

***A IMPORTÂNCIA DOS ENDOWMENTS OU FUNDOS PATRIMONIAIS NA CAPTAÇÃO
DE RECURSOS PARA AS ENTIDADES INTEGRANTES DO TERCEIRO SETOR E O
PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA***

José Eduardo Sabo Paes^{**}

Adair Siqueira de Queiroz Filho^{***}

RESUMO

Procura-se demonstrar no desenvolvimento do texto que os chamados *endowments* são estruturas que recebem e administram bens e direitos, majoritariamente recursos financeiros, que são investidos com os objetivos de preservar o valor do capital principal na perpetuidade, inclusive, contra perdas inflacionárias, e gerar resgates recorrentes e previsíveis para sustentar financeiramente um determinado propósito, uma causa ou uma entidade.

Palavras-Chave: endowments; terceiro setor; princípio da livre concorrência

ABSTRACT

Seek to demonstrate the development of the text that called endowments are structures that receive and manage assets and rights, mostly financial resources that are invested with a view to preserving the value of the main capital in perpetuity, even against inflationary losses, and generate recurring and predictable redemptions to financially support a particular purpose, a cause or an entity.

Keywords: endowments; third sector; principle of free competition

Artigo recebido em: 28/09//2014

Artigo aceito em: 30/10/2014

^{**} Coordenador do NEPATS Núcleo de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor. Procurador de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal. Doutor em Direito Constitucional pela Universidad Complutense de Madri. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília - UCB.

^{***} Membro do NEPATS. Advogado. Conselheiro da OAB/DF. Professor do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Mestre em Direito Tributário Contemporâneo pela Universidade Católica de Brasília - UCB. Pós-graduado em Direito de Empresa pela PUC/Minas. Pós-graduado em Direito Civil pela PUC/Minas.

Introdução

Aludidos fundos patrimoniais têm encontrado recente guarida no processo legislativo e no ordenamento jurídico pátrio, por meio, respectivamente, do Projeto de Lei nº 4643/12 e da novel Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014¹.

O PL 4643/12, de autoria da Deputada Bruna Furlan, em análise na Câmara, estabelece que será criado em cada instituição um fundo patrimonial para administrar recursos de doações ou outras fontes, e esse dinheiro será utilizado no financiamento da pesquisa e da extensão universitárias, e o referido fundo gerido por um conselho de administração composto por cinco integrantes, presidido pelo reitor ou autoridade equivalente.

O projeto determina também que as regras sobre o funcionamento do conselho e da política de investimentos e resgate dos recursos serão definidas em estatuto e a gestão do fundo patrimonial seja semelhante à dos demais fundos de investimentos.

No referido projeto as aplicações financeiras serão geridas por um comitê de investimentos indicado pelo conselho de administração, com notórios conhecimentos e experiência no mercado. Programas e projetos de pesquisa poderão ser financiados exclusivamente com o rendimento das aplicações financeiras. Em nenhuma hipótese será permitida retirada de montante superior a 10% dos recursos que integram os bens do fundo. Em caso de dissolução, os recursos do fundo serão revertidos para a instituição a que pertence, prossegue a proposta.

Por sua vez a Lei nº 13.019, estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público, define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil, institui o termo de colaboração e o termo de fomento.

Destaque-se que a referida lei nº 13.019, não só permitiu, mas determinou que os recursos recebidos enquanto não empregados nas finalidades das Entidades serão obrigatoriamente aplicados em caderneta de poupança, para o caso do período igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos de dívida pública, se igual ou inferior a um mês.

Ainda assim, registrou aludido Diploma Legal outra modalidade de absorção de recursos, que são os rendimentos das aplicações financeiras e os eventuais saldos remanescentes. Ditos aplicações e saldos remanescentes serão obrigatoriamente aplicados no objeto da parceria, e isso sem estabelecer prazos, em conjunto ou

¹A Lei nº 13.019/14, consoante alteração da Lei nº 13.012, de 26 de fevereiro de 2015, entrará em vigor em 30 de julho de 2015.

isoladamente, independentemente da ordem especificada, bem como, poderão ainda ser aplicados pela entidade na ampliação de metas do objeto da parceria, todavia, desde que esta ainda esteja vigente e submetida a aprovação de novo plano de trabalho pela administração pública.

Ressalte-se que a jurisprudência do Pretório Excelso erigida a partir do século XXI, especificamente concernente ao IOF e ao IR, está em perfeita harmonia com a novel Lei 3.019/14, razão pela qual os *endowments*, as cadernetas de poupanças, fundos de aplicações e os rendimentos das aplicações financeiras das Entidades de Interesse Social estariam albergados pelo beneplácito da imunidade tributária.

Tenta-se, por conseguinte, verificar o sentido da expressão 'sem fins lucrativos' disposta no Texto Constitucional, no sentido que a Entidade de Interesse Social foi criada, não para dar lucro ao seu criador ou gestor, mas para atingir uma finalidade altruísta.

As associações civis sem fins lucrativos de natureza social e as fundações privadas, para efeito de imunidade, não têm que ser gratuitas, e elas podem e devem cobrar por seus serviços ou bens que forneçam, como também devem aplicar as sobras de caixa em fundos de investimento, o que conduz a uma gestão por excelência de seus dirigentes.

Não menos diferente é o que se almeja esclarecer ao se desenvolver as rendas e *superávits* antípodas ao lucro, tendo em vista que se sustenta a possibilidade das Entidades de Interesse Social obterem sobras de caixa e constituírem patrimônio, sendo-lhes vedado tão somente a sua distribuição, o que caracterizaria o lucro, típico de empresários.

E é nesse contexto que se chega à colocação que, não são apenas as sociedades empresárias constantes do Segundo Setor que perseguem atividades econômicas organizadas para a produção ou circulação de bens e de serviços, haja vista que não são poucas as Entidades de Interesse Social que prevêem em seus estatutos sociais o exercício dessas atividades relacionadas às suas principais, ao passo que, os resultados econômicos obtidos nessas atividades empresariais secundárias sejam obrigatoriamente revertidos em favor da primeva principal.

Feitas essas elucubrações é que se almeja construir o entendimento que as Entidades de Interesse Social devem guardar respeito ao princípio da livre concorrência.

Apesar de parte doutrina embasar que, para efeitos de imunidade tributária, quando aludidas Entidades exercerem atividades econômicas, dever-se-ia ocorrer a exação dos impostos, faz-se a revisão de princípios e uma análise sistemática da Carta Magna, que resulta na existência de primazia de princípios, onde deve prevalecer a dignidade da pessoa humana conjugada com os direitos sociais da saúde, educação e assistência social em detrimento da livre iniciativa, tudo para se verificar que realmente o escorrito é manter a ditas Entidades o beneplácito da limitação do poder de tributar.

Quanto à ordem econômica e financeira, estabelece-se a livre concorrência da Entidade de Interesse Social exercente de atividade econômica, mas há a vedação concernente à concorrência desleal, bem como a infração à ordem econômica.

1 *Endowments*: a captação de recursos ao Terceiro Setor

Endowment, da tradução literal do inglês, significa dotação, podendo-se entender, inicialmente, por fundos de dotação, mas que hoje encontra guarida em fundo patrimonial.

Endowments como cedição são estruturas que recebem e administram bens e direitos, majoritariamente recursos financeiros, que são investidos com os objetivos de preservar o valor do capital principal na perpetuidade, inclusive, contra perdas inflacionárias, e gerar resgates recorrentes e previsíveis para sustentar financeiramente um determinado propósito, uma causa ou uma entidade.

Felipe Linetzky Sotto-Maior, em introdução e analogia ao direito comparado, sustenta que os *endowments*, criados para as mais diversas causas de interesse coletivo, permitiram às entidades filantrópicas e educacionais edificar uma base financeira sólida, capaz de sustentar ou complementar suas atividades com recursos gerados a partir de seu próprio patrimônio.

Tornando, desta forma, as entidades menos dependentes de novas doações e patrocínios, com maior estabilidade financeira e viabilidade operacional, permitindo que essas instituições se organizassem e crescessem a proporções que antes estavam fora de seu alcance.

