EMPRESA PÚBLICA — PREVIDÊNCIA SOCIAL — BANCO NACIONAL DA HABITAÇÃO

— As empresas públicas estão sujeitas ao regime tributário das empresas privadas, salvo quando explorarem atividade monopolizada.

— O Banco Nacional da Habitação deve ser classificado, para efeito de contribuição à Previdência Social, como estabelecimento bancário, e não como órgão do Poder Público.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria-Geral da República
Parecer nº R-004, de 31 de outubro de 1984. "Aprovo. Em 5.11.84".

PARECER Nº R-004

O Senhor Ministro-Chefe do Gabinete Civil solicita, de ordem, parecer desta Consultoria-Geral "para dirimir dúvida entre o Banco Nacional da Habitação e o Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social quanto à classificação daquela

empresa pública no 'Quadro Sinótico de Contribuintes', de que trata a Ordem de Serviço nº 237/76, da Secretaria de Arrecadação e Fiscalização do Iapas".

Na Exposição de Motivos nº 013, de 9 de fevereiro do corrente ano de 1984, o Senhor Ministro do Interior indica o fulcro da questão dizendo:

"Segundo julgado administrativo da Previdência Social, o BNH, ao realizar suas contribuições, deve ser classificado no Grupo III do aludido Quadro Sinótico, na condição de simples estabelecimento bancário, e não no Grupo IX, como órgão do poder público, conforme entendimento da entidade interessada.

Inconformado com a decisão que lhe foi adversa, pretende o BNH seja o assunto reexaminado, pois, de acordo com o inciso III, art. 4º, do Decreto nº 60.466, de 1967, que rege a matéria, as contribuições recolhidas pelo INPS, juntamente com as previdenciárias destinadas a outros fundos, merecem tratamento especial quando o devedor é órgão do poder público."

O Banco Nacional da Habitação, no ofício GP/Nº 1.656/83, instaurador da controvérsia, esclarece o seu ponto de vista, ao afirmar:

"Trata-se de divergência quanto à classificação do BNH no "Quadro Sinótico de Contribuintes" a que alude a Ordem de Serviço SAF nº 0237, de 7.6.76.

Segundo julgado administrativo da Previdência Social, o BNH, ao realizar suas contribuições, deve ser enquadrado no Grupo III do aludido quadro como simples estabelecimento bancário e não no Grupo IX, como órgão do poder público, conforme entendimento desta entidade.

A matéria em exame é regida pelo Decreto nº 60.466/67. Deste decorre o Quadro de Atividades de que trata a Ordem de Serviço SAF nº 0023.7, de 7.6.76, do Sr. Secretário de Arrecadação e Fiscalização do INPS.

Nos termos do art. 4º, inciso III, do Decreto nº 60.466/67, as contribuições recolhidas pelo INPS juntamente com as previdenciárias, destinadas a outros fundos, entre estes o Incra e o Funrural, merecem tratamento especial quando o devedor é órgão do poder público.

A regra geral ali estabelecida exime os órgãos do poder público da contribuição a determinados fundos, indicando, em parênteses, em caráter meramente exemplificativo, alguns órgãos daquele poder, como sejam a União, territórios, estados, municípios e respectivas autarquias.

Situa-se assim agora a questão, em se indagar se o BNH deve ser incluído entre os órgãos do poder público.

Nos termos do art. 4º, inciso II, do Decreto-lei nº 200/67, a empresa pública é órgão integrante da Administração Federal Indireta e, como tal, órgão do poder público.

A natureza jurídica de pessoa de direito privado não lhe tira a característica de órgão daquele poder.

No caso específico do BNH, a Lei nº 5.762/71 que o transformou de autarquia em empresa pública estabeleceu, em seu art. 1º, parágrafo 1º, que a entidade continuaria com a competência, atribuições, favores e benefícios da extinta autarquia.

Por outro lado, o Decreto nº 72.512, de 23 de julho de 1973, que aprovou o estatuto da empresa pública Banco Nacional da Habitação e o Decreto nº 88.293, de 9 de maio de 1983 que o alterou, mantiveram as atribuições de órgão do poder público que tinha como autarquia, ao dispor, *nos arts. 6º e 7º, que a entidade exerce simultaneamente as funções* de órgão central do Sistema Financeiro da Habitação, do Sistema Financeiro do Saneamento e dos sistemas financerios conexos, de órgão gestor do FGTS e de órgão de crédito responsável pelo estímulo e controle da formação, mobilização e aplicação de poupanças e outros recursos, *baixando no exercício dessas atribuições, como órgão integrante do poder público, normas e regulamentos.*

Os dispositivos apontados eliminam qualquer dúvida que ainda pudesse pairar sobre a condição do BNH como órgão do poder público. Desta forma, não procede a sua inclusão na atividade III do Quadro de Con-

tribuições de Previdência Social, que engloba as empresas sujeitas ao controle do Banco Central, estabelecimentos bancários, sociedades de crédito, companhias de seguro e capitalização, sindicatos ou associações profissionais de empregados, de trabalhadores autônomos ou de empregadores, pertencentes a atividades outrora não vinculadas ao ex-IAPC.

