



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
1ª PROCURADORIA DE CONTAS

PROCESSO:	TCE/003923/2012
ÓRGÃO JULGADOR:	PLENO
RELATOR:	CONS. PEDRO HENRIQUE LINO DE SOUZA
NATUREZA:	001 – AUDITORIA E INSPEÇÃO
RESPONSÁVEIS/PARTES:	JORGE JOSÉ SANTOS PEREIRA SOLLA
ORIGEM:	SECRETARIA DA SAÚDE - SESAB
VINCULAÇÃO:	SECRETARIA DA SAÚDE – SESAB

PARECER Nº 000924/2014

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de **auditoria** realizada pela 2ª Coordenadoria de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado da Bahia (2ª CCE) nos **Contratos firmados entre o Estado da Bahia**, por meio da Secretaria da Saúde (SESAB), e a **Fundação José Silveira – FJS, no período de 01/01/2007 e 28/02/2012**, a fim de verificar a economicidade, eficiência e eficácia no cumprimento do objeto pactuado, bem como a efetividade dos controles exercidos pela Sesab para acompanhamento e avaliação dessa gestão, com ênfase nos seguintes pontos:

(i) apuração de valores pagos a maior, por conta de não ter sido observada a situação jurídica de imunidade tributária da Fundação José Silveira em todos os contratos celebrados com a mencionada entidade, desde o exercício de 2007;

(ii) verificação dos aspectos relacionados à pessoal, estrutura, guarda e conservação do patrimônio público sob a responsabilidade da contratada;

(iii) existência de eventuais prorrogações do Contrato nº A-029/2011, bem como a celebração de novas avenças com o mesmo conteúdo e;

(iv) verificação da situação atual do procedimento licitatório (processo nº 0300080241600).

Para tanto, a auditoria procedeu ao exame, referenciando os períodos de 2007 até fevereiro de 2012, os quais abrangeu a área jurídica e financeira. Ao término da inspeção, foi elaborado o relatório de auditoria contendo os achados, o qual foi anexado às fls. 02/48 dos autos.

Devidamente notificados do resultado da auditoria (fls. 54/60), os gestores responsáveis pelos aludidos Contratos apresentaram os esclarecimentos pertinentes e juntaram documentos (fls. 67/76; 176/202; 208/265 e; 272/282).

Em seguida, os autos foram encaminhados à 2ª CCE para que esta se pronunciasse acerca das justificativas apresentadas e novos documentos acostados aos autos, a qual opinou (fls.289/301) pela manutenção do entendimento acerca das irregularidades apontadas no Relatório de Auditoria.

Concluída a instrução, o processo foi encaminhado ao Ministério Público de Contas para fins de análise e emissão de parecer.

É, em breves linhas, o que cumpre relatar.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Conforme se depreende dos autos, o Estado da Bahia, por meio da sua Secretaria de Saúde, celebrou no período compreendido entre 01/07/2007 e 28/02/2012, diversos contratos com a Fundação José Silveira, o que resultou no empenho de R\$ 329.815.926,57, pela aludida secretaria, tendo como objeto a contratação de pessoal para prestação de serviços médicos.

Ao proceder ao exame auditorial do referido contrato de gestão, a 2ª CCE identificou diversas irregularidades no que diz respeito à formalização e à execução da avença, dentre as quais merecem especial destaque:

- 1 - Contratação irregular com a Fundação José Silveira – vez que as contratações são feitas, reiteradamente, por dispensa emergencial sem a devida justificativa - a exemplo da ausência de caracterização de excepcionalidade na justificativa das dispensas de licitação nº 003/2011 e nº 018/2011;
- 2 - Uso reiterado de dispensa emergencial para contratação sucessiva do mesmo objeto, uma vez que, conforme apontado, as dispensas emergenciais estão sendo realizadas constantemente para a contratação de pessoal com vistas à prestação de serviços médicos, sem que seja tomada nenhuma atitude ao longo dos anos (desde 2003) com o intuito de sanar tal irregularidade.
- 3 - Inação da PGE e falta de empenho da SESAB para a continuidade do Processo Licitatório – a Diretoria de Gestão da Rede Própria acusa a PGE de estar com o processo administrativo para essas contratações, via licitação pública, sem pronunciar o seu entendimento sobre a matéria há mais de 4 (quatro) anos;
- 4 - Contratos com sobrepreço face à inclusão, indevida, nas planilhas de custos

de encargos sociais no percentual de 34,40% - de acordo com o contrato, ficou estabelecido que nos preços computados, estariam incluídos todos os custos com salários e demais parcelas remuneratórias, encargos sociais, previdenciários e trabalhistas, inclusive, impostos, taxas, emolumentos, transporte e quaisquer outros que, direta ou indiretamente, se relacionasse com o fiel cumprimento pela contratada de suas obrigações. Ocorre que a Fundação José Silveira é uma entidade beneficente e como tal goza da imunidade prevista no art. 195, § 7º da CF/88. Tal fato demonstra ter ocorrido repasse indevido de valores a esta Fundação;

- 5 - Ausência de amparo legal em pareceres da promotoria de Fundações do Ministério Público, emitidos em 2007 e 2008, uma vez que o Exmo. Promotor de Justiça de Fundações do Ministério Público Estadual, Sr. Luiz Eugênio Fonseca Miranda, pronuncia-se no sentido de autorizar contratações dessa natureza, bem como pela continuidade da sistemática adotada em relação à cota previdenciária patronal;

Resumidas as desconformidades apontadas pela 2ª CCE, passa este **Parquet** a emitir seu opinativo tomando por base os documentos e manifestações contidas nos autos.

(i) Ausência de violação à isonomia por contratação abaixo do preço de mercado tendo em vista a natureza jurídica da Fundação José Silveira - entidade beneficente sem fins lucrativos

A Constituição Federal de 1988 preocupou-se em consagrar os direitos fundamentais centralizando sua incidência na pessoa humana. Daí doutrina e jurisprudência afirmarem que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o centro do ordenamento jurídico servindo como vetor interpretativo para todas as normas.

A fim de concretizar direitos fundamentais como a saúde foi concebido ao longo do texto Constitucional, várias normas contendo mecanismos que estimulam e facilitam a prestação destes serviços, inclusive pelo particular.

Uma destas normas, sem dúvida, é aquela positivada no **art. 195, § 7º**, o qual dispõe que:

Art. 195 – A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Com o objetivo de estimular a prestação de serviços de assistência, no qual se enquadra saúde, a CF/88 imunizou do pagamento de algumas contribuições as entidades de assistência social, desde que atendidos alguns requisitos legais. Tais requisitos estão dispostos no art. 14, incisos I, II e III do Código Tributário Nacional, a seguir transcrito:

Art. 14 – O disposto na alínea c do inciso IV do art. 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II – aplicarem, integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Além destes requisitos, a entidade precisa atender cumulativamente aos aos requisitos previstos no art. 29 da Lei nº 12.101/09, os quais complementam aqueles

previstos no art. 14 do CTN.

A leitura destes dispositivos permite concluir de forma clara que o legislador concedeu alguns benefícios tributários como forma de fomentar esse tipo de instituição, tendo em vista que tais entes ajudariam o Estado a efetivar direitos fundamentais essenciais, como a saúde. Tal fato beneficiaria o Estado, pois poderia contar com a colaboração de um particular – que não visa lucro – na prestação destes serviços essenciais.

Outra vantagem seria a economicidade, uma vez que, em tese, essas entidades, por possuírem tais benefícios, e por não buscarem o lucro, poderiam prestar serviços por preços menores do que aqueles praticados no mercado, por empresas especializadas em prestar tais serviços mas que possuem intuito lucrativo e que, portanto, não dispunham de tais benefícios.

Pelo exposto, é incabível acatar a alegação de que haveria ilegalidade no fato de a Fundação José Silveira ofertar preços menores que a do mercado, por violação da isonomia. Ao contrário, é justamente este o objetivo da norma quando concede benefícios a estas instituições. De um lado a Administração Pública poderá firmar contratos com valores mais baixos, por outro lado essas entidades terão preferência nestas contratações em detrimento de instituições privadas com finalidade lucrativa.

Assim, no que se refere à desobediência a princípios licitatórios como o da isonomia, não há que prosperar qualquer argumento de violação, vez que não há como comparar entidades com naturezas jurídicas tão distintas quais sejam aquelas que visam o lucro, destas, com finalidade filantrópica, que prestem o mesmo tipo de serviço, como é o caso da Fundação José Silveira.

(ii) Impossibilidade de "embutir" no valor do contrato com o poder público valores referentes a tributos dos quais a Fundação José Silveira goza de imunidade tributária

Conforme aponta o relatório de auditoria (fls. 21/22) a Fundação José Silveira possui certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social, concedida aos entes que preencham os requisitos previstos no art. 3º ao 20 da Lei nº 12.101/09 pelo Ministério da Assistência social e Combate à Fome (MDS), Ministério da Saúde (MS) e Ministério da Educação (MEC) a depender da sua área de atuação, o que a torna imune do recolhimento das contribuições previdenciárias.

