão Especial do Tribunal (art. 12, VII, do RITRF2).

O art. 97 da CRFB/88, instituindo o princípio da reserva de plenário (regra da *full bench*), é muito claro:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

E, dirimindo dúvida sobre a aplicação prática do referido princípio pelos órgãos fracionários dos tribunais, o Supremo Tribunal Federal editou o Enunciado nº 10 da sua Súmula Vinculante, com o seguinte teor:

Súmula Vinculante 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

O enunciado acima transcrito não se aplica quando o órgão fracionário se utilizar da técnica de interpretação conforme a Constituição, simplesmente porque, quando se utiliza tal técnica, não se nega a incidência de determinada lei ou ato normativo no caso que se está examinando. Nesta situação, o colegiado tão somente elimina, dentre as interpretações possíveis da lei em discussão, aquela que se mostre incompatível com a Constituição.

O caso dos autos, no entanto, não admite, a meu ver, o emprego da técnica da interpretação conforme. Isso porque o art. 37 da MP nº 446/2008 corporifica norma com comando claro e objetivo, sem caráter polissêmico, estabelecendo que fica autorizada a concessão automática do CEBAS para todas as instituições que estivessem com o pedido de renovação pendente de aprovação na data da publicação da MP nº 446/2008 (07/11/2008), mesmo que estivessem tendo o certificado contestado junto ao CNAS. Confira-se o teor do dispositivo:

Art. 37. Os pedidos de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social protocolizados, que ainda não tenham sido objeto de julgamento por parte do CNAS até a data de publicação desta Medida Provisória, consideram-se deferidos.

Parágrafo único. As representações em curso no CNAS propostas pelo Poder Executivo em face da renovação referida no caput ficam prejudicadas, inclusive em relação a períodos anteriores.

Diante dessas considerações, tendo em vista que o único fundamento de validade da Resolução do CNAS nº 7 de 2009 – instrumento pelo qual se operou a renovação do CEBAS do segundo Apelante – é a regra do art. 37 da MP nº 446/2008, a invalidação da referida Resolução, tal qual requerida pelo Ministério Público Federal, requer, de fato, que o Poder Judiciário formule juízo sobre uma questão incidental: a constitucionalidade do referido dispositivo legal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

A meu ver, para a incidência, no caso, do art. 97 da CRFB/88, pouco importa que o art. 37 da MP nº 446/2008 tenha perdido a eficácia com a sua não conversão em lei, tendo em vista que o dispositivo continuou regendo as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência, conforme explicitarei a seguir.

Portanto, antecipando também meu posicionamento a respeito da inconstitucionalidade do art. 37, *caput* e parágrafo único, da MP nº 446/2008, entendo que o caso recomenda a instauração do incidente de arguição de inconstitucionalidade, observando o princípio estabelecido no art. 97 da CRFB/88 e os procedimentos previstos no Regimento Interno deste Tribunal.

VIGÊNCIA E INCONSTITUCIONALIDADE DA MP Nº 446/2008

A MP nº 446/2008 foi publicada, em 07/11/2008, com dois objetivos: (i) reorganizar os procedimentos destinados à certificação das entidades beneficentes de assistência social junto à Administração Pública Federal e (ii) regulamentar o processo de habilitação dessas entidades para o reconhecimento da imunidade tributária de que trata o art. 195, § 7º, da CRFB/88.

No que se refere à regulamentação da imunidade prevista no art. 195, § 7º, da CRFB/88 - matéria que não é objeto deste processo - a MP nº 446/2008 expressamente revogou o art. 55 da Lei nº 8.212/90 e definiu novos requisitos para que entidades filantrópicas fiassem desobrigadas do recolhimento da quota patronal da contribuição previdenciária. Tais requisitos, atualmente, encontram-se elencados na Lei nº 12.101/2009.