Pela sua condição de *órgão do poder público*, é de ser incluído na atividade IX, onde, ainda por força de interpretação extensiva, se incluem as fundações custeadas com recursos exclusivos da União."

Entende o BNH que o Iapas fez seu enquadramento sem considerar que as atividades por ele desenvolvidas "fogem totalmente ao conceito de exploração de atividade econômica, próprias que são do poder público, donde merecer o BNH o tratamento privilegiado, dentro da correta aplicação do art. 170, § 2º da Carta Magna".

Fundamenta, então, seu modo de atuar, asseverando:

"Ao que tudo indica, a razão única da insistência em tal distinção decorre do art. 170, § 2º, da Constituição Federal, onde se traça o princípio isonômico que leva à paridade de tratamento entre as empresas públicas e as privadas. Porém, a interpretação do dispositivo constitucional em tela não pode ser tão apressada, pois seu próprio texto informa que aquele princípio tem aplicação restrita, ao declarar:

'§ 2º Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.'

Assim dispondo, a própria Carta Magna reconhece que nem sempre as empresas públicas exploram atividade econômica, subsistindo o princípio isonômico, apenas quando o façam. Nesse sentido, é claríssimo o ilustre Hely Lopes Meirelles, ao ensinar:

'Concluímos, assim, que qualquer das entidades políticas pode criar empresas públicas; que a empresa pública pode ter forma convencional ou especial, que tanto é apta para realizar atividade econômica, como qualquer outra da competência da entidade estatal instituidora; que quando explorar atividade econômica deverá operar sob as normas aplicáveis às empresas privadas, sem privilégios estatais.' (*Direito administrativo brasileiro*, 7. ed., p. 338.)

Deduz-se, em conseqüência, que a empresa pública que realiza atividade própria de poder público deve, por imposição constitucional, ter os privilégios estatais. A aplicação do princípio isonômico, contido no art. 170, § 2º, da Carta Magna, portanto, depende da análise da atividade de cada empresa pública, para que se verifique se nela prepondera a atividade própria do poder público ou exploração de atividade econômica.

No caso do BNH, a simples leitura da legislação de sua regência — Lei nº 5.762/71, complementada pelo Decreto nº 72.512/73, este alterado pelo Decreto nº 88.293, de 9 de maio de 1983, claramente demonstra que são atividades preponderantes do BNH:

I — exercer a gestão do FGTS;

II — baixar normas gerais de organização e operação dos Sistemas Financeiros da Habitação e de saneamento, bem como de outros conexos, controlando e fiscalizando a respectiva execução;

III — disciplinar a constituição, o reconhecimento, o credenciamento e o funcionamento dos agentes dos sistemas citados, fiscalizando-lhes a atuação e aplicando-lhes sanções;

IV — estabelecer condições gerais e especiais para captação, mobilização e aplicação de poupanças e outros recursos, inclusive no que respeita a objetivos, limites, encargos, sanções e demais aspectos técnicos, administrativos, econômicos e financeiros;

V — disciplinar, promover, realizar e fiscalizar a captação e aplicação de poupanças e outros recursos, inclusive oriundos do FGTS."

A inconformação do BNH com o enquadramento que lhe deu o Iapas foi objeto de processo que teve andamento perante as instâncias recursais administrativas da Pre-

vidência Social, sem êxito e que foi decidida no Processo MPAS nº 018353/81, com a manutenção daquele enquadramento. Diante disso, o Senhor Ministro do Interior, pelo Aviso nº 0506, de 18.10.1983, submeteu a questão ao Senhor Ministro da Previdência e Assistência Social.

Ouvida a Consultoria Jurídica da Pasta, ao aprovar os pareceres proferidos, o Senhor Consultor Jurídico teve oportunidade de dizer:

"De acordo.

2. Preliminarmente, não encontraria amparo legal o pedido de revisão do Acórdão nº 2º GTu-1.400/80, do 2º Grupo de Turmas do Conselho de Recursos da Previdência Social, visto haver a Lei nº 6.309, de 15 de dezembro de 1973, suprimido a possibilidade de as partes pedirem avocatória das decisões das instâncias recursais previdenciárias.