Um dos pontos questionados na inspeção é justamente o fato da Fundação José Silveira ter “embutido” no valor total do contrato com a SESAB, valores referentes à contribuição previdenciária patronal sendo que, como já afirmado, possui imunidade em relação à tal contribuição.

Em defesa, alega a Fundação bem como o Ministério Público que atua junto às Fundações, que a contribuição não poderia deixar de ser cobrada ao Estado pois configuraria transferência de imunidade a terceiros vedada pelo art. 30 da Lei nº 12.101/2009. Dispõe tal dispositivo que:

Art. 30 – A isenção de que trata esta Lei não se estende a entidade com personalidade jurídica própria constituída e mantida pela entidade à qual a isenção foi concedida.

Facilmente se observa que a situação em comento não se enquadra no contexto previsto na norma supracitada. O que se analisa é o ato de uma Fundação sem fins lucrativos contratada pelo Estado para prestação de serviços essenciais e que inclui na sua planilha de custos - utilizada como referência para firmar o valor do contrato - valores referentes a custos que não existem em virtude da imunidade que possui.

Ainda que os responsáveis aleguem, em defesa, que a comprovação de custos é irrelevante sob o aspecto da obrigação de pagar do Poder Público, eis que já apresentou o menor preço, tal medida seria, no mínimo, antieconômica para o Estado uma vez que em virtude dessas imunidades, a Fundação poderia oferecer um contrato por um preço

muito abaixo do que foi ofertado. É o que se espera de uma Fundação sem fins lucrativos, que encontra inclusive vedação legal em repartir lucros.

(iii) Ilegalidade no procedimento de contratação da Fundação José Silveira

Há de se observar ainda que a contratação não foi resultado de um procedimento licitatório como exige a lei, mas sim de uma dispensa emergencial (ilegal, no entanto). Isso resultou na contratação envolvendo valores de grande monta através de um procedimento simplificado e que deve ser utilizado apenas em situações excepcionais, como é o caso da dispensa emergencial.

Tal fato, por si só, justificaria atitudes mais cautelosas e cuidadosas por parte do gestor no procedimento de contratação. Nesse sentido, cumpre observar o art. 26, § único da Lei 8.666/93:

Art. 26 – [...]

Parágrafo Único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II – razão da escolha do fornecedor ou executante;

III – justificativa do preço;

IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisas aos quais os bens serão alocados;

Comparando o quanto disposto no artigo com o que se presencia nos autos, de

pronto já é possível detectar a irregularidade da contratação.

Primeiro porque já não cumpre o requisito de situação emergencial.

A Administração Pública vem se utilizando dessa justificativa para fundamentar suas contratações diretas. No caso que ora se analisa, em 2007 a SESAB justificou que em 2007 foi compelida a realizar contratação direta por dispensa emergencial em virtude da rescisão do contrato nº 041/2004 determinada pela justiça que considerou ilegal a prestação de serviços médicos ao Estado da Bahia pela Coopamed, o que resultou na assinatura do contrato nº 044/2007 através de dispensa de licitação com a Fundação José Silveira.

No entanto, cumpre observar que a Lei 8.666/93 prevê um prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para a duração deste tipo de contrato. Como se observa nos autos além deste, 10 contratos foram reeditados com o mesmo objeto e com a mesma Fundação, tendo transcorrido um período de 05 (cinco) anos, sem que a SESAB consiga sanar este estado emergencial.

Sendo assim, dúvida inexistente que a SESAB vem se utilizando de uma situação prevista pelo legislador a fim de garantir a continuidade da prestação de serviços públicos e no intuito de permitir ao gestor ajustar situações de calamidade pública sem maiores prejuízos à população, para justificar contratações feitas ao arrepio da lei e burlando dispositivos normativos.

Segundo porque se observa dos autos que a SESAB indicou que contratou a Fundação José Silveira em virtude desta ter apresentado o menor preço.

No entanto, como bem apontado pela auditoria (fls. 294) “nas dispensas emergenciais o gestor público há de ter mais rigor, já que tal procedimento requer fases próprias, tendo em vista que a publicidade ocorre em menor extensão que na licitação”.

Assim, deveria haver o detalhamento do motivo da escolha do prestador bem como justificativa da situação que a ensejou e do preço contratado.

Ao contrário, o que se observa a partir da leitura dos autos é que na maioria das dispensas de licitação a única entidade que apresentou proposta de preços foi a Fundação José Silveira (licitações nºs 047/2007; 007/2008; 041/2008 e 007/2010), o que afasta a veracidade da alegação de ter sido escolhida por ter apresentado preços 50% menores do que os das outras participantes.

É possível concluir que na maioria dos contratos não houve uma concorrência de preços, nem sequer cotação de preços de outras potenciais participantes, o que resultou no fato da Fundação José Silveira ter sido a única concorrente. Inclusive quando não apresentou melhor proposta, situação ocorrida em 2011 na licitação 003/2011, acabou sendo contratada pois a primeira colocada foi desclassificada.

Em suma, durante mais de 05 (cinco) anos, a SESAB vem contratando unicamente a Fundação José Silveira para a prestação de serviços médicos no Estado, resultantes de procedimentos ilegais e ofensivos aos princípios que regem a Administração Pública previsto no art. 37 e seus incisos da Carta Magna de 88, o que se mostra vergonhoso e passível de ser combatido com rigor.

Terceiro porque não procede a alegação de que a Fundação José Silveira não precisaria apresentar planilha detalhada dos gastos.

Como afirmado, o fato de se tratar de uma dispensa, impõe ao gestor como administrador de recursos públicos – e não particulares - ampla transparência de forma que todo contrato administrativo deve conter o detalhamento das despesas e dos itens contratados de forma discriminada.

É preciso abandonar o modelo de Estado Patrimonialista que ainda encontra-se arraigado em alguns gestores que acham por bem gastar o dinheiro público da forma que lhe convier e em desconformidade com a lei. Toda a atuação dos gestores deve ser pautado nas regras e princípios Constitucionais e infraconstitucionais aos quais está submetida toda a atividade dos administradores públicos sob o fundamento da Supremacia do Interesse Público, o qual faz incidir sobre a conduta daquele que gere dinheiro e bens públicos, o princípio da legalidade estrita, subordinando a atuação destes agentes públicos apenas àquilo que a lei permite.

(iv) Intervenção indevida do Ministério Público das Fundações nos Contratos firmados entre a SESAB e a Fundação José Silveira entre 2007/2012 e que foram objetos desta inspeção

A atuação do Ministério Público na fundação que ora se analisa encontra fundamento na necessidade de haver um órgão que representa o interesse público em entidades do terceiro setor, vez que este desempenha muitas vezes funções essenciais, substituindo o Estado na prestação de serviços públicos.

É que a evolução e, conseqüentemente a complexidade da sociedade, tornou quase impossível ao Estado a prestação de todos os serviços ao qual está obrigado, sem a contribuição dos particulares. Nesse contexto, tomou importância o Terceiro Setor, que, ainda com natureza jurídica controvertida, tem sido identificado como a sociedade civil que se organiza formando entes com o objetivo precípua de ajudar o Estado em atividades essenciais como saúde e educação.

Integram o chamando terceiro setor, as sociedades civis sem fins lucrativos, as

associações civis sem fins lucrativos e as fundações de direito privado. Cumpre-nos chamar atenção para o regramento destas últimas, objeto da inspeção que ora se analisa.

As fundações privadas são entidades com personalidade jurídica de direito privado que têm como fator principal o patrimônio que deve ser administrado tendo como foco a persecução das finalidades delimitadas pelo seu instituidor.

O fundamento para a atuação do Ministério Público nas fundações está previsto nos arts. 127 *caput*, e 129, II e III da CF/88, arts. 65/69 do Código Civil de 2002 e arts. 82, III e 1200/1204 do Código de Processo Civil vigente.

Importante salientar que toda a atuação da Fundação está delimitada pelo seu estatuto e os seus órgãos - via de regra, três - , são responsáveis pela manutenção da entidade e desenvolvimentos das suas atividades finalísticas, sendo eles: o Conselho Curador ou Deliberativo responsável pela elaboração das metas e diretrizes da Fundação bem como pela condução dos seus trabalhos; a Diretoria Administrativa ou Conselho Administrativo que é responsável pela gerência da entidade e o Conselho Fiscal que faz o controle interno contábil e patrimonial da entidade. São estes, portanto, os órgãos que devem gerir e atuar em nome da Fundação a qual representam.

Por outro lado, reconhecendo a importância social das Fundações como já afirmado, o legislador previu nos arts. 65 e 66 CC/02 e nos arts. 1200 a 1204 do CPC vigente, a legitimidade do Ministério Público para realizar controle prévio e finalístico dessas fundações.

O controle prévio é verificado na medida em que cumpre ao Ministério Público aprovar o Estatuto na forma do art. 65 do CC/02 e 1200/1201 do CPC ou elaborá-lo quando isto não ocorrer no prazo descrito pelo seu instituidor ou transcorrido 180 dias da constituição da Fundação, conforme prevê o § único do artigo 65 do CC/02 e art. 1202 do CPC.