Ao fim, Sotto-Maior afirma que existe espaço no Brasil para a criação de uma estrutura semelhante, apesar dos desafios que ainda precisam ser enfrentados, e que, além das universidades, alguns dos maiores *endowments* do mundo servem a causas sociais, sendo a principal forma de custeio das atividades de diversas fundações e associações sem fins lucrativos.²

Já Chris Russel³ explica que os fundamentos da estratégia de investimento estão à cargo de curadores, que são responsáveis pela administração de ativos e de implementação da missão de sua dotação ou fundação, e, quase invariavelmente, delegam a gestão desses ativos a agentes que são profissionais de investimento.

O Ordenamento Jurídico Brasileiro tem evoluído nesses correlatos moldes, consoante propõe o PL nº 4643/12, de autoria da Deputada Bruna Forlan e agora, recentemente, alterada pelo substituto Deputado Paulo Teixeira que institui os fundos patrimoniais com o propósito único de reunir, gerir e destinar recursos para o custeio de atividades de interesse público exercidas por fundações e associações de direito privado sem fins lucrativos e por instituições de ensino superior públicas ou

²**Revista de Direito do Terceiro Setor** – RDTS. Belo Horizonte. Ano 5. Nº 10. julho/dezembro 2011. pp. 65-95. Publicação semestral.

³ RUSSELL, Chris. *Trustee Investment Strategy for Endowments and Foundations*. West Sussex, Inglaterra: John Wiley & Sons, Ltd., 2006.

privadas sem fins lucrativos, e a constituição de fundo patrimonial vinculado deve ser feita por escritura pública pela entidade apoiada com dotação inicial de bens livres, que serão transferidos à propriedade do fundo tão logo este esteja inscrito no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas.

Ressalta-se que o texto aprovado na Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados é o resultado do trabalho do Grupo de Estudos sobre Fundos Patrimoniais, criado e coordenado em parceria pelo IDIS – Instituto para o Desenvolvimento do Investimento Social e pela Vérios Investimentos, atual denominação da Endowments do Brasil, com apoio do GIFE – Grupo de Institutos Fundações⁴.

No âmbito da Lei nº 13.019/14, dita captação de recursos está expressamente disposta no art. 51 e parágrafo único⁵ combinado com o art. 57⁶ e parágrafo único.

Extraí-se da exegese dos dispositivos ora colacionados, que aludido Diploma Legal não só permitiu, mas determinou que os recursos recebidos enquanto não empregados nas finalidades das entidades serão obrigatoriamente - zelosa redundância, aplicados em caderneta de poupança, para o caso do período igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos de dívida pública, se igual ou inferior a um mês.

Essa captação de recursos é para o caso específico de recursos que, muito embora tenham sido transferidos, ainda não foram empregados nas finalidades das entidades.

⁴ O Grupo de Estudos contou com a participação de mais de 40 membros e 90 ouvintes, ao longo de 14 meses, entre dezembro de 2012 e janeiro de 2014. A proposta produzida por esse grupo foi encaminhada pelos coordenadores à Secretaria Geral da Presidência e à Câmara dos Deputados, onde foi recebido como a solução mais adequada e desenvolvida para o eixo estruturante da sustentabilidade das organizações do Terceiro Setor.

O Substitutivo, que institui o fundo patrimonial vinculado como um novo tipo societário e cria incentivo fiscal correspondente, recebeu contribuições da Secretaria Geral da Presidência da República, e passou também a: (i) instituir incentivo fiscal para pessoas físicas que doem a organizações da sociedade civil em geral, desde que as donatárias estejam inscritas no Cadastro Nacional de Entidades Sociais do Ministério da Justiça, e (ii) revogar a Declaração de Utilidade Pública; duas demandas antigas da sociedade civil.

⁵ Art. 51. Os recursos recebidos em decorrência da parceria serão depositados e geridos em conta bancária específica, em instituição financeira pública indicada pela administração pública, e, enquanto não empregados na sua finalidade, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança, se a previsão de seu uso for igual ou superior a 1 (um) mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando o prazo previsto para sua utilização for igual ou inferior a 1 (um) mês.

Parágrafo único. Os rendimentos das aplicações financeiras, quando autorizados nos termos do art. 57, serão obrigatoriamente aplicados no objeto da parceria, estando sujeitos às mesmas condições de prestação de contas exigidas para os recursos transferidos.

⁶ Art. 57. Havendo relevância para o interesse público e mediante aprovação pela administração pública da alteração no plano de trabalho, os rendimentos das aplicações financeiras e eventuais saldos remanescentes poderão ser aplicados pela organização da sociedade civil na ampliação de metas do objeto da parceria, desde que essa ainda esteja vigente.

Parágrafo único. As alterações previstas no caput prescindem de aprovação de novo plano de trabalho pela administração pública, mas não da análise jurídica prévia da minuta do termo aditivo da parceria e da publicação do extrato do termo aditivo em meios oficiais de divulgação.

Ainda assim, registrou a lei outra modalidade de captação de recursos, que é a disposição do parágrafo único do mesmo diploma legal, ao tratar dos rendimentos das aplicações financeiras que serão obrigatoriamente – outro zeloso pleonismo, aplicados no objeto da parceria, e isso sem estabelecer prazos, mas fazendo menção expressa ao art. 57.

Volvendo-se ao art. 57 e parágrafo único, essa terceira absorção de recursos prevê que os rendimentos das aplicações financeiras e os eventuais saldos remanescentes, em conjunto ou isoladamente, independentemente da ordem especificada – *in solidum*, poderão – faculdade, ser aplicados pela entidade na ampliação de metas do objeto da parceria, todavia, desde que esta ainda esteja vigente e submetida a aprovação de novo plano de trabalho pela administração pública.

Outro não é o entendimento senão a perceptível preocupação do texto legal com o esmero cuidado objetivo com os investimentos no Terceiro Setor, ao estabelecer, não só uma, mas três hipóteses de captação de recursos, importa dizer, os recursos recebidos e ainda não utilizados nas finalidades das entidades que devem ser aplicados em caderneta de poupança, ou em fundos de aplicação, e, ainda, os rendimentos das aplicações financeiras e saldos remanescentes que poderão ser versados em ampliação de metas do objeto da parceria.

Ao estabelecer essas modalidades de manutenção e absorção de capitais, fica translúcido que nada mais está fazendo o novo Regramento Legal do que da estímulo para a criação de *endowments*, uma vez que há a constituição de fundos patrimoniais voltados à conservação ou aumentos dos rendimentos do capital versado às entidades integrantes do Terceiro Setor.

Não obstante tal afirmação, é perceptível uma diferença, qual seja, o *endowment* é fundo patrimonial dotado de patrimônio e personalidade jurídica próprios, mas ligados e dependentes à causa e a pessoa jurídica que lhe deu origem, ao passo que, as modalidades de investimentos da Lei 13019/14 de caderneta de poupança, fundos de aplicação e os rendimentos das aplicações financeiras são feitos na mesma pessoa jurídica.

O ponto nevrálgico é que fica claro a preocupação não só da manutenção da atividade principal, mas extensivamente de seu desenvolvimento e melhor aparelhamento da atividade principal.

A jurisprudência do Pretório Excelso tem se posicionado de forma uníssona nos moldes ora expostos, ao reconhecer a imunidade tributária das aplicações financeiras às Entidades de Interesse Social no que tange ao IOF – Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários, bem como ao I.R. – Imposto de Renda.

Nesse sentido, por intermédio do agravo regimental no agravo de instrumento nº 740563 AgR/SP⁷, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em

⁷Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24.SCLA.+E+740563.NUME.%29+O>

02/04/2013, extrai-se a parte contundente da ementa que a imunidade concerne apenas ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com as finalidades essenciais, não exclui os rendimentos decorrentes das aplicações financeiras que são vertidos aos objetivos da própria entidade, como ocorre com a renda auferida a partir das suas atividades assistenciais, ou mesmo da comercialização de seus bens. A imunidade não é restrita apenas à renda decorrente do objeto social da entidade, mas sim toda aquela auferida de forma regular visando resguardar o seu patrimônio dos efeitos corrosivos da inflação, como ocorre com as aplicações financeiras.