3. Entretanto, consideradas a relevância do tema e a faculdade que tem o Sr. Ministro de rever de ofício atos de órgão ou autoridade compreendidos em sua área de competência, bem assim em atenção à interveniência do Exmo. Sr. Presidente do BNH, entendemos deva a matéria ser apreciada e decidida na instância ministerial.

4. No mérito, em que pesem os respeitáveis argumentos apresentados pelo Banco Nacional da Habitação e a elevação e competência com que vem sustentando sua posição, parece-nos que o enquadramento da entidade no Grupo III do Quadro Sinótico de Contribuições de que trata a Ordem de Serviço SAF/023.7/76 resulta de sua atual condição de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, na forma do art. 1º da Lei nº 5.762, de 14 de dezembro de 1971, na redação que lhe deu a Lei nº 6.245, de 2 de outubro de 1975, combinado com o art. 5º, item II, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, este na redação do Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969.

5. Mesmo o disposto no art. 2º da citada Lei nº 5.762/71, ao assegurar à nova empresa pública BNH a competência, prerrogativas e poder de regulamentação conferidos à anterior autarquia não lhe alterou a personalidade jurídica de direito privado com as conseqüências jurídicas daí decorrentes."

Aprovado pelo Senhor Ministro da Previdência e Assistência Social o referido parecer, voltou o processo ao Ministério do Interior, e aí seu Consultor Jurídico, depois de instruir sua assessoria no sentido de preparar expediente solicitando a audiência desta Consultoria-Geral, opinou:

"De acordo.

Não atendida a solicitação ministerial constante do Aviso nº 0506/83 e persistindo o desacordo entre o Ministério da Previdência e Assistência Social e o Banco Nacional da Habitação, cujas razões de fls. 1-10 sustentam suficientemente a posição assumida, torna-se necessário o pronunciamento da douta Consultoria-Geral da República, solicitado na inclusa exposição de motivos.

É clara a situação do BNH, integrante da administração federal, pelo efetivo exercício de um múnus público, caracterizado pelas suas importantes funções na administração do Sistema Financeiro da Habitação e no controle e fiscalização das entidades a este vinculadas, como empresa pública, legalmente inserida na administração federal indireta, nos termos do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

O modelo institucional adotado para a criação da empresa pública deveria ter sido considerado para a sua inclusão na hipótese de incidência das contribuições parafiscais, cuja cobrança sustenta o MPAS. Na lição de Hely L. Meirelles, 'a empresa pública pode ter forma societária convencional ou especial; que tanto é apta para realizar atividade econômica, como qualquer outra da competência da entidade estatal instituidora; que *quando explorar atividade econômica* deverá operar sob as normas aplicáveis às empresas privadas, sem privilégios estatais (...)'.

O que nos parece, com a máxima vênia, o equívoco da decisão do órgão exator é o

pretender situar na personalidade jurídica de direito privado a única razão de incidência das contribuições exigidas, quando esse imperativo, na hipótese, somente poderia decorrer da isonomia entre as empresas privadas e as entidades do Estado, quando estas exploram atividades econômicas concorrentes (CF, art. 170, § 2º). Esta não é a situação do BNH, que não concorre com nenhum setor privado, singularizadas as suas funções como de natureza eminentemente estatal. Assim, não seria possível, utilizando-se de interpretação analógica, vedada em matéria de imposição fiscal, por expressa proibição do Código Tributário Nacional, ver-se no Banco Nacional da Habitação um simples estabelecimento bancário para fins de cobrança das contribuições impugnadas.

À superior consideração do Senhor Ministro."

II

Convém desde logo esclarecer que os Quadros Sinóticos das Taxas devidas ao Iapas são aprovados, como declaram expressamente as respectivas Ordens de Serviço, "considerando a necessidade de facilitar a identificação dos percentuais de contribuições previdenciárias por faixa salarial em *cada grupo de atividades,* sem nada inovar no tocante à exigibilidade dos encargos que competem, por força de lei, a cada empresa vinculada àquele regime previdenciário.

Assim, cada vez em que ocorreram mudanças legais afetadoras de tais incidências, novos quadros eram aprovados justamente para que fossem feitas as adequações cabíveis.