Já o controle finalístico visa manter sob a fiscalização do Ministério Público, a atuação final desta entidade. Cumpre ao *Parquet* neste caso, exercer um controle externo sobre a Fundação, analisando o cumprimento ou não dos objetivos para os quais foi criada bem como detectar ilicitudes como divisão de lucros ou outras situações vedadas por lei podendo, inclusive, pugnar pela sua extinção a forma do art. 1204 e incisos do CPC.

No caso em comento, é possível verificar que houve um desvirtuamento da função do Ministério Público. A atuação do Ministério Público nas fundações se limita a fiscalização prévia e finalística não podendo este atuar como se parte da fundação fosse. Em outras palavras, o promotor de Justiça de Fundações não pode atuar como advogado do ente.

As Fundações são compostas por órgãos destinados a realizar administrar e realizar o controle da instituição e de seus contratos. Nesse sentido, a cartilha produzida pelo Ministério Público do Estado da Bahia, destinada a orientar a atuação das Promotorias de Fundações do Estado da Bahia, descreve as atribuições da Promotoria de Fundações, bem como dos Conselhos Curador, Diretor e Fiscal.

É possível observar a preocupação do órgão em manter o distanciamento entre o membro do MP e a administração da fundação, de forma a garantir a lisura e a imparcialidade do promotor que deve atuar unicamente como fiscal da lei em prol do interesse da coletividade.

Exemplo de que o promotor deve manter tal distanciamento é o texto disposto no capítulo que trata sobre a visita do Promotor às Fundações (fls. 18/19) abaixo transcrito:

Já foi explanado em que consistem as inspeções às fundações (ver a Introdução). As visitas devem ser periódicas, programadas previamente e combinadas com os dirigentes da entidade a ser inspecionada. **Se possível, o Promotor de Justiça deve fazer-se acompanhar de especialistas (contador, assistente social, etc.).**

Por outro lado, respeitando os entendimentos em contrário, não se recomenda

que o Promotor de Justiça se outorgue o direito de participar das reuniões dos órgãos administrativos superiores das fundações. Uma coisa é o representante do Parquet vir a ser convidado para uma reunião, com o objetivo de esclarecer alguma dúvida ou fazer uma explanação sobre matéria de interesse da entidade. Nestas hipóteses, prestado o esclarecimento ou finalizada a explanação, encerra-se a participação do Promotor de Justiça. Este não deve estar presente às reuniões, como se fosse um dos integrantes dos órgãos administrativos, porque, acima de tudo, é o fiscal da lei, cabendo-lhe manifestar-se acerca do que consta em ata, e não entrar em debates (muitas vezes acalorados) com os dirigentes da fundação.

Neste processo de inspeção, verifica-se que o Promotor de Fundações, apresenta verdadeira defesa da Fundação, atuando, pois, de forma parcial. Tal fato pode ser verificado por atos praticados pelo Promotor como a emissão de pareceres carentes de amparo legal e que apresentam ilicitudes. Em outras situações chega a **autorizar contratações** como no caso do processo n.º 125162/2007 (citado no relatório de auditoria fls. 35) oportunidade na qual, consultado pela Fundação José Silveira acerca da possibilidade para celebrar contrato emergencial com a SESAB, autoriza a contratação sob o argumento de que:

A situação adversa não se origina de falta de planejamento, desídia administrativa ou má gestão dos recursos disponíveis pelo Poder Público Estadual, concluindo que, visto a possibilidade de celebração do contrato por tempo determinado encontrar-se respaldada no art. 24, inciso IV, da Lei Federal 8.666/93, assim como na Lei Estadual n.º 9.433/05, pronuncia-se no sentido de autorizar a celebração do contrato emergencial.

Dessa atuação do representante do Ministério Público há, no mínimo, que se levantar alguns questionamentos: **a)** Não é de conhecimento deste Promotor que a Secretaria de Saúde há anos vem se utilizando de mecanismos previstos na lei para serem utilizados e forma excepcional e em situações de emergência para perpetuar situações de ilegalidade, como é o caso de contratações emergenciais para a prestação de serviços médicos? **b)** É possível afirmar, de acordo com as peças acostadas aos autos, nas quais demonstram o histórico dessas contratações, que estas foram realizadas de forma regular, e resultaram da situação emergencial, e não da desídia ou má gestão dos gestores? **c)** Ainda que esta Procuradoria de Fundações alegue que se tratava de uma nova gestão, a sua função fiscalizadora deveria ter impedido a perpetuação deste contrato, que como observado através dos autos, se perpetuou no tempo. Tal fato permaneceu por anos sem que essa Promotoria tenha tomado nenhuma atitude com o intuito de que tal irregularidade fosse sanada.

Ao contrário, o que se observou foi uma forte atuação do Promotor Sr. Luiz Eugênio Fonseca Miranda no sentido de apoiar a continuidade dessas situações. Tal apoio foi realizado de forma tão incisiva e distante das funções do Ministério Público que atua junto às fundações, que a nosso ver, resultou em violação de deveres institucionais dos membros do Ministério Público previstos constitucionalmente como aquela prevista no art. 129, IX, como é o caso das autorizações, que se configuram como verdadeiras consultorias jurídicas. Dispõe o artigo supracitado que:

Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas

De igual forma, a Lei Orgânica do Ministério Público veda expressamente a no art. 44, inciso II o exercício da advocacia pelos seus membros. Já o art. 44, tratando dos deveres, impõe que:

Art. 44 – São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei:

[...]

II – zelar pelo prestígio da Justiça, por suas prerrogativas e pela dignidade de suas funções;

III – indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal.

É preciso ter em mente que a presença do Ministério Público nas fundações privadas sem fins lucrativos serve para fiscalizar a atuação da fundação a fim de garantir o atingimento dos objetivos da Fundação, vez que essas fundações são criadas com finalidade de auxiliar o Estado a prestar serviços públicos. A presença do Ministério

Público só se legitima pelo interesse público. Está presente para defender o interesse dos indivíduos, e não para prestar advocacia gratuita ou consultoria para a Fundação, para a Administração Pública, ou qualquer outro ente.

O próprio Ministério Público já tratou do tema na Cartilha, que traz um modelo de estatuto e previu no art. 7º o qual, que tal função cabe ao Conselho curador, em conjunto com o Conselho Diretor. Vejamos:

Art. 13 – Além das atribuições previstas no art. 11, cabe ao conselho curador:

[...]

VI- em conjunto com o Conselho Diretor, deliberar sobre:

[...]

e) celebração de contratos, inclusive de empréstimos financeiros, convênios e outros ajustes;

[...].

Face ao exposto, entende esse *Parquet* que restou configurada uma atuação indevida do Ministério Público no caso das contratações objeto de análise da inspeção que ora se analisa, fato que concorreu para a realização destas contratações ilegais e por isso se enquadram no tipo penal descrito no art. 89, § único da Lei 8.666/93 o qual prevê.

Vale ressaltar ainda que, nesse contexto descrito, assusta não apenas a hipertrofia da atuação desta promotoria nos contratos celebrados pela FJS autorizando, como já afirmado, várias contratações e cobranças de valores sem aparo legal, mas de igual forma o conteúdo dessas autorizações que chegam ao ponto de confrontarem com opinativos da própria Procuradoria do Estado, que em várias oportunidades registrou a ilegalidade das contratações orientando no sentido de que a SESAB disparasse imediatamente procedimento de concurso público a fim de regularizar a situação.

E as irregularidades não se esgotam aqui. Além de autorizar contratações diretas por dispensa emergencial, a Promotoria de Fundações, na pessoa do Sr. Luiz Eugênio, atesta a legalidade e autoriza a continuidade da cobrança dos valores referentes à Contribuição

Patronal sob o argumento de que a Fundação não poderia deixar de cobrá-la sob pena de estar transferindo a imunidade que lhe foi conferida Constitucionalmente para o ente Público, o que não procede como será demonstrado adiante.

(iv) Impossibilidade de utilização dos valores referentes à Contribuição Patronal para finalidade diversa daquela para a qual foi criada em razão da natureza finalística do referido tributo

Alguns tributos são criados para atenderem a uma finalidade específica. Afirma-se que a Constituição utiliza o critério da finalidade na outorga da competência tributária para a instituição dessas espécies tributárias.

Tais tributos são ditos finalísticos em virtude de serem criados com o objetivo de custear algumas áreas de atuação e/ou efetivação de políticas públicas essenciais. Nesse sentido, ensina Leandro Paulsen e Andrei Pitten Velloso, 2013¹, p.57:

Não se trata de arrecadação para a simples manutenção da máquina estatal em geral, mas de **arrecadação** absolutamente fundamentada e **vinculada à realização de determinadas ações de governo**.

A instituição de **contribuições** e de empréstimos compulsórios, portanto, é condicionada pelas finalidades que os justificam.

É nessa espécie tributária que se enquadra a Contribuição previdenciária, o que permite concluir que a arrecadação desse tributo é vinculada à finalidade para o qual foi criada, qual seja, a **Previdência Social**. Isso deixa claro que a cobrança desse tributo só se legitima quando sua arrecadação se destinar a custear a previdência social.