Por outro lado, quanto à reorganização dos procedimentos destinados à certificação das entidades beneficentes de assistência social, a MP nº 446/2008 promoveu uma desconcentração da competência para emitir o CEBAS, antes conferida pelo art. 18, IV, da LOAS ao CNAS. Essa emissão ficou diretamente a cargo dos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Ministérios vinculados ao Governo Federal com atuação nas áreas de educação, saúde e assistência social, a depender da área de atuação da entidade. Confira-se, a propósito, a alínea c do item 10 da exposição de motivos da MP nº 446/2008:

10. Assim, além do conteúdo já mencionado, o presente projeto de Medida Provisória tem os seguintes objetivos, que já estavam contemplados no mencionado Projeto de Lei nº 3.021, de 2008:

- a) estabelecer os requisitos para a caracterização e certificação das entidades beneficentes de assistência social;*
- b) estabelecer os requisitos e a forma para que as entidades certificadas como beneficentes de assistência social gozem da isenção das contribuições para a seguridade social; e*
- c) redistribuir os processos de concessão originária do Cebas pendentes de julgamento no âmbito do CNAS aos Ministérios competentes, conforme a área de atuação da entidade requerente.*

No entanto, além de tal reorganização de atribuições, foi estabelecido na MP nº 446/2008 que os pedidos de renovação do CEBAS pendentes de análise pelo CNAS, na data de publicação da Medida Provisória, seriam automaticamente renovados e as representações em curso contra entidades detentoras do certificado perante o mesmo CNAS seriam consideradas prejudicadas. É o que dispõe o art. 37, *caput* e parágrafo único, acima transcrito, cuja inconstitucionalidade é suscitada nesta ação civil pública.

As medidas estabelecidas no art. 37 se justificariam, segundo consta da exposição de motivos da MP nº 446/2008, pelo fato de que estariam em curso e pendentes de análise “*pelo menos cerca de 1.274 (mil duzentos e setenta e quatro) processos de renovação de Cebas, em tramitação no –CNAS, e cerca de 380 (trezentos e oitenta) recursos interpostos perante o Ministro de Estado da Previdência Social. / 6. O julgamento desses processos, seja por parte do CNAS, seja por parte dos Ministérios responsáveis pelas áreas de atuação das entidades, torna-se inviável em tão curto espaço de tempo – até o final do presente exercício. Corre-se o risco de se ter que indeferir liminarmente grande parte dos pedidos, negar provimento a recursos de entidades, ou acolher os recursos contra decisões do CNAS que concederam o Cebas sem a necessária análise detida de cada caso concreto, o que certamente poderá*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

redundar, em última instância, em prejuízo à população que necessita dos relevantes serviços prestados por grande parte das entidades beneficentes nas áreas da educação, da saúde e da assistência social.”.

Não obstante tais justificativas, durante a tramitação da MP nº 446/2008 no Congresso Nacional, o teor do art. 37 foi alvo de severas críticas dos parlamentares. Parte da oposição à época considerou que a concessão automática do CEBAS para entidades filantrópicas, sem a análise dos requisitos legais para a emissão do certificado, configurava verdadeira renúncia de receita por parte da Administração, além de implicar o beneficiamento de uma série de instituições cuja idoneidade estava sob suspeita, em razão das representações contra elas oferecidas perante o CNAS. Por tais razões, não é fato desconhecido que a MP nº 446/2008 foi apelidada por parlamentares opositores à época de “MP da Pilantropia”, tendo a alcunha sido vastamente divulgada pela imprensa nacional².

De todo modo, em 10.02.2009, o Plenário da Câmara dos Deputados rejeitou a MP nº 446/2008, com fundamento no art. 8ª da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional³, publicando-se a decisão no Diário Oficial da União de 12/02/2009. Em 31/08/2009, a Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Congresso certificou o esgotamento do prazo regimental sem a edição do decreto legislativo de que trata o art. 62, § 3º, da CRFB/88, tendo a matéria sido arquivada definitivamente no âmbito do Poder Legislativo em 01/09/2009⁴.

² O apelido foi largamente divulgado na imprensa à época. A título exemplificativo, ver as seguintes matérias divulgadas nos portais da Folha de São Paulo e da Revista Veja: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2008/11/467555-governo-nega-que-mp-represente-anistia-para-entidades-filantropicas.shtml>; <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/mp-pilantropia-garibaldi-faz-coisa-certa/> (acesso em 27/10/2016).