In casu, a União discutiu direitos com Fundação Padre Albino e pretendia reformar o entendimento que restou consolidado no sentido de assegurar à entidade de assistência social a imunidade do imposto de renda sobre os ganhos de capital obtidos em aplicações financeiras.

Noutro julgado, o agravo regimental no agravo de instrumento nº. 749009 AgR/SP⁸, de Relatoria também do Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, por unanimidade, julgamento em 13/03/2012, a ementa elucida que a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "c", da Constituição Federal alcança todos os bens das entidades assistenciais de que cuida o referido dispositivo constitucional, além de suas aplicações financeiras.

Nesse particular, a União debateu direitos com a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Mogi Guaçu, prevalecendo o entendimento, por unanimidade, que o parágrafo 4º do artigo 150 da Constituição, ao determinar que a imunidade concerne apenas ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com suas finalidades essenciais, não exclui os rendimento decorrentes das aplicações financeiras que são vertidos aos objetivos da própria entidade, como ocorre com a renda auferida a partir das suas atividades assistenciais, ou mesmo da comercialização de seus bens. A imunidade não é restrita apenas à renda decorrente do objeto social da entidade, mas sim toda aquela auferida de forma regular visando resguardar o seu patrimônio dos efeitos corrosivos da inflação, como ocorre com as aplicações financeiras.

Outros precedentes no mesmo sentido foram citados: RE 183.216-AgR-ED, rel. min. Marco Aurélio, DJ de 02.06.2000; RE 232.080-AgR, rel. min. Nelson Jobim, DJ de 31.10.2001; RE 230.281-AgR, rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 01.08.2003; RE 424.507-AgR, rel. min. Carlos Velloso, DJ de 22.10.2004.⁹

U+%28AI.ACMS.+ADJ2+740563.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lrru6gr. Acesso em: 17/11/2014.

⁸ Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24.SCLA.+E+749009.NUME.%29+OU+%28AI.ACMS.+ADJ2+749009.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k2n8t5l>. Acesso em: 17/11/2014.

⁹ Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24.SCLA.+E+749009.NUME.%29+OU+%28AI.ACMS.+ADJ2+749009.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/k2n8t5l>. Acesso em: 17/11/2014.

Quanto ao Imposto sobre a renda, cumpre anotar o recurso extraordinário nº. RE 424.621 AgR/MG¹⁰, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, por unanimidade, julgamento em 14/09/2004, em que figuraram como litigantes a União e a Sociedade de Educação Integral e de Assistência Social, sendo consolidado o aresto que a imunidade tributária do art. 150, VI, c, da C.F., estende-se às entidades assistenciais relativamente ao Imposto de Renda.

Verifica-se que a jurisprudência do Pretório Excelso erigida a partir do século XXI concernente ao IOF e ao IR está em perfeita harmonia com a novel Lei 3.019/14, e de acordo tais entendimentos, os *endowments*, as cadernetas de poupanças, fundos de aplicações e os rendimentos das aplicações financeiras das Entidades de Interesse Social estariam albergados pelo beneplácito da imunidade tributária.

Malgrado o beneplácito da imunidade tributária não ser assunto novo na doutrina, no capítulo seguinte estará em voga a expressão 'sem fins lucrativos' a que dispõe o art. 150, 'c' e § 4º da Carta Magna.

2. O Significado da Expressão 'Sem Fins Lucrativos' disposto no art. 150, 'c' e § 4º da Constituição da República

É correta a afirmação de que integram o Terceiro Setor as instituições privadas sem fins lucrativos mas, o que vem a ser 'sem fins lucrativos' ?

Numa análise perfunctória, dizer "sem fins lucrativos" seria não poder, em hipótese alguma, auferir resultados econômicos positivos.

Se fosse levar à cabo esse pensamento, outra alternativa não restaria senão que o Terceiro Setor seria *in totum* dependente do Primeiro Setor (Estado), mediante a afetação e transferência do dinheiro público às Entidades, com ulterior prestação de contas ao Tribunal de Contas da União, dos Estados ou do Distrito Federal, e também do Segundo Setor (Mercado), via doações, para a manutenção das suas atividades essenciais.

Seria então o setor pedinte de recursos, na tentativa de reiterados soerguimentos porque estaria constantemente aos patamares críticos de necessidades prementes e mínimas à subsistência, apesar de toda contribuição ser sempre bem vinda.

Tudo isso conduziria o Terceiro Setor a estagnação, a ser fracassado ou falido, termo este utilizado, não na acepção técnica da palavra, mas, à nível de Estados, como muito bem empregou Leila Bijos¹¹, ao citar Krasner, no sentido de que as estruturas estatais entram totalmente em colapso, ou, se elas existem formalmente,

¹⁰ Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+424621.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+424621.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p6zl7fu>. Acesso em: 17/11/2014.

¹¹ BIJOS, Leila; OLIVEIRA, Jackeline Nunes de. A legitimidade da guerra nos estados fracassados. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, nº. 54, p. 61-72, jul./set. 2011.

são conchas ocas, e, quando muito, prestam serviços como a saúde e educação dolorosamente inadequados.

Mas não é isso que se vem observando no desenvolvimento positivo e vertiginoso do Terceiro Setor, tanto em termos estruturais quanto econômicos.

Ponto pacífico é que os necessitados de assistências sociais sempre precisaram dos comecinhos sentimentos de solidariedade e de ajuda ao próximo, principalmente nas citadas áreas de saúde e educação, onde o particular está efetiva e ininterruptamente agindo em parceria com Estado, no exercício dessas políticas públicas, que é do interesse harmônico de todos.

Vale então aqui dizer que a expressão 'sem fins lucrativos' encontra sentido naquela Entidade de Interesse Social que foi criada, não para dar lucro ao seu criador ou gestor, mas para atingir uma finalidade altruísta.

As associações civis sem fins lucrativos de natureza social e as fundações privadas, para efeito de imunidade, não têm que ser gratuitas, e elas podem e devem cobrar por seus serviços ou bens que forneçam, como também devem aplicar as sobras de caixa em fundos de investimento, o que conduz a uma gestão por excelência de seus dirigentes.

No ponto nodal, o que é vedado é a distribuição de lucro, mas não há qualquer empecilho ou entrave jurídico para que as Entidades de Interesse Social obtenham resultados econômicos positivos, todavia, sempre sob uma condição *sine qua non*, aqui colocada com todas as advertências, desde que todos os mesmos obtidos sejam revertidos aos objetos precípuos de seus estatutos sociais, a assistência social ou a filantropia.

Esse posicionamento na doutrina vem ganhando força, do qual se filia Luciano da Silva Amaro¹², ao registrar que lucro é conceito afeto à noção de empresa, coisa que a entidade, nas referidas condições, não é, justamente porque lhe falta o fim de lucro (vale dizer, a entidade foi criada, não para dar lucro ao seu criador, mas para atingir uma finalidade altruísta).

A falta de clareza na visão desse problema (apesar de ter sido adequadamente regulado pelo CTN) gerou como se sabe uma série de discussões sobre se a atuação da entidade imune teria de ser gratuita, ou sobre a possibilidade de ela auferir receita de aplicações financeiras.

É claro que — como instrumento de justiça distributiva — ela pode e, freqüentemente, deve cobrar por serviços ou bens que forneça, e deve aplicar sobras de caixa; o importante é que todo o resultado aí apurado reverta em investimento ou custeio para que a entidade continue cumprindo seu objetivo institucional de educação ou de assistência social.

Com mesma razão Irene Patrícia Nohara¹³, no sentido de que, conforme sugerido pela comissão de juristas no anteprojeto de nova organização administrativa brasileira (art. 73, § 1º), sendo determinado ainda que "a obtenção de

¹² AMARO, Luciano da Silva. **Direito tributário brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 153.

¹³ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 623-624.

recursos pela entidade, em decorrência da exploração econômica do patrimônio, da venda de bens, da prestação de serviços ou de outras atividades não descaracteriza seus fins não lucrativos, desde que integralmente aplicados na realização dos seus objetivos.

Poder-se-ia ter preocupações no sentido de que obter resultados econômicos positivos conduziria a perda da imunidade tributária da Entidade de Interesse Social.