¹PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. Contribuições - Teoria Geral e Contribuições em Espécie. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Dessa forma, é possível verificar que, existindo imunidade tributária da Fundação José Silveira não encontra respaldo legal a inclusão, nos custos do contrato, de valores referentes à arrecadação de tal encargo vez que este nunca será repassado ao INSS e, conseqüentemente, não servirá à finalidade para o qual foi criado – custeio da previdência social – o que torna ilegal o ato praticado pela Fundação José Silveira.

Alerta Leandro Paulsen e Andrei Pitten Velloso (2013, p. 57)² para o fato de que existem dois tipos de controle a serem realizados nessa espécie tributária. Primeiro, é se existe a exata correspondência da finalidade invocada na norma instituidora do tributo com aquela Constitucional que autoriza a criação de tais tributos. Num segundo momento é preciso observar se a finalidade prevista na Constituição para instituição do tributo está ocorrendo em concreto, ou seja, é preciso conferir se os recursos arrecadados estão efetivamente sendo aplicados na finalidade que fundamenta sua cobrança.

Tão relevante é questão da finalidade nesse tipo de contribuição, que Aliomar Baleeiro (2013, p. 68)³ defende que o contribuinte pode, em situações que demonstrem desvio na finalidade, seja na criação seja na aplicação do produto arrecadado, opor-se à cobrança ou reclamar do indébito, caso não esteja seu produto sendo aplicado para as finalidades que deram causa à sua instituição. É o que se depreende do trecho a seguir transcrito:

O contribuinte pode opor-se à cobrança de contribuição que não esteja afetada ao custeio das atividades constitucionalmente admitidas; igualmente **poderá reclamar a repetição do tributo pago se, apesar da lei, houver desvio quanto à aplicação dos recursos arrecadados, ou melhor, se as atividades sociais de cunho social, interventivas ou corporativas não se efetivem.** É que, diferentemente da solidariedade difusa ao pagamento de impostos, a Constituição prevê a solidariedade do contribuinte no pagamento de contribuições e empréstimos compulsórios e a conseqüente faculdade outorgada à União de instituí-los, de forma direcionada e vinculada a certas

2PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. Contribuições - Teoria Geral e Contribuições em Espécie. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

3BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ações. Inexistente o gasto ou desviado o produto arrecadado para outras finalidades não autorizadas na Constituição, cai a competência do ente tributante para legislar e arrecadar. (grifamos)

Paulsen e Velloso (2013) chamam à atenção para a importância do Ministério Público que atua junto às Fundações neste controle. Afirma ele (2013, p. 58)⁴ que:

O Ministério Público pode e deve desempenhar tal controle. Verificando-se, apenas *a posteriori*, que a destinação efetiva não correspondeu à destinação legal e constitucional, restará revelada a falta de suporte válido para a cobrança, caracterizando-se, então, o pagamento indevido.

Tal entendimento reforça a tese aqui defendida que de modo algum a Fundação José Silveira poderia ter incluído como custos – para a composição do preço do contrato – a parcela referente a contribuições sociais pois, uma vez imunes à cobrança desses impostos, não poderia recolher tais valores e não repassá-los ao INSS, dada a vinculação da sua arrecadação.

Assim, ainda que a Fundação José Silveira insista em sustentar a legalidade da arrecadação de valores referentes às contribuições sociais baseando-se no fato de que está reaplicando todo o montante nas suas finalidades institucionais, tal fato não afastaria a ilegalidade vez que a arrecadação de valores referentes a essa espécie tributária como já apontado, só se legitima se este estiver sendo destinado ao custeio da previdência social.

Em outras palavras, não encontra respaldo legal a tese de que a Fundação arrecadaria esses encargos para reinvestir os valores nas suas finalidades sociais, pois

⁴PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. Contribuições - Teoria Geral e Contribuições em Espécie. 2^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

uma vez arrecadado encargo referente, no caso em comento, à contribuição previdenciária patronal, esses dinheiro obrigatoriamente deveria ser repassado ao INSS. Não existe assim, a opção do contribuinte em arrecadar esses valores e aplicá-los como bem entender.

Tratando-se de um contrato firmado com a Administração Pública, tal fato se agrava vez que, como já sustentado, tal cobrança está onerando o Estado. Nesse caso, vale salientar que a imunidade tributária conferida pelo art. 195, § 7º da CF/88 busca, em última análise, estimular particulares a contribuir com a Administração Pública para a prestação de serviços públicos essenciais o que torna a situação, no mínimo, contraditória de modo que, de um lado, o Estado estaria liberando o particular ao pagamento de tal contribuição – o que representa uma redução no custeio da área para a qual o tributo foi criado – e por outro lado estaria sendo onerado pelo particular – nesse caso pela Fundação Privada sem fins lucrativos – vez que a contratada incluiu esses valores no preço a ser ofertado na contratação.

Em relação à defesa da Fundação José Silveira, quando afirma que não há prejuízo ao Estado vez que ofereceu o menor preço, não se sustenta tal justificativa conforme já apontado, vez que a contratação foi realizada por dispensa emergencial e só houve a participação de duas interessadas de modo que não há como comparar os preços cobrados pelas empresas concorrentes em virtude da natureza jurídica distinta desses entes. É que as comparações, para serem legítimas, devem sempre tomar por base elementos idênticos. Assim, não há como comparar o preço oferecido por uma entidade privada com fins lucrativos e uma instituição privada sem fins lucrativos justamente pelo fato de ter esta última, inúmeros privilégios e incentivos fiscais.

Assim, não se pode afirmar que o preço ofertado pela Fundação José Silveira foi o melhor para a Administração, vez que não dispomos de oferta realizada por outra entidade privada sem fins lucrativos.

(v) Ilegalidade do repasse de valores referentes à Contribuição Patronal à Fundação José Silveira

Consta nos autos que a contratada (Fundação José Silveira) estaria obrigada a pagar os salários e os encargos sociais devidos pela sua condição de empregadora do pessoal prestador dos serviços contratados ao fiel cumprimento da legislação trabalhista, fiscal e previdenciária, a que estaria proibida de transferir estas obrigações à contratante.

No entanto, é possível constatar através de planilhas fornecidas pela Fundação José Silveira durante auditoria realizada em 2011 pela 2ª CCE (transcritas às fls. 25/26 dos autos), que a composição de preços do contrato incluiu na rubrica INSS mensal encargos das quais a Fundação goza de imunidade quais sejam: a contribuição patronal de 20% sobre o total da remuneração paga aos empregados; a parcela variável de 3% (SAT/RAT), e as contribuições a terceiros de 5,8% (SENAC/SESC/SESI de 2,5%; Educação de 2,5%; SEBRAE de 0,6%; e INCRA de 0,2%) a qual resultou num sobrepreço de 19,33% do valor contratado, correspondente aos 34,40% incluídos no preço sem amparo legal, conforme demonstra o Relatório da 2ª CCE (fls. 26 dos autos).

Ocorre que, como já apontado, a Constituição Federal libera as entidades beneficentes de assistência social do pagamento desse tipo de contribuição. Nesse sentido, dispõe a CF/88 no art. 195, § 7º que:

São **isentas** de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Conforme demonstrado anteriormente, a Fundação José Silveira possui certificado de entidade beneficente de assistência social nos moldes exigidos pela Lei 12.101/2009, o que a coloca no campo de incidência da norma supracitada. Desse modo, é possível concluir que a Fundação José Silveira não só onerou a contratante quando embutiu os

valores referentes ao pagamento de tais contribuições no preço do contrato, como o fez de forma ilegal, tendo em vista de goza de imunidade referente a parte destes encargos conforme demonstrado no texto supracitado.

A imunidade se constitui numa limitação ao poder de tributar. Ela impede que um ente da federação tribute fatos ou direitos por ela determinado. Segundo Paulo de Barros Carvalho, (2009, p.202)⁵ imunidade representa:

Classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas o texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expreso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.

Dessa forma, não há dúvida que, em consonância com a imunidade conferida pelo legislador Constituinte às entidades beneficentes de assistência social, e comprovado nos autos o preenchimento dos requisitos pela Fundação José Silveira, resta claro que a entidade faz jus à imunidade no que se refere à contribuição previdenciária patronal e que, portanto, não deve repassar ao Estado o ônus referente a esses valores, vez que tal ato seria antieconômico para o Estado e representaria enriquecimento ilícito da Fundação, pois se tratando de tributo de natureza finalística, é vedada sua aplicação para qualquer outra finalidade como já afirmado.

Instada a se manifestar acerca da cobrança irregular da contribuição previdenciária patronal, os gestores da SESAB alegaram que:

Jamais pediram o detalhamento das propostas de preços por se tratar de processo de dispensa, onde o rito é mais simplificado em relação à licitação e que a proposta da Fundação José Silveira foi escolhida por apresentar o valor mais baixo, como estabelece o critério do menos preço, adotado nesse caso.