³ Art. 8º O Plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional decidirá, em apreciação preliminar, o atendimento ou não dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência de Medida Provisória ou de sua inadequação financeira ou orçamentária, antes do exame de mérito, sem a necessidade de interposição de recurso, para, ato contínuo, se for o caso, deliberar sobre o mérito.

Parágrafo único. Se o Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal decidir no sentido do não atendimento dos pressupostos constitucionais ou da inadequação financeira ou orçamentária da Medida Provisória, esta será arquivada.

⁴ <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/88135>



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Pois bem. Por não ter sido editado o decreto legislativo de que trata o § 3º do art. 62 da CRFB/88, por força do que dispõe o § 11º do mesmo artigo, o art. 37 da MP não deixou de ter aplicabilidade às relações jurídicas constituídas no período e, na verdade, de produzir integralmente seus efeitos.

Confira-se o que dispõem os §§ 3º e 11º art. 62 da CRFB/88:

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

(...)

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

Os dispositivos foram inseridos na Constituição pela Emenda Constitucional nº 32/2001 e inverteram a lógica até então vigente em nosso ordenamento jurídico. Antes da EC nº 32/01, a medida provisória que fosse rejeitada ou caducasse desconstituía-se automaticamente, sem que houvesse qualquer ressalva quanto às relações jurídicas constituídas na sua vigência, ou decorrentes dela. Ou seja, não havia qualquer reserva nem mesmo em relação aos direitos adquiridos: era o que a doutrina chama de retroatividade máxima⁵.

Após a entrada em vigor dos dispositivos acima transcritos, a regra passou a ser a manutenção das relações jurídicas firmadas, salvo se eventual decreto legislativo, editado no prazo fixado na CRFB/88, dispuser de forma diversa. Não restam dúvidas de que a nova sistemática buscou prestigiar a segurança jurídica e resguardar os direitos adquiridos, afastando as situações de incerteza surgidas com a perda da eficácia de medidas provisórias que concediam e regulamentavam direitos.

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 1.153.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Assim, por força do que dispõe o § 11º do art. 62 da CRFB/88, a rejeição da MP nº 446/2008 pelo Congresso Nacional não implicou a supressão da autorização que levou aos atos administrativos que concederam automaticamente o CEBAS a entidades filantrópicas com pedidos de renovação ou representações pendentes de julgamento junto ao CNAS. Por força da ultratividade determinada pela Constituição, a MP nº 446/2008 permaneceu disciplinando as relações jurídicas verificadas no período de sua vigência, o que deu ensejo ao ajuizamento de diversas ações coletivas, como a presente ação civil pública.

Como visto, um dos beneficiados por essa ultratividade foi o segundo Apelante, que, como se vê dos presentes autos, teve o seu CEBAS automaticamente renovado com base no art. 37 da MP nº 446/2008, embora tivesse contra si duas representações em curso perante o CNAS, voltadas ao indeferimento do seu pedido de renovação do certificado (fls. 934/937).

Veja-se que, diante da produção de efeitos pela Medida Provisória, é cabível a declaração incidental da sua inconstitucionalidade, que pressupõe, como já dito, obediência ao princípio da reserva de plenário, pois, afinal, trata-se do afastamento da eficácia de disposição com efeito de lei.

Nos casos em que a medida provisória é rejeitada, caduca, ou exaure sua eficácia, a única restrição existente, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é ao exercício do controle concentrado de constitucionalidade (entre inúmeros outros julgados ADI 4041 AgR-AgR-AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno DJe de 14/06/2011). O controle difuso da constitucionalidade, por sua vez, é exercido normalmente, com a observância de todas as normas que o regulam, assegurando-se, através dele, o respeito ao princípio da supremacia da Constituição.

O referido princípio corporifica o caráter imanente da Constituição como vértice na ordem jurídica, estabelecendo a máxima segundo a qual nenhuma norma pode produzir efeitos se for com ela incompatível. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

“se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí por que a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato. / Corolário natural da teoria da nulidade é que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório – e não constitutivo -, limitando-se a reconhecer uma situação preexistente. Como consequência, seus efeitos se produzem retroativamente, colhendo a lei desde o momento da sua entrada no mundo jurídico.

(BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Editora Saraiva. 5ª edição. 2011. p. 38)

Dessa forma, declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 37 da MP nº 446/2008, fica afastada a possibilidade de o segundo Apelante ser beneficiado por ato administrativo baseado no dispositivo. Firmada essa premissa, passo a declinar as razões pelas quais reputo o art. 37 da MP nº 446/2008 inconstitucional.

A) A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 37 DA MP Nº 446/2008 POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE – ARTS. 37, CAPUT, E 93, IX, DA CRFB/88

Enquanto princípio setorial da Administração Pública previsto no texto constitucional no *caput* do art. 37, a *publicidade* decorre da necessidade de se submeter os atos estatais ao crivo e ao controle da coletividade.

No Estado Democrático de Direito, o dever de publicidade é essencial para assegurar que o agir do Estado esteja dedicado à tutela impessoal do interesse público. Cuida-se de elemento determinante para assegurar a gestão transparente da coisa pública, com o que se pode avaliar a atuação proba, eficiente e impessoal dos agentes públicos, baseada na Constituição e na lei.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Na síntese de Celso Ribeiro Bastos, “o princípio da publicidade dos atos estatais, e mais restritamente dos atos da Administração, inserido no caput do art. 37, é indispensável para imprimir ou dar um aspecto de moralidade à Administração Pública ou à atuação administrativa. Visa este princípio resguardar tanto os interesses individuais, como defender os interesses da coletividade mediante o exercício do controle sobre os atos administrativos” (BASTOS, Celso. *Publicidade dos Atos Estatais – Princípios de Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade*. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. n. 10. Janeiro-março de 1995. pp. 97-98).

Arelada ao *dever* geral de publicidade, uma das materializações relevantes do princípio da publicidade está em outro *dever*, também estabelecido como princípio: o de motivação dos atos estatais. Tal princípio constitucional pode ser extraído do art. 93, IX, da CRFB/88, dispositivo este que embora inserido no capítulo da Constituição dedicado ao Poder Judiciário, em tudo se aplica ao processo administrativo

Celso Antônio Bandeira de Mello, citando, inclusive, outros princípios administrativos aos quais se vincula o dever de motivação dos atos administrativos, afirma: “o princípio da motivação encontra seu embasamento constitucional em todos estes perceptivos supracitados (art. 1º, II, e parágrafo único, respeitantes à valorização da cidadania e à soberania popular; art. 5º, XXXIII, XXXIV, b, e LXXII, atinentes ao direito de informação sobre dados e registros administrativos; e art. 37, relativo ao **dever administrativo de publicidade**) e, ainda, no art. 93, IX e X, por aplicação **análoga de seus termos**” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª edição. Malheiros Editores. 2008. p. 500).

No mesmo sentido, aprofundando mais a relação entre processo administrativo, publicidade e o princípio da motivação dos atos administrativos que decorre do art. 93, IX, da CRFB/88, é a doutrina de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

“Note-se que a Constituição da República encarece a publicidade inerente a todas as formas de processo, judicial e administrativo. No primeiro caso, dela cuidou a Lei Fundamental expressamente, ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

dispor, no art. 93, IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. O dispositivo contém três normas bem definidas, a saber, o princípio da publicidade dos julgamentos, o princípio da motivação suficiente (fundamentação das decisões), e a possibilidade de se conferir tratamento excepcional ao primeiro, se a lei o determinar para e quando “o interesse público o exigir”.

Poder-se-ia pensar que tendo o constituinte situado o princípio da publicidade no capítulo do Poder Judiciário, teria excluído a atividade administrativa e os processos havidos no seu desempenho do acatamento de idêntico princípio. Ocorre que, ao expressar a imperatividade do princípio da publicidade no art. 37, para toda e qualquer atividade administrativa de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o constituinte estabeleceu a extensão e imposição do mesmo ao processo administrativo, que é uma das manifestações daquele desempenho. Até mesmo porque esse processo pode ter e tem lugar no exercício da atividade administrativa em sede de qualquer dos poderes do Estado.

(ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro*. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 209. jul./set. 1997. p. 213)

Como decorrência dessa interpretação do art. 93, IX, da CRFB/88, no plano infraconstitucional, a Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99) expressamente faz alusão ao princípio da motivação dentre os seus princípios norteadores, dedicando um título específico para tratar da sua aplicabilidade ao processo administrativo. Confira-se os dispositivos pertinentes:

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

(...)

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;***
 - II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;***
 - III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;***
 - IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;***
 - V - decidam recursos administrativos;***
 - VI - decorram de reexame de ofício;***
 - VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;***
 - VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.***
- § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.***
- § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.***
- § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.***

O dever de fundamentação das decisões administrativas que decorre do princípio da publicidade não se esgota na simples indicação da referência normativa que, de início, ampara a decisão tomada pela Administração. Isso porque a alusão genérica a fundamentos ou a dispositivos de lei que serviriam, em tese, para justificar qualquer decisão, a bem da verdade, inibe a identificação das razões pelas quais determinado direito foi concedido ou negado especificamente a determinada pessoa ou instituição.

De todo o exposto, não parece haver dúvida que a partir da Constituição de 1988, mas também com base na legislação infraconstitucional por ela orientada, é possível delinear uma sistemática que vincula o exercício do poder estatal, seja ele jurisdicional ou administrativo, a um dever de publicidade, cujo elemento central é a possibilidade de controle do agir do Estado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Firmada, portanto, a premissa segundo a qual o dever de motivação/fundamentação das decisões nos processos administrativos decorre do princípio constitucional da publicidade (art. 37, *caput*, da CRFB/88) e do comando inscrito no art. 93, IX, da CRFB/88, não há dúvida de que a lei que dispense o dever de fundamentação por parte da Administração viola a Constituição Federal.

É o que ocorre com o disposto no art. 37 da MP nº 446/2008, que concedeu autorização para que não fossem apresentadas quaisquer razões ou fundamentos, muito menos idôneos, a justificar os deferimentos do CEBAS para as entidades potencialmente beneficiadas por aquele ato normativo.

Da simples leitura da Resolução do CNAS nº 7/2009, vê-se que a Administração, se valendo do art. 37 da MP nº 446/2008, limitou-se a sentenciar: “*os DEFERIMENTOS, na forma do disposto no artigo 37 da MP n.º 446/2008, dos pedidos de RENOVAÇÃO de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, com respectivas validades, que ainda não haviam sido objeto de julgamento por parte do Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS, até a data da publicação da Medida Provisória n.º 446, de 7 de novembro de 2008, relativos às (2.985) entidades abaixo listadas*” (art. 1º da Resolução CNAS nº 7/2009).

Diante disso, por tudo que foi exposto, considerando que o art. 37 da MP nº 446/2008 autorizou genericamente a concessão da renovação do CEBAS em termos que dispensavam qualquer análise a respeito do atendimento aos requisitos legais para a obtenção do certificado pelas entidades listadas na Resolução do CNAS nº 7/2009, me parece claro que o referido dispositivo da Medida Provisória violou os art. 37, *caput*, e 93, IX, da CRFB/88, enquanto manifestações do princípio da publicidade.

B) A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 37 DA MP Nº 446/2008 POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE – ART. 37, *CAPUT*, DA CRFB/88

Outro princípio setorial da Administração Pública ofendido pelo que dispõe o art. 37 da MP nº 446/2008 é o da moralidade.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

A moralidade, sob a ótica do ato administrativo, não diz respeito a aspectos subjetivos relacionados à intenção do agente da Administração, embora nessa conduta também seja importante que haja respeito a padrões éticos mínimos aceitos em sociedade. Para fins de controle da juridicidade do ato, o princípio constitucional da moralidade tem caráter objetivo, de modo a permitir que se julgue o ato administrativo pelas consequências que produz para a coletividade.