Isso não seria verdade, pois, nos termos do art. 14, I ao III do C.T.N., não há margem a dilatações aos requisitos engessados.

Aliás, melhor dizendo, da leitura do dispositivo, sem esforços se extrai que o próprio Código Tributário Nacional prevê os ditos resultados econômicos positivos, tanto que veda tão somente a distribuição de patrimônio ou renda, bem como sua remessa para fora do país, mas não a sua obtenção ou investimentos de boa gestão.

No mesmo sentido se tem o art. 29, V da Lei 12.101/09, ao dispor que a entidade beneficente certificada fará jus a isenção, apesar de ser imunidade, desde que não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto, deixando claro novamente a previsão, sendo vedado tão somente rateá-los, mas não a sua angariação.

E é natural mesmo que as Entidades de Interesse Social cobrem pelos produtos ou serviços que prestam, não se podendo ter, em consonância com a pré-falada Lei Tributária Complementar *Mater*, tão somente a sua apropriação particular.

Os resultados econômicos positivos a serem revertidos na atividade precípua da assistência social ou filantropia da Entidade de Interesse Social, renove-se por excesso ao Direito, é condição inarredável, e sempre trarão benesses ímpares ao Terceiro Setor.

De outro lado, observa com razão Sacha Calmon Navarro Coêlho¹⁴ que prestar gratuidade, sem possibilidades de manutenção, auxílio e rendimentos por meio de obtenção de recursos, é extremamente maléfica, pois, conforme visto, leva à estagnação, ao sucateamento da estrutura e depois ao fracasso das próprias Entidades de Interesse Social, que repete-se não têm como objetivo o lucro, mas tão somente a assistência social ou a filantropia, principalmente nas áreas da saúde, educação e de assistência social.

O que aqui se deixa claro é que os resultados econômicos positivos revertidos propiciam um melhor aparelhamento das associações civis sem fins lucrativos de natureza social e das fundações privadas na consecução de seus propósitos precípuos sociais.

Inclusive, passa-se adiante a verificar que sobras da arrecadação, tecnicamente chamadas de *superávits*, bem como as rendas, podem ser perfeitamente aplicadas em fundos de investimentos, sem que isso desnature a imunidade tributária dessas aludidas entidades.

¹⁴ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à constituição de 1988: sistema tributário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 340.

3. *Superávits* e Rendas Antípodas ao Lucro

Não se pode emperrar a obtenção de *superávits*, expressão latina, do verbo *superare* (superar, ir além, passar por cima), designa tudo o que excede, ou que ultrapassa e vai além do normal, ou de esperado.

Em sentido financeiro, ao contrário do *déficit*, o *superávit* indica o saldo, ou o *que sobrou* de uma arrecadação depois de pagas todas as obrigações e despesas orçadas, o que, em regra, resulta de uma *arrecadação maior*, ou *superior* à que se tinha previsto.

Assim, o *superávit*, normalmente, importa num *excesso de arrecadação*, num excesso de venda, num excesso de produção, comparadas com as que se tinham previsto, ou que eram esperadas¹⁵.

Malgrado essas Entidades não buscarem o lucro como meio de distribuição aos seus gestores, mas sim perseguirem a realização de seus objetos estatutários estritamente correlacionados à filantropia e à bíblica ajuda ao próximo, o desempenho das atividades lucrativas nunca lhes foi vedado, muito pelo contrário, é a própria *mens legis* que sempre incentivou essas iniciativas, conforme a previsão categórica do art. 14, I a III C.T.N., tudo para melhor desenvolver suas finalidades essenciais relacionadas.

Aires Fernandino Barreto e Paulo Ayres Barreto¹⁶ acertadamente coadunam com a obtenção de *superávits* e de rendas oriundas de atividades lucrativas, ao entendimento que o desempenho destas atividades e sobretudo seu incremento (o que é sumamente desejável, no nosso clima, como traduzido no espírito constitucional) só é possível com a obtenção de rendas. Daí, não apenas poderem ter rendas, como ser útil, bom, desejável, positivo que elas as tenham e que as incrementem. Estas entidades não buscam as atividades lucrativas, mas sim as receitas e, a partir delas, as rendas que as atividades lucrativas podem ensejar, tendo em vista o benefício de suas finalidades.

A obtenção de *superávits* e rendas é extremamente benéfica para o exercício das finalidades das Entidades de Interesse Social e ao seu aparelhamento.

Inclusive, nada impede que os mesmos sejam aplicados em fundos de investimentos do Mercado de Capitais, como políticas institucionais de boa gestão, buscando as Entidades do Terceiro Setor, na qualidade de investidoras, os mercados primário e secundário de ações e de outros valores mobiliários.

Essa escorreita linha de entendimento, por demais visto, assegura a imunidade tributária às instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, no que se refere à instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços relacionados às suas finalidades essenciais, não exclui os rendimentos decorrentes das aplicações financeiras que são vertidos aos objetivos da própria entidade, como

¹⁵ SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 12.ed. Rio de Janeiro:Forense. vol. IV – Q-Z. p. 297

¹⁶ BARRETO, Aires Fernandino; BARRETO, Paulo Ayres. **Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001, p. 47.

ocorre com a renda auferida a partir das suas atividades assistenciais, ou mesmo da comercialização de seus bens.

Pode-se também dizer que a imunidade não é restrita apenas à renda decorrente do objeto social da entidade, mas sim toda aquela auferida de forma regular visando resguardar o seu patrimônio dos efeitos corrosivos da inflação, como ocorre com as aplicações financeiras.

Denota-se que existem diferenças entre lucro e *superávits* que se tornam salutares a exposição a tudo que aqui se foi afirmado.

As Entidades de Interesse Social ou de Assistência Social, no regular exercício de suas atividades, nunca obtêm lucro, até mesmo porque este não é o seu objeto e nem seus objetivos ou finalidades para os quais foram criadas.

Se, no desempenho de suas funções típicas, logram obter resultados econômicos positivos, estes devem ser juridicamente qualificados, não como lucro, mas como *superávit*.

O lucro é o objetivo sempre perseguido, e de forma endêmica, pelas sociedades empresárias privadas. Já as Entidades de Interesse Social não lhes é dado esse objetivo, mas sim alcançar o *superávit* e rendas oriundos do desdobramento do exercício das finalidades assistenciais ou filantrópicas.

Percebe-se que *superávit* está inserido na atividade-meio da prestação de serviços, e não na atividade-fim, que é assistencial ou filantrópica.

Na última operação realizada na cadeia de produção das sociedades empresárias é a distribuição do lucro entre os sócios na proporção que ostentam do capital social, mas, o *superávit* é revertido na finalística atividade principal da assistência social ou filantrópica, para melhor desempenho da função pública ou, quando pouco, de interesse público.

Essa melhor posição de Roque Antônio Carrazza¹⁷ foi reforçada com a citação de Renato Alessi, para quem o lucro não é a finalidade destas entidades. Sua finalidade é satisfazer aos interesses sociais, que chama de "interesses públicos primários". Seguindo na trilha desse administrativista, o *superávit* experimentado pelas instituições assistenciais e educacionais, sem fins lucrativos, insere-se no campo dos "interesses públicos secundários".

A reinversão dos resultados econômicos positivos, *superávits* e rendas, obtidos na atividade-meio é vital à assistência social ou à filantropia, e não se confundem com o lucro.

As Entidades de Interesse Social podem e devem ter rendas e patrimônio, o que lhes é vedado é o lucro como meio de distribuição entre os seus gestores ou associados.

¹⁷ CARRAZA, Roque Antônio. **A imunidade tributária das fundações de direito privado**. 1.ed. Brasília: Rossetto. 2006. p. 43

Nesse mesmo palmar se posiciona José dos Santos Carvalho Filho¹⁸, para quem os valores remanescentes dos recursos que a elas são distribuídos constituem *superávit* (e não lucro) e devem ser revertidos para os mesmos objetivos, visando a sua melhoria, aperfeiçoamento e maior extensão, razão pela qual tratam essas entidades de caráter não econômico.