Nesse sentido, cumpre observar que os processos de dispensa não detalharam os valores que compõem os preços, de forma que a Administração sequer teve

⁵CARVALHO, Paulo de Barros.

conhecimento acerca do preço de cada serviço e das parcelas que formaram a composição do valor cobrado pela Fundação José Silveira. Em sua defesa, a Sesab utiliza o art. 45 da Lei 8.666/93 para embasar o fato de que a administração deve se embasar apenas no critério menor preço para efetuar a contratação. No entanto, tal artigo se refere ao procedimento de licitação e não sobre dispensa emergencial.

Como bem apontado pelo relatório de auditoria, na dispensa emergencial, o gestor deve agir com maior rigor vez que esta tem procedimento próprio e menor publicidade. Além disso, a análise dos autos demonstra que a Sesab se sujeitou ao preço da Fundação José Silveira vez que, como já relatado, na maioria das dispensas, a Fundação José Silveira foi a única a apresentar proposta de preços.

Pelo fio exposto, é possível concluir que a SESAB não tem parâmetros para afirmar que a proposta da Fundação José Silveira foi a mais vantajosa para a Administração Pública, quer pelo fato de ser a única proponente na maioria dos procedimentos de dispensa realizados, quer pelo fato da SESAB não saber sequer o detalhamento dos preços contidos no valor global do contrato.

Cumpra pontuar que a própria Fundação José Silveira, ora afirma que não incluiu a cobrança do INSS patronal nas dispensas de licitação (fls. 224) e ora argumenta (fls. 228), que utiliza os valores considerados na rubrica “Encargos Sociais” e dos quais goza de imunidade, em serviços assistenciais, o que afasta o argumento anteriormente apresentado e a alegação de que não incluiu tal parcela no preço global e que os valores referentes à parcela da contribuição patronal teria sido indevidamente inserida em uma tabela produzida pela 2ª Coordenadoria.

Aduzem ainda os gestores, que o pagamento do INSS patronal à Fundação se legitima em virtude dos pareceres favoráveis da lavra do Promotor de Justiça Luiz Eugênio Fonseca Miranda e manifestação da Divisão da Isenção Previdenciária, no processo administrativo 44006.0001158/2003-41.

Em relação a este último argumento, como bem pontuado pelo Relatório da 2ª CCE (fls. 295/296), não há como acatar tal manifestação vez que o processo originário não foi acostado aos autos e que se trata de uma manifestação proferida em 2003. Tratando-se de matéria tributária, onde existe uma série de alterações legislativas e entendimentos administrativos e jurisprudenciais, seria muito frágil acatar entendimento esposado em época muito anterior àquela em que ocorreram os fatos analisados neste processo.

Em relação aos pareceres 65009/2012 e 17214/2007, exarado pelo i. promotor de fundações, alega o Promotor que, caso a Fundação José Silveira não cobrasse o tributo, estaria repassando sua imunidade para o Estado, fundamentando seu entendimento no art. 30 da Lei 12.101/2009, o qual dispõe:

A isenção de que trata essa Lei não se estende a entidade com personalidade jurídica própria, constituída e mantida pela entidade à qual a isenção foi concedida.

Cumprir apontar que o artigo é claro quando afirma que a isenção não se estende a entidade criada e mantida pela própria entidade beneficiada - neste caso a Fundação José Silveira - o que demonstra a impossibilidade de utilização deste artigo para justificar a cobrança do tributo pela entidade beneficente ao Estado vez que difere da situação tratada nos autos, pois, nos contratos analisados, a Fundação José Silveira atua, ela mesma, como intermediária de mão de obra de serviços médicos.

Para sustentar a tese de legalidade dos repasses, foi acostado aos autos ainda, decisão proferida pelo STJ no RE 186.175, o qual dispõe acerca de ICMS, situação que também difere desta discutida no caso em comento, impossibilitando o uso deste julgado como precedente – como se detalhará adiante.

Em casos que envolvam questões tributárias, faz-se imprescindível analisar a natureza do tributo bem como a relação jurídica tributária existente no caso concreto, a fim de que não se tome como fundamentação decisões que não se coadunam com a vertente em

questão, de modo a evitar equívocos de interpretação como o ocorrido neste processo.

Há realmente julgados do STF, nos quais é possível extrair o entendimento de que, se o contribuinte de direito goza de imunidade pessoal, aplica-se o benefício da imunidade. No entanto, se o contribuinte de fato é que goza da imunidade, não se aplicará a imunidade quando o contribuinte de direito não for imune. É o que se verifica a partir do trecho abaixo transcrito:

A Turma desproveu recurso extraordinário em que o Serviço Social da Indústria - SESI sustentava ser imune à tributação pela incidência de impostos (CF, 150, VI, c) ao argumento de que a extensão da proteção constitucional às operações de venda de mercadorias diretamente ao consumidor permitiria a venda de produtos a preços mais acessíveis, auxiliando na melhoria do padrão de vida de seus filiados. Na espécie, o tribunal local assentara que o ICMS não gravaria o patrimônio, nem as rendas, nem os serviços do SESI, uma vez que ele recairia sobre a comercialização de bens de consumo, sendo, na verdade, pago pelo consumidor. Inicialmente, reputou-se desnecessária, conforme sugerido pela Procuradoria Geral da República, a submissão do feito ao Plenário do STF, dado que não haveria pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade de norma estadual, bem como seria pacífica a jurisprudência da Corte pertinente à matéria. Observou-se que — não obstante as partes tivessem centrado sua atenção na caracterização, ou não, do SESI como entidade imune e de suas operações como beneficiadas pela garantia constitucional — haveria uma questão subjacente a qual deveria ser apreciada, sob pena de o eventual provimento do recurso extraordinário violar, por outro modo, o art. 150, VI, c, da CF (“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: ... VI - instituir impostos sobre: ... c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;”). Asseverou-se que a controvérsia de fundo estaria em se saber se a imunidade tributária se aplicaria às relações jurídicas formadas com fundamento na responsabilidade tributária ou na substituição tributária, que levariam à sujeição passiva indireta. Tendo em conta que o citado dispositivo constitucional refere-se somente às operações realizadas pela entidade imune, aduziu-se que o Estado não poderia colocar o SESI como contribuinte de imposto que grave o seu patrimônio, sua renda ou seus serviços, desde que imanentes às funções institucionais que lhe são atribuídas pela Constituição e pela legislação de regência. Ressaltou-se que a sujeição passiva tributária compreenderia os sujeitos passivos diretos — chamados pela legislação tributária de contribuintes — e os sujeitos passivos indiretos — os quais poderiam ser substitutos ou responsáveis tributários. Esclareceu-se que, nos termos do art. 121, parágrafo único, I, do CTN, somente poderia ser considerado contribuinte a pessoa que estivesse em relação pessoal e direta com a situação que constituiria o fato gerador e, da leitura conjunta dos artigos 121, parágrafo único, I e 128 do CTN, extrair-se-ia que a legislação tributária justificaria a sujeição passiva indireta, em termos econômicos, derivada da circunstância de o terceiro que for chamado a responder pela obrigação tributária estar ligado —

economicamente ou por outro tipo de nexos causal — ao fato jurídico tributário. Consignou-se que, na hipótese versada nos autos, a operação tributada consistiria na venda de feijão — por contribuinte localizado no Estado de São Paulo — ao SESI. Acrescentou-se que a legislação vigente à época estabelecia que, em tais operações de circulação de mercadoria, a cobrança do tributo seria diferida para o momento da entrada do bem no estabelecimento varejista adquirente. Aduziu-se que, no diferimento, a cobrança do tributo seria postergada para uma etapa posterior do ciclo produtivo, sem, contudo, acarretar mudança do referencial fático da tributação. Destarte, registrou-se que, em razão do uso da técnica de tributação mencionada, a entidade recorrente fora apontada como substituta pelo pagamento do valor devido originalmente pelo contribuinte. Concluiu-se que, seja na substituição, seja na responsabilidade tributária, não haveria o deslocamento da sujeição tributária passiva direta, eis que os substitutos e os responsáveis não seriam, nem passariam a ser, contribuintes do tributo. Asseverou-se que responsabilidade e substituição tributária versariam normas voltadas a garantir a máxima efetividade do crédito tributário, mediante a eleição de outros sujeitos passivos para garantir o recolhimento do valor devido a título de tributo. Assim, o responsável ou o substituto responderiam por obrigação própria, mas totalmente dependente da existência, ou possibilidade de existência, e da validade, da relação jurídica tributária pertinente ao contribuinte. **Assentou-se que a imunidade tributária não alcançaria a entidade na hipótese de ser ela eleita responsável ou substituta tributária, porquanto, em ambas as hipóteses, a entidade não seria contribuinte do tributo, pois não seriam suas operações que se sujeitariam à tributação. Enfatizou-se que os fatos jurídicos tributários referir-se-iam a outras pessoas, contribuintes, como o produtor-vendedor, no caso dos autos, e que, se tais pessoas não gozarem da imunidade, descaberia estender-lhes a salvaguarda constitucional. Afirmou-se não se tratar, também, de investigar quem suportaria a carga tributária para estabelecer o alcance da imunidade, pois, no quadro ora examinado, a busca pelo contribuinte de fato seria irrelevante, na medida em que existiria um contribuinte de direito, que seria o produtor-vendedor, descabendo estender-lhe o benefício, se ele não gozar da imunidade.** RE 202987/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 30.6.2009. (RE-202987) (grifamos)

No entanto, é preciso identificar que, no julgado supracitado, a entidade beneficente sem fins lucrativos ocupa situação diferente na relação jurídica tributária. Neste caso, a entidade beneficente é adquirente de produto e o contribuinte de direito é o produtor-vendedor. No caso do ICMS, o contribuinte de fato é o consumidor final do produto. Assim, não há como aplicar imunidade da qual goza o SESI nesse tipo de operação, vez que não de contribuinte desta relação tributária, figurando apenas como responsável.