Ao tratar do princípio constitucional da moralidade administrativa sob esse enfoque objetivo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma:

“O princípio da moralidade tem utilidade na medida em que diz respeito aos próprios meios de ação escolhidos pela Administração Pública. Muito mais do que em qualquer outro elemento do ato administrativo, a moral é identificável no seu objeto ou conteúdo, ou seja, no efeito jurídico imediato que o ato produz e que, na realidade, expressa o meio de atuação pelo qual opta a Administração para atingir cada uma de suas finalidades.”

(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. Editora Atlas. 3ª edição. 2012. p. 178)

De forma sucinta e objetiva, a consequência imediata da autorização contida no art. 37 da MP nº 446/2008 é a concessão do CEBAS a um sem número de entidades que não preenchem os requisitos legais para atuarem na área já carente de recursos da assistência social. E, pior, faz-se que outro sem número de entidades cuja idoneidade esteja sob suspeita obtenha o mesmo certificado e as mesmas prerrogativas de obtenção de recursos e de desoneração fiscal, sem que se apure com seriedade as razões que levaram determinados setores da própria Administração a representarem contra elas perante o CNAS.

De forma mediata, ainda, o disposto no art. 37 da MP nº 446/2008 expõe a Administração ao risco de eventualmente empenhar recursos públicos no fomento de entidades que, embora capacitadas pela posse do CEBAS, sequer tenham condições



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

materiais de atuar na área da assistência social e atender as necessidades da população que deveria receber do Estado o amparo determinado pela LOAS.

Portanto, não só por força do princípio da publicidade, mas também pela patente violação ao princípio da moralidade, entendo que o art. 37 da MP nº 446/2008 viola o art. 37, *caput*, da CRFB/88, de modo que os atos administrativos que se valem daquele dispositivo como parâmetro de legalidade também me parecem igualmente inconstitucionais.

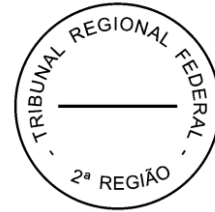
C) A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 37 DA MP Nº 446/2008 POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE (ART. 37, *CAPUT*, DA CRFB/88) E DA ISONOMIA (ARTS. 5º, *CAPUT* E I, E 19, III, DA CRFB/88)

Por fim, o art. 37 da MP nº 446/2008 viola o princípio da impessoalidade, na dimensão em que este princípio se vincula com o da isonomia.

Assim como o princípio da moralidade, a impessoalidade, concebida como princípio setorial da Administração, também volta a atenção do intérprete para o objetivo do ato administrativo. A diferença básica entre os princípios reside no fato de que, sob a ótica do princípio da moralidade, como já afirmado, controlam-se os efeitos que o ato administrativo produz no mundo real, de modo a assegurar que se satisfaça efetivamente o interesse público. Por sua vez, sob o viés da impessoalidade, não só se observa se as consequências do ato atendem o interesse público, mas se o próprio agir administrativo observou conduta compatível com o alcance desta finalidade.

O princípio da impessoalidade veda, portanto, que a Administração haja, ainda que involuntariamente, de modo a beneficiar terceiros ou satisfazer interesses privados específicos que poderiam pôr em risco a escolha ou o ato que, em tese, seria mais conveniente à satisfação do interesse público.

Ao vedar o beneficiamento injustificado de sujeitos que implica desvio de finalidade na atuação da Administração, o princípio da impessoalidade se vincula ao princípio da isonomia previsto no art. 5º, *caput*, da CRFB/88, e, especificamente para os entes administrativos, no art. 19, III, da CRFB/88.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

No campo dogmático, o princípio da isonomia leva os intérpretes à formulação da ideia clássica segundo a qual, em síntese, igualdade seria tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade (ver: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Edição. Editora Saraiva. 2009. p. 179).