Pelo visto, é nitidamente o custeamento ao desenvolvimento da função social estatal que, exercida por pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, dotadas de patrimônio e personalidades jurídicas próprios, que agem com responsabilidade social e cidadania junto ao Estado, principalmente nas sofridas áreas da saúde e educação, possibilita a assistência social ou filantrópica mais eficiente, atendimento a maior número de necessitados, empreendem melhorias na qualidade da execução do serviço, e visam ao excelente aperfeiçoamento do Terceiro Setor.

4 A imunidade tributária das Entidades de Interesse Social e o princípio da livre concorrência;

4.1 Aspectos de uma construção hodierna doutrinária: análise sistemática da Constituição da República

Atualmente no Brasil não são poucas Entidades de Interesse Social que têm previsão em seus estatutos a obtenção de recursos voltados às suas finalidades essenciais e principais relacionadas, através de atividades econômicas organizadas para a produção ou circulação de bens e de serviços, típicas das sociedades empresárias constantes do Segundo Setor.

A Carta Magna, em seu art. 1º, estabelece os fundamentos do Estado brasileiro, a soberania; a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Quanto aos seus objetivos fundamentais, encerra o art. 3º como sendo construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para a consecução desses objetivos é que o Estado, por não conseguir atender o princípio da dignidade da pessoa humana, precipuamente nas áreas da saúde, educação e assistência social, necessita e tem buscado a cada dia mais o apoio a Sociedade Civil.

A partir da década de noventa, as Entidades de Assistência Social, associações civis em fins lucrativos de natureza social e as fundações privadas, surgem no cenário nacional como atores imprescindíveis à realização dos fundamentos e objetivos previstos na Constituição da República.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26.ed. São Paulo:Atlas. 2013. p. 541-542

E é partir dessas colocações que a Carta Magna prevê mais a capacidade econômica do contribuinte no art. 145, § 1º e atribui às ditas Entidades de Interesse Social o beneplácito da imunidade tributária, quando limita o poder do próprio Estado de tributar, conforme se vê do art. 150, VI, "c", e também quanto às contribuições da seguridade social do § 4º e art. 195 e § 7º.

No final do século XX, erigiu-se forte corrente doutrinária calcada no princípio da igualdade tributária, registrando Aurélio Pitanga Seixas Filho¹⁹ que, assim como a imunidade recíproca em favor das pessoas de direito público não abrange a exploração de atividades econômicas regidas por normas aplicáveis a empreendimentos privados, do mesmo modo, se as entidades filantrópicas, assistenciais e educacionais exercerem alguma atividade extravagante, isto é, fora de suas funções próprias favorecidas, deverão se sujeitar ao regime jurídico tributário dessa atividade empresarial para não ferir o princípio máximo da igualdade tributária, de que situações idênticas não podem pagar tributos diferentes, já que o exercício de uma atividade econômica ou empresarial deve sujeitar as pessoas ao pagamento do mesmo tributo para não agredir o princípio da livre concorrência.

Nesse mesmo trilho se firmou Marilene Talarico Martins Rodrigues²⁰, ao dizer que a exegese do § 4º do art. 150 da CF é estabelecer balizas e deixar nítido que a desoneração não se aplica às atividades empresariais que, subsidiariamente, venham a ser exploradas pelas entidades mencionadas no *caput* da norma (art. 150), ainda que o façam com o objetivo de obter recursos para suas atividades essenciais.

Tais entendimentos foram seguidos por Marco Aurélio Greco, ao registrar que se uma renda veio de uma atividade não relacionada com as finalidades essenciais da entidade, não haverá imunidade, ainda venha a ser aplicada segundo as exigências do CTN.²¹

Maria Cristina Neubern de Faria filiou-se ao mesmo desenvolvimento, no sentido de que, tanto assim é que, por outro lado, qualquer atividade extravagante exercida pelas entidades imunes – inclusas também as contempladas com a imunidade recíproca indicativas de função empresarial ou econômica, para não se ferir a isonomia de tratamento tributário, devem se sujeitar à exação.²²

Ari Timóteo dos Reis Júnior²³ preocupou-se, e com toda razão, ao frisar que, neste sentido, as normas imunizantes devem ser interpretadas, em princípio, nem estrita, nem extensivamente ou literalmente, mas em conjunto com todo o ordenamento jurídico. Se, por outro giro, o vetor capacidade econômica encontrar

¹⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades Tributárias**. Pesquisas Tributárias – Nova Série – 4. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998, pp. 725/727.

²⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades Tributárias**. Pesquisas Tributárias – Nova Série – 4. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998, p. 517.

²¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades Tributárias**. Pesquisas Tributárias – Nova Série – 4. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998, p. 718.

²² FARIA, Maria Cristina Neubern de. **A interpretação das Normas de Imunidade – Conteúdo e Alcance**. RT 36/116. Revista dos Tribunais.

²³ REIS JÚNIOR, Ari Timóteo. **A imunidade subjetiva do contribuinte de fato: uma análise da chamada interpretação econômica do Direito Tributário**. RT 80/9. Editora Revista dos Tribunais.

reforço de outros princípios, tais como princípio da livre concorrência no desempenho de atividades econômicas, a interpretação há de ser restritiva, sempre com vistas ao princípio da unidade da constituição.

Prevaleceram esses entendimentos durante bom tempo, de onde se extrai um ponto em comum basilar dessa corrente doutrinária, importa dizer, a preocupação a fazer uma exegese sistemática da Constituição da República, e não isolar a imunidade das Entidades de Interesse Social.

Nesse correlato sentido ainda, outros princípios constitucionais devem se relevados nessa interpretação sistêmica, tais como, a igualdade tributária, unidade da constituição, a livre iniciativa e a livre concorrência.

Ainda assim, pode-se dizer que, essa doutrina balizada se deu no mesmo momento histórico no final da década de noventa em que ganhou fôlego o Terceiro Setor no Brasil.

Houve a translúcida conjugação de valores, onde a imunidade das Entidades de Interesse Social, que desenvolvem matéria de ordem pública em auxílio ou total substituição do Estado que se tornou mínimo, principalmente nas áreas da saúde, educação e assistência social, foi combinada com a livre iniciativa e a livre concorrência, inerentes ao direito privado, escapando-se algum fiasco que poderia haver primazia entre os princípios, ou a supremacia do interesse público sobre o do particular, lembrando-se que o próprio Estado, ao exercer as atividades econômicas, o faz também através das pessoas privadas, empresa pública e sociedade de economia mista (§ 1º do art. 173).

Isso quer dizer que a dignidade da pessoa humana, ultimamente cuidada no Terceiro Setor pelas Entidades de Interesse Social em parceria ou substituição drástica da própria função estatal, deve ser relacionada ou até mesmo ter primazia às atividades econômicas ou interesses patrimoniais exercidos funcionalmente por outro particular ou pelo próprio Estado.

J. J. Canotilho e Vidal Moreira discorrem todas essas preocupações concernentes ao conceito do princípio magno, ao dizer que, concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo - constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido de dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo de personalidade individual ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.²⁴

A posição do Supremo Tribunal Federal, no que tange à exploração por Entidades de Interesse Social de atividades econômicas organizadas, para a produção ou circulação de bens e de serviços, tem se firmado no sentido de concessão da imunidade tributária, malgrado existir julgados em sentido contrário, principalmente quanto ao ICMS e IPTU.

²⁴“CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa Anotada” - 2ª ed. - Vol. I - Coimbra Ed. - 1984 - pg. 70.

Impõe-se mesmo uma idiossincrasia, pois, ainda que se tenham vozes *a contrario sensu* que se deva ter tratamento em igualdade tributária àqueles que exercem atividades empresariais e afastar sem arrimos a imunidade das Entidades de Interesse Social, inclusive, ainda que as receitas sejam vertidas ao custeio das atividades da assistência social ou da filantropia, essa corrente vem perdendo fôlego, para se alcançar uma exegese sistemática da Carta Magna, conjugando-se os princípios da dignidade da pessoa humana e os direitos sociais sobrelevados da saúde, educação e assistência social, afetas ao próprio Estado, com a livre iniciativa e a livre concorrência inerentes ao direito privado.

De qualquer sorte, tributar as Entidades de Interesse Social que, em estrita legalidade, exercem essas sofridas funções sociais estatais em parceira ou a substituição *in totum* da Administração Pública e de extrema necessidade ao cidadão brasileiro, não soa a bom tom.