Há ainda situações em que a entidade beneficente sem fins lucrativos figura como adquirente dos produtos ou serviços para suas finalidades institucionais. Nesse caso, segundo o STF, não incidirá o ICMS, seja quem for tendo em vista que a vez que a norma constitucional, ao conferir imunidade a essas entidades, visou proteger o patrimônio

destas.

Como é sabido, contribuinte de direito é aquele que está obrigado por lei ao pagamento do tributo. Já contribuinte de fato, é aquele que suporta o ônus econômico do pagamento do tributo. Entende ainda o STF que, se o contribuinte de direito goza de imunidade pessoal, aplica-se o benefício da imunidade. Por outro lado, se o contribuinte de fato goza da imunidade não será aplicável a imunidade se o contribuinte de direito não é imune.

É o que depreende do julgado a seguir transcrito:

Reexame necessário. direito tributário. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. imunidade tributária. importação de equipamento. entidade de assistência social. Na importação de equipamentos destinados à finalidade de entidade beneficente e de assistência social, incide a regra da imunidade constitucional relativa ao ICMS. A distinção entre impostos diretos e indiretos é irrelevante para a correta interpretação do art. [1](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/642045/artigo-150-da-constituicao-federal-de-1988)^{HYPERLINK "http://www.jusbrasil.com.br/topicos/642045/artigo-150-da-constituicao-federal-de-1988"}5^{HYPERLINK "http://www.jusbrasil.com.br/topicos/642045/artigo-150-da-constituicao-federal-de-1988"}0 inciso VI, alínea c da Constituição.

Precedentes. Tratando-se de hipótese de imunidade constitucional subjetiva, a alteração promovida pela EC 31/2001 ao art. 155, § 2º, inciso IX, alínea a, da CRFB é irrelevante.

SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA.

[...]

DECISÃO MONOCRÁTICA

Vistos.

Trata-se de reexame necessário da sentença (fls. 90-4) que concedeu a ordem nos autos do mandado de segurança com pedido de liminar impetrado pela FUNDAÇÃO HOSPITALAR SANTA TEREZINHA DE ERECHIM em face do DELEGADO DA RECEITA PÚBLICA ESTADUAL DE NOVO HAMBURGO/RS.

A decisão em reexame entendeu por conceder a ordem considerando que há imunidade constitucional da impetrante em relação ao ICMS na importação dos produtos mencionados na petição inicial, bem como de inscrevê-la em dívida ativa ou cadastros de inadimplentes pelos mesmos fatos, por força do art. 150, inciso VI, alínea c da Constituição Federal, porquanto entidade beneficente de assistência social, sem finalidade lucrativa.

Subiram os autos a este E. Tribunal de Justiça e o Ministério Público manifestou-se pela confirmação da d. sentença (fls. 97-102v).

Vieram-me conclusos os autos para julgamento.

É o relatório.

É de ser confirmada a sentença em reexame necessário, forte no artigo 557 do CPC e à luz do verbete da Súmula nº 253 do e. STJ1.

A impetrante fundamenta sua pretensão na existência de imunidade subjetiva prevista no art. 150 , inc. VI, alínea c, da Constituição Federal, a prescrever:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

(..)

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

As hipóteses de imunidade, previstas constitucionalmente, destinam-se à promoção dos direitos fundamentais e de outros valores constitucionalmente relevantes, como a educação, a saúde, a liberdade religiosa e a liberdade de organização partidária.

O dispositivo constitucional antes referido concede imunidade: a) aos partidos políticos e suas fundações; b) às entidades sindicais dos trabalhadores; c) às instituições de educação; d) às instituições de assistência social sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

Para gozar de tal benefício, em primeiro lugar, deve-se compreender que a parte terá direito à imunidade apenas se *atendidos os requisitos da lei*.

Ora, a impetrante é entidade beneficente de assistência social que presta serviços nas áreas da educação, pesquisa, saúde e assistência social, enquadrando-se como entidade imune. Interpretando o conceito de “instituições de assistência social” leciona Leandro Paulsen: 2

As instituições de assistência social, também beneficiárias da imunidade, são aquelas que desenvolvem uma das atividades descritas no art. 203d a CF

Não se exige filantropia, ou seja, não se exige que atuem, exclusivamente, com pessoas carentes, de modo gratuito e universal e que dependam exclusivamente de donativos. Podem exercer atividade econômica rentável, desde que sem finalidade de lucro, ou seja, desde que revertam seus resultados para a atividade assistencial.

Como definido pelo Supremo Tribunal Federal, em liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.028, deve prevalecer o conceito lato de assistência social, tendo em vista o cunho nitidamente social de nossa Constituição, em que toda entidade filantrópica pode ser considerada beneficente, mas em que nem toda entidade beneficente é necessariamente filantrópica.

Destarte, vê-se que a parte está ao abrigo da imunidade constitucional.

Não há falar que a interpretação constitucional da regra de imunidade não permite estendê-la aos impostos que admitam a transferência do ônus econômico a terceiros, ou seja, aos denominados impostos indiretos, como é o caso do ICMS.

Com efeito, não há fazer essa distinção para fins de interpretação da imunidade constitucional. No julgamento da Apelação Cível nº 70022306567,

em 04/06/2008, o eminente Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano bem ponderou a respeito desse tema:

*Quando se observam os tributos do ponto de vista da competência e da tipicidade constitucional que condiciona o legislador inferior, seja para a instituição seja para a alteração, não há como não se reconhecer **que todos os impostos são sobre o patrimônio**, pois o tributo e a relação jurídica tributária – a obrigação tributária – têm caráter eminentemente **patrimonial**. O que pode variar é o **ângulo do patrimônio** que o legislador elege ao erigir o fato gerador dos tributos.*

Assim, nessa linha de raciocínio, os tributos atingem sempre o patrimônio e o que varia é apenas o aspecto patrimonial que é tomado em consideração pelo legislador como hipótese de incidência dos diversos tributos.

*Nessas circunstâncias, ora o patrimônio é considerado do ponto de vista **estático**, como **riqueza possuída ou acumulada**, em estado de **repouso**, e aí se têm os impostos sobre a **propriedade**, como o IPTU, o ITR e o IPVA; ora os tributos atingem o patrimônio do ponto de vista **dinâmico**, seja como mera **mutação patrimonial permutativa**, sem considerar se há ou não acréscimo ou aumento patrimonial para os envolvidos, como são os casos dos impostos sobre a **circulação** de bens e da propriedade, de que são exemplos o ICMS, o IPI, o ITBI, etc.; e ora os tributos atingem o patrimônio do ponto de vista **dinâmico**, mas restritamente às mutações patrimoniais não apenas permutativas, mas fundamentalmente as **acrescentativas ou aumentativas**, isto é, aquelas que, além de modificarem o patrimônio, representam acima de tudo uma modificação que representa **acréscimo patrimonial**, como é o caso do IR.*

Assim, todos os tributos sempre incidem sobre o patrimônio, pois a relação jurídica tributária é uma relação de conteúdo eminentemente patrimonial, e o que varia são apenas os aspectos patrimoniais tomados em consideração para efeito da configuração legal do fato gerador ou hipótese de incidência.

*Como se sabe da boa hermenêutica, não se deve recorrer à legislação infraconstitucional, seja complementar ou ordinária, para interpretação da **Constituição**. O alcance das normas constitucionais deve ser definido tendo como parâmetro unicamente as disposições da própria Constituição, visualizando-se a Carta Magna como unidade de sentido.*

Por isso que os critérios infraconstitucionais de classificação dos impostos, como, v. g., sobre a produção, circulação, comércio exterior, patrimônio, etc., utilizados, por exemplo, pelo CTN, não podem ser utilizados para o fim de determinar o alcance da imunidade constitucional prevista no art. 150, inciso VI, letra 'a', da Constituição Federal.

E o C. STF, em inúmeras oportunidades, já decidiu nesse sentido, do que são exemplos as seguintes decisões:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. C.F., ART. 150, VI, C.

I. - Não há invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas

infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. O que cumpre perquirir, portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade abrangida pela imunidade. II. - Precedentes do STF. III. - R.E. não conhecido. Votação: Unânime. Resultado: Não conhecido.”