Elucidando os desdobramentos do princípio da isonomia, confira-se trecho de ementa de precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro Celso de Mello:

MANDADO DE INJUNÇÃO - PRETENDIDA MAJORAÇÃO DE VENCIMENTOS DEVIDOS A SERVIDOR PÚBLICO (INCRA/MIRAD) - ALTERAÇÃO DE LEI JÁ EXISTENTE - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - POSTULADO INSUSCETIVEL DE REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA INOCORRENCIA DE SITUAÇÃO DE LACUNA TECNICA - A QUESTÃO DA EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO COM OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - MANDADO DE INJUNÇÃO NÃO CONHECIDO. O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a civa de inconstitucionalidade. Refoge ao âmbito de finalidade do mandado de injunção corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato em vigor. Impõe-se refletir, no entanto, em tema de omissão parcial, sobre as possíveis soluções jurídicas que a questão da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

exclusão de benefício, com ofensa ao princípio da isonomia, tem sugerido no plano do direito comparado: (a) extensão dos benefícios ou vantagens as categorias ou grupos inconstitucionalmente deles excluídos; (b) supressão dos benefícios ou vantagens que foram indevidamente concedidos a terceiros; (c) reconhecimento da existência de uma situação ainda constitucional (situação constitucional imperfeita), ensejando-se ao Poder Público a edição, em tempo razoável, de lei restabeecedora do dever de integral obediência ao princípio da igualdade, sob pena de progressiva inconstitucionalização do ato estatal existente, porem insuficiente e incompleto.

(MI 58, Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 19-04-1991)

A vinculação entre o princípio da isonomia, concebido como isonomia *perante a lei*, e o princípio setorial da impessoalidade fica clara na precisa síntese de Hely Lopes Meirelles, que prefere o uso do termo “*princípio da finalidade*” ao tratar da ideia de impessoalidade, a ver:

“O que o princípio da finalidade veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade. Esse desvio de conduta dos agentes públicos constitui uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder, como veremos adiante, sob esta epígrafe (item 4.2).

Do exposto, constata-se que o princípio em foco está entrelaçado com o princípio da igualdade (art. 5º, I, e 19, III, da CF), o qual impõe à Administração Pública tratar igualmente a todos os que estejam na mesma situação fática ou jurídica. Isso significa que os desiguais em termos genéricos e impessoais devem ser tratados desigualmente em relação àqueles que não se enquadram nessa distinção.”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

(MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*.
Malheiros Editores. 36ª edição. 2010. p. 94)

No caso dos autos, a violação ao princípio da impessoalidade, na dimensão em que este se vincula ao da isonomia, é flagrante.

Ao dispensar sumariamente e de forma generalizada milhares de entidades do cumprimento dos requisitos legais para a obtenção do CEBAS, o art. 37 da MP nº 446/2008 equiparou, com evidente prejuízo para a coletividade, entidades sérias e cumpridoras desses requisitos a diversas outras que eventualmente não fariam jus ao CEBAS e, pior, aquelas que, inclusive, tinham sua idoneidade sob suspeita por força de representações contra elas dirigidas perante o CNAS.

A despeito dos riscos de prejuízos a que a medida expõe a Administração, já analisados sob a ótica do princípio da moralidade, a medida deixa de dar àquelas entidades sérias, estruturadas para receber fomento do Poder Público e cumpridoras dos requisitos para obter o CEBAS, tratamento adequado, colocando-as no mesmo plano que diversas outras entidades cujas características não atendem às demandas e conveniências da Administração para a área da assistência social.

A violação ao princípio da impessoalidade, como aqui concebido, advém precisamente do deferimento em massa de pedidos de renovação do CEBAS e do julgamento prejudicado das representações oferecidas perante o CNAS, na medida em que retira da Administração o poder de atuar de modo impessoal e isonômico na concessão do certificado.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, voto no sentido de arguir a inconstitucionalidade do art. 37 da MP nº 446/2008, por violação dos arts. 37, *caput*, 93, IX, arts. 5º, *caput* e I, e 19, III, da CRFB/88, que impõem ao Estado a observância aos princípios da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

publicidade, neste compreendido o dever de fundamentação dos atos administrativos, da moralidade, da impessoalidade e da isonomia, determinando a remessa do feito ao Órgão Especial, na forma do art. 167 do Regimento Interno, com o consequente sobrestamento do exame das apelações e da remessa necessária, até que seja julgado o incidente.

É como voto.

LETICIA DE SANTIS MELLO