Não há *ratio essendi* a arrecadar tributos miúdos de quem exercita, dentro da lei, exatamente esses direitos sociais do próprio Estado, para depois devolver, a qualquer título que seja, à este que os recolheu por justamente desempenhar a mesma atividade-fim. Seria, nesses termos, exatamente o Estado tributar função imune dele mesmo, segundo a exegese sistemática constitucional, para ulteriormente aplicar a arrecadação na mesma área, muito embora aqui se deva respeito àqueles se filiem a tal entendimento.

4.2 A ordem econômica e financeira: a livre concorrência exercida pela Entidade de Interesse Social

A Constituição da República, ao tratar do Título VII, regula em seu Capítulo I, os princípios gerais da atividade econômica, dispondo o art. 170, IV acerca da livre concorrência.

Os traços delineados à ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, conduzem ao entendimento que o Texto Constitucional assumiu um neoliberalismo, assegurando a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os princípios que anota, ganhando-se destaque o da livre concorrência.

Observa-se que todos têm o direito de exercer atividades empresariais, assumindo postura que a defesa do direito à livre iniciativa está consolidada em duas posições: contra o próprio Estado, claramente definida na Carta Magna, e contra os demais particulares, regulado em legislação extravagante.

Nessa moldura, observa-se a concorrência propriamente dita não é ilícita, muito pelo contrário, a própria Constituição da República e a legislação federal pertinente à espécie a estimula indiscriminadamente a todos, sendo que a eliminação, total ou parcial, de concorrentes no mercado, é decorrência da própria

livre iniciativa e da ordem econômica e financeira do país, que são desenvolvidas por intermédio das atividades empresariais, onde estão inseridos os empresários, sociedades empresárias e também as Entidades de Interesse Social, estas vêm exercendo atividades econômicas organizadas com o escopo de manutenção e melhor aparelhamento de suas atividades precípuas, muitas das vezes, a bíblica ajuda ao próximo, nas áreas da saúde, educação e assistência social.

E sendo o objetivo de todos empresários sempre o mesmo, o lucro, é normal que o exercício dessas atividades que visem a diminuir esse do concorrente, para assumir uma posição mais privilegiada, alcançando no mercado uma maior clientela, está dentro da livre concorrência, portanto, livre de qualquer ilicitude.

Sob o aspecto da organização da atividade econômica, Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho vão direto ao ponto nevrálgico ao registrar, com precisão, que há a imperativa necessidade de se distinguir a forma do conteúdo, ou da finalidade, não sendo condenado a fórmula, mas sim sua utilização abusiva para fins monopolísticos.²⁵

Tudo leva o desenvolvimento da concorrência a ser feito de maneira lícita, leal, ou então de maneira ilícita, todavia, esta será repudiada pela legislação, exatamente quando aquele que está inserido nas atividades mercantis é enquadrado no tipo empresarial disposto na lei como conduta antijurídica.

Essa concorrência ilícita narrada se expressa por meio de duas facetas nada louváveis: a desleal, envolvendo conflitos apenas entre os particulares; e ainda, por meio do abuso de poder econômico, também chamado de infração à ordem econômica, de total interesse público a tutela do Estado, eis que viola frontalmente o mercado e vergasta o exercício do direito de uma gama de consumidores.

A partir dessa construção, é de notar que a concorrência desleal da esfera privada tem um alcance muito menor se comparada à infração à ordem econômica, de ordem pública, que abrange um número muito maior de pessoas.

4.3 A concorrência desleal

A concorrência desleal é ilícita e movimenta controvérsias entre os particulares.

Para João da Gama Cerqueira²⁶ é classificada em específica e genérica.

A específica é a concorrência desleal que malfere os direitos da propriedade industrial do empresário, tais como a marca, patente, modelo de utilidade, invenção, nome empresarial, título de estabelecimento e demais elementos e atributos.

E a genérica, que abrange as discussões extracontratuais, onde um empresário inescrupuloso emprega meios fraudulentos, ardilosos, imorais e desonestos, que são

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005, p.168.

²⁶ CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. 2. ed.Rev. e atual. Por Luiza Conzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, 2 v.

repelidos pelo meio empresarial e tipificados como condutas antijurídicas, levando o outro vitimado a buscar a reparação de seu dano, que, apesar da menção legal de pena de detenção, há bem da verdade, resume-se a condenação ao caráter eminentemente patrimonial.

É o que conduz à aplicação do art. 195 com o art. 209 da Lei 9279/96 (Lei de Propriedade Industrial).

Exemplifico-se para melhor compreensão. Imagine que uma sociedade empresária X tenha como objeto descrito em seus atos constitutivos, a produção, envasamento e comercialização de suco de laranja natural em vários pontos de venda ao preço unitário de seis reais, em determinada zona de uma cidade. Verificando que o mercado está propício ao comércio de suco de laranja, a sociedade empresária Y, localizada em outra cidade distante, resolve ingressar nesse mercado, para a comercialização de suco de laranja pasteurizado, portanto, de qualidade inferior, ao preço unitário a menor de três reais. Para tanto, resolve reproduzir, valendo-se de recursos gráficos tecnológicos clandestinos, idêntico rótulo e garrafas utilizados pela primeira, retirando-se a marca daquela e inserindo a sua na arte gráfica. É claro que tudo isso induzirá o consumidor à erro, inclusive, preferirá adquirir a garrafa de laranja alienígena contrafeita, a preço mais em conta, do que o original. E as consequências àquela prejudicada serão extremas, visto que terá sua clientela desviada e diminuição abrupta de seu faturamento em razão da usurpação de sua marca até então consolidada no mercado.

Nesse caso específico fica claro a concorrência desleal, e ponto importante que se extrai é a deslealdade detectada nos 'meios' empregados, para atingir resultados desonestos e imorais, categoricamente rechaçados por quem está inserido no ramo empresarial.

E ainda, os meios fraudulentos empregados prejudicaram, não apenas o empresário vitimado, mas um universo muito maior de pessoas, o mercado, sendo o consumidor foi induzido a erro, ao achar que estava adquirindo suco natural de qualidade, e passou a ingerir o pasteurizado inferior. É exatamente aqui que se tem a infração à ordem econômica.

Logo, nesse caso específico, ocorreu a conduta reprovada pelo direito no duplo efeito, quer seja pela concorrência desleal porque o empresário vitimado sofreu seus nítidos efeitos, quer seja pela infração à ordem econômica porque a conduta empresarial tipificada como antijurídica vilipendiou o público em geral, *in casu*, a gama de consumidores.

Diferencia-se, dessa forma, a infração à ordem econômica da concorrência desleal porque agora o núcleo é o resultado e as consequências a que se chegou com o emprego daqueles meios imorais, ou seja, a população foi prejudicada e o Estado é chamado a intervir à ordem econômica.

Deflui-se dessa análise que, no que concerne à Entidade de Interesse Social, no desenvolvimento de atividades econômicas organizadas para a produção ou circulação de bens ou de serviços previstos em seus estatutos sociais, a concorrência

leal é saudável ao desenvolvimento da ordem econômica e financeira do país. O que não se pode ter é a assunção de posturas reprováveis pelo direito tipificadas em concorrência desleal, ilícita, em específica violação ou negativa de vigência à Lei de Propriedade Industrial, ou, genericamente, no emprego de meios fraudulentos visando à obtenção de vantagens contrárias às boas práticas empresariais.

A premissa que aqui se coloca é se a imunidade tributária garantida na Constituição da República a essas Entidades, por exercerem suas finalidades essenciais relacionadas e reverterem o resultado econômico positivo, resultaria em concorrência desleal do Direito Privado.

Nos termos da legislação aplicada à espécie, art. 195 da Lei de Propriedade Industrial, desde que respeitados a concorrência, genérica, a não vilipendiar os anotados elementos e atributos do Direito Empresarial, ou específica, a não vergastar a responsabilidade extracontratual, guardando-se respeito às boas práticas mercantis, a concorrência é leal e a resposta ao questionamento seria negativa.