(Recurso Extraordinário nº 203755-9/ES, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Carlos Velloso. Recorrente: Estado do Espírito Santo. Recorrido: Instituto de Ensino Superior Professor Nelson Abel de Almeida. j. 17.09.96, DJU 08.11.96, p. 43221).

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. C.F., art. 150, VI, c, I:

. - Não há invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. O que cumpre perquirir, portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade abrangida pela imunidade. II. - Precedentes do STF. III. - Agravo não provido.”

(AI 389118 AgR/SP, STF, 2ª T., Relator Min. CARLOS VELLOSO)

“Constitucional. Tributário. ICMS. Imunidade. Instituição de educação sem fins lucrativos (CF, art. 150, VI, c). Acórdão recorrido no sentido da imunidade confirma a orientação fixada nos RE 203.755, RE 87.913, RE 89.173, RE 88.671, RE 193.969, RE 186.175, RE 225.671 (AgRg) e RE 210.251. Regimental não provido.”

(RE 237497 AgR/SP, STF, 2ªT., Relator Min. NELSON JOBIM)

Além desse precedente podem-se citar: RE nº 87913/SP, RE nº 88671/RJ, RE nº 89173/SP, RE nº 186175-4/SP, RE nº 193969-9/SP, RE 210251-2/SP e AC nº 97127/SP, esta do antigo TFR.

A corroborar essa orientação, como uma espécie de outro lado da mesma moeda, pode-se citar outro julgado, no qual o C. STF entendeu que entidade imune ao imposto, que vende produtos sujeitos ao ICMS, não tem direito de não pagar o tributo exatamente porque este repercute economicamente no comprador que não é imune à exceção. Na verdade, é o comprador quem ao fim e ao cabo suporta o ônus do tributo. Eis a ementa do precedente:

“ICMS. Entidade de assistência social. Alegação de imunidade. - Esta Corte, quer com relação à Emenda Constitucional n. 1/69 quer com referência à Constituição de 1988 (assim, nos RREE 115.096, 134.573 e 164.162), tem entendido que a entidade de assistência social não é imune à incidência do ICM ou do ICMS na venda de bens fabricados por ela, porque esse tributo, por repercutir economicamente no consumidor e não no contribuinte de direito, não atinge o patrimônio, nem desfalca as rendas, nem reduz a eficácia dos serviços dessas entidades. Recurso extraordinário não conhecido.”

(RE 281433/SP, STF, 1ª T., Relator Min. MOREIRA ALVES, j. em 06/11/2001, unânime, DJU de 14/12/01).

(...)

Assim, no caso da importação por instituição de educação e de assistência social, não há dúvida de que incide a imunidade constitucional.

Logo, independentemente da natureza do imposto, direto ou indireto, ele não incidirá sobre o patrimônio ou a renda da entidade ou instituição com finalidade de assistência social, em face da regra constitucional de exclusão do fato impositivo.

Para que a entidade seja considerada de assistência social, contudo, é indispensável que preencha os requisitos insculpidos no art. 14 do CTN, quais sejam:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão

Analisando o estatuto da impetrante, constata-se que suas finalidades são eminentemente sociais (art. 2º, fl. 43), aplica integralmente suas receitas no território nacional e não realiza distribuição de lucros ou dividendos (arts. 7º, fl. 46).

Além disso, a impetrante foi declarada instituição de utilidade pública pela Lei-Erechim nº 2902/1997 (fl. 29), a evidenciar que preenche os requisitos estabelecidos em lei para ser enquadrada como entidade de assistência social. Logo, está protegida pela norma constitucional da imunidade, razão pela qual não lhe é exigível o ICMS na aquisição dos equipamentos descritos na petição inicial, porquanto destinadas às suas finalidades essenciais (art. 150, § 4º, CF). Nesse sentido, colaciono precedente do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 669257/RS 2009 - ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA. RELATOR: MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI. JULGAMENTO EM 17/03/2009.

TRIBUTÁRIO. ICMS. IMUNIDADE. OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA REALIZADA POR ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL.

AGRAVO IMPROVIDO. I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que a imunidade prevista no art. [150, VI, c](#), da [Constituição Federal](#) abrange o ICMS incidente sobre a importação de mercadorias utilizadas na prestação de seus serviços específicos. II - Agravo improvido.

Idêntico é o entendimento deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO Nº 70024686255, VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARCO AURÉLIO HEINZ, JULGADO EM 15/10/2008

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE MERCADORIA IMPORTADA. INSTITUIÇÃO BENEFICENTE E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMUNIDADE. ART. [150, VI, C](#), da [CF](#). A imunidade prevista no art. [150, VI, letra 'c'](#), da [Constituição Federal](#).

Em favor das instituições beneficentes e de assistência social, abrange o ICMS

na importação de bem a ser utilizado na prestação de seus serviços. Não é adequada a distinção entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. O que cumpre perquirir é se o bem adquirido no mercado interno ou externo integra o patrimônio da entidade abrangida. Precedentes do STF. Apelação desprovida, sentença mantida em reexame necessário.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70027796267, VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA, JULGADO EM 05/03/2009

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ICMS. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. INTEGRAÇÃO AO ATIVO FIXO. INSTITUIÇÃO ASSISTENCIAL SEM FINS LUCRATIVOS. PROVA. CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DO CNAS. DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA FEDERAL E ESTADUAL. INSCRIÇÃO NO CONSELHO MUNICIPAL DE

ASSISTÊNCIA SOCIAL. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. Afigura-se desnecessária a produção de prova pericial a fim de comprovar a condição de instituição assistencial sem fins lucrativos, para o fim de fazer jus à imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso IV, alínea c, da Constituição da República, de pessoa jurídica à qual foi conferido o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social do Conselho Nacional de Assistência Social e que foi declarada, por lei, de utilidade pública federal e estadual e está inscrita no Conselho de Assistência Social do Município de Porto Alegre. Recurso provido.

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO Nº 70024713802, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ARNO WERLANG, JULGADO EM 26/11/2008

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ENTIDADE BENEFICENTE. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS NO MERCADO EXTERNO PARA USO PRÓPRIO. INSTITUIÇÃO ASSISTENCIAL MANTENEDORA DE HOSPITAIS. (IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE PORTO ALEGRE): NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS. Nas aquisições de mercadorias do exterior, o sujeito passivo da obrigação tributária é o importador. Nesse caso, quando a entidade beneficente for a própria importadora, restará afastada a incidência do ICMS, porquanto, ao ser tributado o bem importado, na prática, se estará tributando o próprio patrimônio da entidade beneficente. Os critérios infraconstitucionais de classificação dos impostos não podem ser utilizados para o fim de determinar o alcance da imunidade constitucional prevista no art. 150, inciso VI, letra a, da Constituição Federal. No caso da importação por instituição assistencial, incide a imunidade constitucional relativamente ao ICMS. RECURSO DESPROVIDO.

A outro turno, sendo o caso de **imunidade na aquisição de bem**, descabe qualquer discussão a respeito da aplicação do art. 155, § 2º, IX da Constituição Federal, ou seja, da incidência ou não de ICMS pelo fato de a adquirente ser sociedade civil, não contribuinte habitual do ICMS, após a edição da Emenda Constitucional nº 33/01, pois, segundo PAULSEN3:

A referência, na nova redação da alínea a, a “qualquer que seja a sua finalidade” diz respeito ao bem ou mercadoria importados e não a pessoa que a importa. Na redação anterior, havia referência à mercadoria importada e ao bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, o que restringia a incidência, gerando os questionamentos quanto à impossibilidade de incidência quando não se tratasse de mercadoria e quando não houvesse estabelecimento. A nova redação veio contornar tal restrição, ampliando para alcançar bem ou mercadoria, importada por pessoa física ou jurídica e seja

*qual for a destinação ou finalidade de bem ou mercadoria. Esta perspectiva do contexto do surgimento da nova redação não deixa dúvidas sobre o alcance d novo dispositivo. **A par disso, não se poderia concluir pela revogação tácita do art. 150, VI, c, da CF , que estabelece uma limitação ao poder de tributar e continua íntegro, produzindo todos os seus efeitos.***

Ou seja, o art. 155, § 2º, IX da Carta Magna tão somente indica a incidência do ICMS também sobre operações de importação de bens que não se destinem à comercialização: também quem é destinatário final da mercadoria e não pretende fazê-la circular no mercado interno figura como contribuinte do imposto.

A Emenda Constitucional n. 33 de 2001 não derroga, portanto, as imunidades subjetivas previstas pelo art. 150 da Constituição Federal , o que, diga-se, nem mesmo seria possível se levado em conta o *status* de cláusula pétreas das limitações ao poder de tributar (art. 60, § 4º, IV).

Destarte, indevida a cobrança de ICMS sobre a importação dos bens listados na petição inicial da parte impetrante, porquanto vinculados às suas finalidades essenciais, objetivos estes que a Constituição de 1988, por meio de ações públicas e privadas, busca promover.

Dessa feita, não merece reparos a sentença.

Ante o exposto, confirmo, de plano, a sentença em reexame necessário.