Mas a recíproca é verdadeira, visto que, usurpar marca, patente, modelo de utilidade, invenção, firma/razão social ou denominação de nome empresarial, título de estabelecimento alheios, dentre outros, e, ainda, praticar atos desonestos ou imorais, estranhos às praxes comerciais, que objetivam a obtenção de lucros dos empresários ou de resultados econômicos positivos das Entidades de Interesse Social, ambos escusos, claramente consuma a concorrência desleal e os ilícitos praticados deverão ser indenizados àqueles particulares vitimados.

4.4 A Infração à ordem econômica

O abuso do poder econômico, também conhecido como infração à ordem econômica, foi prevista na Legislação Constitucional *Mater*, conforme a redação do art. 173, § 4º.

Identificam-se três repressões ao abuso do poder econômico: dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros.

Sua caracterização está atualmente prevista na Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei Antitruste), que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, sendo tratado no art. 36 as infrações à ordem econômica.

Ao analisar esse dispositivo, tem-se que, além da livre concorrência, domínio de mercado e o aumento arbitrário de lucros, registrou-se um quarto inciso, que é o abuso da posição dominante que não foi previsto na Lei Maior.

Em que pesem entendimentos contrários, a Lei Antitruste criou utópica caracterização da infração à ordem econômica que não foi tratada na Carta Magna, motivo pelo qual parece que o último inciso veio apenas a ratificar o que anteriormente foi disposto nos antecedentes. É que todos os verbos ou tipos

empresariais empregados, notadamente 'limitar', 'falsear', 'prejudicar', 'dominar' e 'aumentar arbitrariamente' já são formas de exercer 'abusiva posição dominante'.

Por serem conceitos extraídos do Direito Econômico, não é missão fácil dizer o que vem a 'prejudicar a livre concorrência', 'mercado relevante', 'aumento arbitrário de lucros' e 'abuso da posição dominante', apesar da Constituição da República não ter tratado este último.

Quanto à 'livre concorrência', a Lei Antitruste enquadra o tipo empresarial 'falsear', que significa o instituto da simulação do Direito Civil.

Clóvis Beviláqua ensina que simulação é uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado.²⁷

'Mercado relevante' está diretamente relacionado à posição dominante, levando-se em consideração dois critérios, o geográfico e o material, conforme entendimento de Antônio Carlos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques²⁸.

Não difere da fundamentação o Banco Interamericano de Desenvolvimento, ao registrar que O mercado relevante é determinado estabelecendo-se primeiramente o mercado relevante de produto e o mercado geográfico relevante. O mercado relevante de produto compreende todos os produtos e/ou serviços que o consumidor e/ou o usuário consideram intercambiáveis ou substituíveis em virtude de suas características, preço ou uso pretendido. O mercado geográfico relevante compreende todas as áreas em que os competidores do mercado relevante do bem competem entre si pela venda ou compra de produtos em condições iguais de concorrência. As áreas geográficas em que as condições de concorrência são significativamente diferentes não são levadas em consideração na determinação do mercado geográfico relevante.²⁹

Por depender o mercado relevante dos critérios geográfico e material, sua constatação é feita de maneira casuística, portanto, caso a caso.

Em linhas gerais, o mercado relevante geográfico concentra-se na área ou espaço, tal como o bairro, município, estado e, em alguns casos raros, em todo territórios nacional, aonde os empresários concorrem entre si pelos consumidores, ao passo que, o mercado relevante material identifica todos os produtos e serviços de mesma finalidade, considerados substituíveis pelo consumidor.

Paula A. Forgioni salienta que o conceito de mercado relevante é elástico, sendo que o mercado relevante geográfico é a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva, ainda assim,

²⁷ BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos estados unidos do brasil comentado**. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo Ltda., 1956.p. 283.v. 1

²⁸ SANTOS, Antônio Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Dicionário de economia**. 2ª ed. São Paulo: Best Seller, 1989.

²⁹ BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. **Mercado Relevante**.Disponível em http://www.iadb.org/Tradedictionary/term_desc.cfm?language=Portuguese&id=628. Acesso em 19 jul. 2014.

destaca que depende não apenas da localização do agente econômico, mas também da natureza do produto da prática que está sendo analisada.³⁰

E ao tratar de mercado relevante material, Forgioni conceitua que é aquele em que o agente econômico enfrenta concorrência, considerando o bem ou o serviço que oferece. Primeiramente, deve-se identificar a necessidade do consumidor satisfeita pelo produto que está sendo considerado para verificar se ele está normalmente disposto a substituí-lo por outro(s). Se a resposta for afirmativa, ambos (ou todos) farão parte do mesmo mercado relevante material. Assim, a fungibilidade (ou intercambialidade) dos produtos para o consumidor faz com que integrem mercado relevante material idêntico.³¹

Especificamente, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, através da revogada Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998, ventilava em seu Anexo V, o que vinha a ser mercado relevante geográfico e material.³²

Atualmente, a definição de mercado relevante está disposto na Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012, Anexo I, Etapa V – Definição do(s) Mercado(s) Relevante(s).³³

É de se constatar que a posição dominante de certa sociedade empresária ou de uma Entidade de Interesse Social é assumida no mercado relevante quando dispõe de um poder de decisão independentemente de seus concorrentes, dos seus fornecedores e dos seus clientes, ostentando uma posição de tal relevância que, sempre que toma decisões em termos de política comercial, não há preocupação com os outros agentes econômicos. Esta posição dominante pode existir em razão de suas próprias características (quota do mercado, capacidade financeira ou integração vertical) e/ou das características de mercado (barreiras à entrada ou expansão, efeitos de rede ou legislação).³⁴

Outrossim, a própria Lei Antitruste registra a situação que a posição dominante será presumida sempre que uma sociedade ou grupo de sociedades for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE, para setores específicos da economia.

E por fim, 'aumento arbitrário de lucros' é aquele que não é justificável, obtido através de meios escusos e não reconhecidos pelas atividades mercantis, portanto, não está atrelado ao quantitativo ou elevados ganhos, muito menos ao tamanho do negócio ou da atividade, motivo pelo qual uma Entidade de Interesse Social de

³⁰ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 230-234

³¹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 241-242

³² Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2015,%20de%2019%20de%20agosto%20de%201998.pdf>. Acesso em: 17/11/2014

³³ Disponível em: http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%202_2012%20-%20An%C3%A1lise%20Atos%20Concentra%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 17/11/2014

³⁴ ABUSO de Posição Dominante. Encia.pt. Disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx. Acesso em 19 jul. 2014.

pequena monta poderá auferir aumento arbitrário dos seus resultados econômicos positivos se porventura afrontar as boas práticas comerciais.

Fábio Ulhôa Coelho, uma das maiores autoridades no assunto, adota posição semelhante.³⁵

Aplicando-se tais fundamentos às Entidades de Interesse Social, outro também não é o entendimento, visto que, não deve, em tese, abusar do poder econômico a prejudicar a livre concorrência, atingindo-se simulações a produzir enganosamente efeitos diversos das suas finalidades essenciais, nem dominar mercado relevante de bens ou serviços, ou ainda, aumentar arbitrariamente os seus resultados econômicos positivos, empregando meios ilegais, não reconhecidos pelas boas praxes empresariais, para a sua obtenção.

Está translúcido que foi expressamente fixado um limite a posição dominante das Entidades de Interesse Social: quando essa estrutura for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou controlarem 20% ou mais do mercado relevante.

Identifica-se ainda, conforme o embasamento esposado, mais duas outras condutas antijurídicas concernentes a essas Entidades, quais sejam, a não reinversão dos resultados econômicos positivos ou a distribuição à título de lucros obtidos acaba por aumentar arbitrariamente os lucros e desviar suas finalidades essenciais, sendo enquadrada no tipo empresarial disposto na Lei Antitruste como infração à ordem econômica, estando sujeita as sanções nela contidas.

Outra premissa que ora se estabelece é se o beneplácito da imunidade tributária garantido constitucionalmente à Entidade de Interesse Social, por exercerem suas finalidades essenciais e a reinversão do resultado econômico positivo, quando exercente de atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e de serviços dispostos em seus estatutos sociais a colocaria em uma posição privilegiada no mercado empresarial, resultando-se em infração à ordem econômica ou abuso de posição dominante.