Intimem-se. Porto Alegre, 16 de abril de 2014. **Rel. Des.^a Denise Oliveira Cezar.**

No caso em comento, o Estado da Bahia é o contribuinte de fato enquanto a Fundação José Silveira é o contribuinte de Direito, o que deixa claro que a imunidade se aplica independentemente de quem seja o contribuinte de fato.

Pelas razões expostas, não procede o argumento da legalidade do repasse de valores referentes à contribuição patronal à Fundação José Silveira, sob o argumento de que estaria a FJS transferindo a imunidade do art. 195, § 8º, CF para o Estado.

(vi) Mau uso do Precedente Judicial para tentar justificar o pagamento dos valores referentes à contribuição patronal à Fundação José Silveira pela SESAB

Consta nos autos decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no RE nº

932.647 para fundamentar a legalidade do repasse de valores referentes à contribuição patronal à Fundação José Silveira.

No entanto, é possível estar atento para o fato de que a decisão acostada aos autos não pode servir como fundamento vez que a decisão em comento tem como base a discussão de outra espécie de tributo, no caso o ICMS bem como a situação jurídica diversa.

O precedente invocado trata de venda de mercadorias. Já o caso que ora se analisa, diz respeito a locação de mão de obra para prestação de serviço médico e discute repasses referentes a contribuições previdenciárias, que são tributos que se diferenciam dos impostos em vários aspectos, dentre eles, o fato de serem tributos com finalidade vinculada conforme já foi abordado em tópico próprio.

No referido julgado, o contribuinte de fato é uma entidade de assistência social. Aqui no caso que ora se analisa, como já afirmado, o contribuinte de fato é o Estado – SESAB – pois esta que irá suportar o ônus econômico do pagamento do tributo.

Não procede a alegação contida nos autos de que a cobrança da contribuição patronal deve ser feita pela Fundação José Silveira, sob a alegação de que, caso não o faça estaria transferindo sua imunidade para o que se refere Trata do RE nº 932.647 que dispõe acerca de ICMS. Neste recurso, o STJ trata da legitimidade ad causam do contribuinte de fato para postular a devolução de tributo de repercussão indireta, no caso, ICMS, inexistindo dúvida acerca da impossibilidade de invocar tal precedente para fundamentar a questão referente a contribuição patronal enfrentada nesta inspeção.

Em relação aos precedentes, importante atentar para o fato de que, se por um lado o uso da teoria dos precedentes judiciais tenha se tornado essencial em todos os ordenamentos jurídicos, inclusive naqueles que tradicionalmente adotam o *civil law*, como é o caso do Brasil, por outro lado é preciso ser criterioso no uso desse instituto. Para isso é preciso ter noção clara do que é um precedente e seus elementos, a fim de evitar equívocos na sua

aplicação.

Numa concepção ampla, precedente judicial seria o conjunto de decisões proferidas por qualquer órgão jurisdicional, seja ele de primeira, segunda ou terceira instância, tendo ou não caráter vinculante (GOMES, 2011)⁶. O precedente surge como uma regra a ser aplicada num determinado caso concreto e, a partir daí, essa regra poderá ser aplicada a diversos casos semelhantes (TUCCI, 2004)⁷.

De acordo com as lições de Fredie Didier Junior; Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (2010, p. 381)⁸.

É sabido que qualquer decisão judicial pode se tornar um precedente. No entanto, é preciso identificar qual parte da decisão judicial funcionará como paradigma para casos futuros. Nesse contexto, torna-se imprescindível conhecer todos os elementos que o compõem de forma que se saiba identificar, no caso concreto, quais as partes da decisão que formará o precedente. Isso porque o precedente será extraído apenas de uma parte da decisão, sendo que existirá outra parte que não formará, de fato, o precedente judicial. Assim, torna-se indispensável conhecer os elementos do precedente, à medida que de uma decisão judicial possam ser extraídos um, vários ou até nenhum precedente.

⁶GOMES, Matheus Barreto. Precedentes vinculantes como instrumentos de efetivação do direito fundamental ao tratamento isonômico. *Teses da Faculdade Baiana de Direito*, Salvador: Faculdade Baiana de Direito, v. 3, 2011, p. 269-299.

⁷TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁸DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*: 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 2.

A essência do precedente é a *ratio decidendi*, ou seja, a tese jurídica acolhida pelo julgador no caso concreto, também chamada pelos norte-americanos de holding. Ela compõe o núcleo essencial do precedente, que poderá servir como diretriz para casos semelhantes e consiste nos fundamentos jurídicos que sustentam a decisão (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2010)⁹. É a razão primeira de decidir. *Prima facie* configura-se na tese jurídica ou na interpretação que foi dada a determinada norma aplicada na decisão. A *ratio* está contida na fundamentação, mas com ela não se confunde (MARINONI, 2010).

Conforme se observa, o mau uso do precedente judicial pode gerar insegurança jurídica. Não se pode manipular o precedente judicial a fim de utilizá-lo em benefício daquilo que se quer sustentar. O uso da teoria dos precedentes judiciais requer estudo, conhecimento apurado acerca dos institutos e ética na sua utilização.

Pelo exposto, resta claro que a Fundação jamais poderia incluir o INSS Patronal no preço final do contrato tendo em vista: a imunidade que dispõe, a qual retira a entidade da obrigação de pagar o tributo; a natureza finalística do tributo, a qual proíbe que o valor arrecadado seja utilizado para qualquer outra finalidade – que não o repasse à Receita Federal - ainda que se trate de reinvestimento nas finalidades institucionais da Fundação; a configuração de crime de enriquecimento ilícito, porque que o Estado estaria repassando valor destinado a tributo vinculado que não será repassado aos cofres da previdência social, devido ao fato de que a Fundação José Silveira goza de imunidade em relação ao referido tributo.

Dessa forma, dúvida inexistente acerca da ilicitude do pagamento de valores referentes à contribuição previdenciária patronal feita pelo Sesab à Fundação José Silveira nos contratos ora analisados.

(VII) Prejuízo ao cômputo da aplicação as Transferências Constitucionais

⁹DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*: 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 2.

obrigatórias para a Saúde

A CF/88, entendendo a essencialidade dos serviços de saúde e educação, estabeleceu que os entes Federais deveriam obedecer a percentuais mínimos de aplicação de recursos nestes setores. É o que se verifica a partir da leitura do art. 198, § 2º e 3º da CF/88 conforme se observa a seguir:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

[...]

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

[...]

Regulamentando tal dispositivo, a LC nº 141 no seu art. 6º dispõe que:

Art. 6º - Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

No caso de contratos analisados, nos quais foi observado sobrepreço face à inclusão indevida nas planilhas de custos de encargos sociais no percentual de 34,40%, como já apontado, é possível afirmar que esses valores acabam por comprometer a fidedignidade dos valores que dizem respeito ao mínimo a ser aplicado na saúde, o que impõe uma análise apurada acerca da possibilidade de desconsiderar esses valores repassados indevidamente à Fundação José Silveira, quando da análise acerca da aplicação desses valores mínimos na saúde.

3. Conclusão

Dessa maneira, nos termos da Lei Orgânica e do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, o Ministério Público de Contas **OPINA:**

- a) que a SESAB se abstenha de realizar contratações por dispensa emergencial reiteradamente, desde 2003, carentes de fundamentação legal, a exemplo destas verificadas no bojo desta inspeção;
- b) que sejam devolvidos a SESAB os valores referentes à contribuição patronal, incluídos indevidamente no valor final do contrato firmado entre a SESAB e a Fundação José Silveira;
- c) que seja recomendada à PGE maior agilidade em seus pronunciamentos nos casos que envolvem contratações sem procedimento licitatório;
- d) que sejam estes autos encaminhados ao Ministério Público Estadual para que sejam adotadas as medidas cabíveis em relação às irregularidades verificadas nos contratos analisados e na atuação do Promotor responsável pelas Fundações, Sr. Luiz Eugênio;
- e) que a SESAB adote as providências necessárias à realização de concurso público

para substituição dos empregados públicos admitidos em seus quadros funcionais sem a observância da exigência contida no art. 37, II, da Constituição Federal e art. 12, § 1º, da Lei Estadual n. 11.371/09;

f) que seja aplicada a multa prevista no art. 35, II e III da Lei nº 005/91 aos responsáveis pelas irregularidades apontadas no bojo desta inspeção;

h) pela juntada do presente processo de inspeção às contas da SESAB referentes ao exercício 2012;

g) por fim, que sejam adotadas as providências administrativas necessárias para a correção e prevenção das demais irregularidades detectadas pela auditoria deste Tribunal;

Salvador, 13 de agosto de 2014.

MARCEL SIQUEIRA SANTOS

Procurador do Ministério Público de Contas

ATENÇÃO: ESTE DOCUMENTO NÃO FOI ASSINADO ELETRONICAMENTE. As assinaturas realizadas deverão ser autenticadas através do seu original em papel ou versão digitalizada e assinada eletronicamente. Sua autenticidade só pode ser verificada através do seu original em papel ou cópia digitalizada assinada eletronicamente.