Consoante as balizas do art. 173, § 4º da Constituição da República e do art. 36 da Lei Antitruste, desde que respeitados a ordem econômica, precise-se, não abusar do poder econômico, nem prejudicar a livre concorrência, ou dominar mercado relevante, não aumentar arbitrariamente seus lucros e, ainda, reverterem todo resultado econômico positivo e não o distribuírem a título de lucro, a resposta é negativa.

Constata-se que o espírito do Texto Magno e a essência da Lei Antitruste é coibir a infração à ordem econômica e financeira do país, e, presumidamente, também impôs mais um limite a tudo isso, não ser a Entidade de Interesse Social capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado, nem controlar 20% ou mais do mercado relevante, podendo o CADE, discricionariamente, alterar esse percentual, para mais ou menos, de acordo com o segmento da economia em que está inserida.

³⁵ CÔELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 18ª ed. v.1. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 287.

CONCLUSÕES

Pelo presente estudo, verificou-se que os chamados *endowments* ou fundos patrimoniais, pessoas jurídicas dotadas de personalidade jurídica própria, são estruturas que recebem e administram bens e direitos, majoritariamente recursos financeiros, que são investidos com os objetivos de preservar o valor do capital principal na perpetuidade, inclusive, contra perdas inflacionárias, e gerar resgates recorrentes e previsíveis para sustentar financeiramente um determinado propósito, uma causa ou uma entidade, e que poderão efetivamente adentrar no ordenamento jurídico brasileiro com a aprovação do Projeto de Lei.

Com o advento do PL 4643/12 e principalmente com o substitutivo apresentado em julho de 2014, constata-se a real necessidade de que os fundos patrimoniais vinculados com personalidade jurídica própria, composta por um conselho de administração e de um comitê de investimentos seja estímulo para própria sustentabilidade das organizações do Terceiro Setor e, inclusive ampliar a possibilidade de incentivos para as pessoas físicas, alavancando a capacidade de mobilização e estruturação das organizações da sociedade civil.

Ademais, com a edição da Lei 13.019/14, pode se constatar a preocupação do legislador brasileiro quanto à captação de recursos para o Terceiro Setor, haja vista que, não só permitiu, mas determinou que os recursos recebidos enquanto não empregados nas finalidades das Entidades serão obrigatoriamente aplicados em caderneta de poupança, para o caso do período igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos de dívida pública, se igual ou inferior a um mês, bem como que os rendimentos das aplicações financeiras e os eventuais saldos remanescentes serão obrigatoriamente aplicados no objeto da parceria, sem estabelecer prazos, e poderão ainda ser aplicados pela Entidade na ampliação de metas do objeto da parceria, todavia, desde que esta ainda esteja vigente e submetida a aprovação de novo plano de trabalho pela administração pública.

A jurisprudência do STF, especificamente no que tange ao IOF e ao IR, está em perfeita harmonia com a novel Lei 13.019/14, razão pela qual os *endowments*, as cadernetas de poupanças, fundos de aplicações e os rendimentos das aplicações financeiras das Entidades de Interesse Social estão albergados pelo beneplácito da imunidade tributária.

Já a expressão 'sem fins lucrativos' disposta na Constituição de República, a Entidade de Interesse Social foi criada, não para dar lucro ao seu criador ou gestor, mas para atingir uma finalidade altruísta.

Logo, as associações civis sem fins lucrativos de natureza social e as fundações privadas, para efeito de imunidade, não têm que ser gratuitas, e elas podem e devem cobrar por seus serviços ou bens que forneçam, como também devem aplicar as sobras de caixa em fundos de investimento, o que conduz a uma gestão por excelência de seus dirigentes.

Não menos diferente é o que se vê em relação às rendas e *superávits* antípodas ao lucro, visto que é dado ao direito as Entidades de Interesse Social obterem sobras de caixa e constituírem patrimônio, sendo-lhes vedado tão somente a sua distribuição.

Além das sociedades empresárias constantes do Segundo Setor que perseguem atividades econômicas organizadas para a produção ou circulação de bens e de serviços, não são poucas as Entidades de Interesse Social que prevêem em seus estatutos sociais o exercício dessas atividades relacionadas às suas principais, ao passo que, os resultados econômicos obtidos nessas atividades empresariais secundárias sejam obrigatoriamente revertidos em favor da principal filantropia ou de assistência social.

A imunidade tributária inerente a impostos das Entidades de Interesse Social, compreendida ao patrimônio, renda e serviços, por força da conjugação da Carta Magna com o Código Tributário Nacional, é perfeitamente mantida quando a mesma desenvolve atividade econômica para fazer frente a dignidade de pessoa humana conjugada com os direitos sociais da saúde, educação e assistência social em detrimento da livre iniciativa, desde que exerça atividades econômicas relacionadas às finalidades essenciais e revertam todos os resultados econômicos positivos.

Realmente, pode-se concluir que a Entidade de Interesse Social, que sempre teve como escopo a atividade precípua da filantropia, da assistência social ou, ainda, a bíblica ajuda ao próximo, principalmente nas áreas da saúde e educação, indubitavelmente é sem fins lucrativos, ainda que detenha sob seu desenvolvimento atividades empresariais.

Possibilitar a gratuidade ou preços mais acessíveis à população, mas não módicos, em razão do beneplácito da imunidade, não significa autorização sem arrimos a vilipendiar a livre concorrência e a ordem econômica.

Essas Entidades também não devem abusar do poder econômico a prejudicar a livre concorrência, atingindo-se simulações a produzir enganosamente efeitos diversos das suas finalidades essenciais, nem dominar mercado relevante de bens ou serviços, ou ainda, aumentar arbitrariamente os lucros, empregando meios ilegais, não reconhecidos pelas boas praxes empresariais, para a sua obtenção.

Até mesmo porque foi expressamente fixado um limite a posição dominante: quando for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou controlarem 20% ou mais do mercado relevante.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano da Silva. **Direito tributário brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 153.
- BARRETO, Aires Fernandino; BARRETO, Paulo Ayres. **Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001, p. 47.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos estados unidos do brasil comentado**. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo Ltda., 1956.p. 283.v. 1
- BIJOS, Leila; OLIVEIRA, Jackeline Nunes de. A legitimidade da guerra nos estados fracassados. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, nº. 54, p. 61-72, jul./set. 2011.
- CARRAZA, Roque Antônio. **A imunidade tributária das fundações de direito privado**.1.ed. Brasília:Rossetto.2006. p. 43.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26.ed. São Paulo:Atlas. 2013. p. 541-542.
- CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. 2. ed.Rev. e atual. Por Luiza Conzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, 2 v.
- CÔELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 18ª ed. v.1. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 287.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à constituição de 1988: sistema tributário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 340.
- COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense. p.168.
- "CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa Anotada" - 2ª ed. - Vol. I - Coimbra Ed. - 1984 - p. 70.
- FARIA, Maria Cristina Neubern de. **A interpretação das Normas de Imunidade – Conteúdo e Alcance**. RT 36/116. Revista dos Tribunais.
- FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 230-234.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 241-242.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades Tributárias**. Pesquisas Tributárias – Nova Série – 4. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998, pp. 725/727.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades Tributárias**. Pesquisas Tributárias – Nova Série – 4. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998, p. 517.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades Tributárias**. Pesquisas Tributárias – Nova Série – 4. São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998, p. 718.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 623-624.

REIS JÚNIOR. Ari Timóteo. **A imunidade subjetiva do contribuinte de fato: uma análise da chamada interpretação econômica do Direito Tributário**. RT 80/9. Editora Revista dos Tribunais.

Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS. Belo Horizonte. Ano 5. Nº 10. julho/dezembro 2011. pp. 65-95. Publicação semestral.

RUSSELL, Chris. *Trustee Investment Strategy for Endowments and Foundations*. West Sussex, Inglaterra: John Wiley& Sons, Ltd., 2006.

SANTOS, Antônio Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Dicionário de economia**. 2ª ed. São Paulo: Best Seller, 1989.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 12.ed. Rio de Janeiro:Forense. vol. IV – Q-Z. p. 297.