Em sucessivas alterações, o Quadro Sinótico constante da Ordem de Serviço SAF 23.7, de 7.6.1970, por ter sobrevivido a Formulação nº 14, de 26.8.1980 do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, que passou a considerar as fundações, ainda quando custeadas por recursos exclusivos da União, obrigadas a contribuir para o salário-educação, foi substituído pelo Quadro Sinótico da Ordem de Serviço Iapas/SAF nº 44, de 9.9.1980. E, em face das disposições constantes do Decreto-lei nº 1.861, de 25 de fevereiro de 1981, na redação dada pelo Decreto-lei nº 1.867, de 25 de março de 1981, a partir de 1º.3.1981, vigorou o Quadro da Ordem de Serviço Iapas/SAF nº 65, de 24.6.1981, a fim de destacar as contribuições do Sesi, Senai, Sesc e Senac até 10 vezes o maior valor de referência, do excedente até 20 vezes o maior salário mínimo no país, que se tornou quota de previdência. Introduzidas modificações nos percentuais das contribuições previdenciárias pelo Decreto-lei nº 1.910, de 29.12.1981, a partir de janeiro de 1982, foram renovados os Quadros I a V constantes da Ordem de Serviço Iapas/SAF nº 79, de 13.1.1982, e, afinal, simplificados no Quadro Sinótico de que trata a Ordem de Serviço Iapas/SAF nº 81, de 16.2.1982, atualmente em vigor.

Esses quadros, ressalvadas as alterações antes assinaladas, são baseados nas disposições constantes do art. 35 da Lei nº 4.863, de 29.11.1965, regulamentado pelo Decreto nº 60.466, de 14 de março de 1967, fixando os mesmos limites, prazos, condições, sanções e privilégios para as contribuições patronais arrecadadas pela Previdência Social, inclusive para outras entidades ou fundos.

Por todos esses Quadros, pois, a questão suscitada pelo Banco Nacional da Habitação, no sentido de que seja mudado seu enquadramento da atividade III para a prevista na atividade IX, consiste em lhe estar sendo exigidas as contribuições para o Funrural, na base de 2,4% e para o Inora, na base de 0,2% e para o salário-educação, na base de 2,5%, o que significa que ele, considerado na atividade III, teria, àquela época, de recolher sobre o montante dos salários de contribuição, 26,6%, enquanto que na atividade IX apenas 21,5%. Atualmente, as referidas taxas, na atividade III, variam, conforme as faixas dos salários de contribuição, de 29,4% a 30,9% e na atividade IX, de 24,3% a 25,8%, isto é, sem 2,4% da Previdência Social Rural, 2,5% do salário-educação, 0,2% do Incra.

Ora, a contribuição do Funrural (Previdência Social Rural) constitui obrigação instituída pelo art. 6º da Lei nº 2.613, de

23 de setembro de 1955, mantida pelo art. 3º do Decreto-lei nº 1.146, de 31 de dezembro de 1970, atualmente com o percentual alterado pelo art. 15 da Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971.

O § 4º do art. 6º da Lei nº 2.613, de 23 de setembro de 1955, que autorizou a União a criar a fundação denominada Serviço Social Rural, além de outras contribuições próprias do setor rural, previu:

"A contribuição devida *por todos os empregadores aos institutos* e caixas de aposentadoria e pensões *é acrescida de um adicional* de 0,3% (três décimos por cento) sobre o total dos salários pagos e destinado ao Serviço Social Rural, ao qual será diretamente entregue pelos respectivos órgãos arrecadadores."

A Lei nº 4.863, de 29 de novembro de 1965, ao integrar as contribuições de terceiros arrecadadas pela Previdência Social, em seu art. 35, § 2º, inciso VIII, elevou a referida contribuição já então destinada ao Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (Inda), para 0,4%, sendo que o § 5º do aludido dispositivo, estatui que:

"A referência ao Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (Inda), no item VIII, do § 2º, não prejudica o disposto no item II, do art. 117, da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964."

O art. 117 da Lei nº 4.504, de 1964, antes referido, dizia:

"As atividades do Serviço Social Rural, incorporados à Superintendência de Política Agrária pela Lei Delegada nº 11, de 11 de outubro de 1962, bem como o produto da arrecadação das contribuições criadas pela Lei nº 2.613, de 23 de setembro de 1955, serão transferidas, de acordo com o disposto nos seguintes incisos:

I — ao Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário caberão as contribuições relativas à extensão rural e 50% da arrecadação;

II — ao órgão do Serviço Social da Previdência que atenderá aos trabalhos rurais caberão as demais atribuições e 50% da arrecadação. Enquanto não for criado esse órgão, suas contribuições e arrecadações serão de competência da referida autarquia referida no inciso I."

Por isso, quando o Decreto-lei nº 1.146, de 31 de dezembro de 1970, fez a consolidação das contribuições que haviam sido criadas pela Lei nº 2.613, de 1955, em seu art. 5º dispôs:

"É mantido o adicional de 0,4% (quatro décimos por cento) à contribuição previdenciária das empresas, instituído no § 4º do art. 6º da Lei nº 2.613, de 23 de setembro de 1955, com a modificação do art. 35, § 2º, item VIII, da Lei nº 4.863, de 29 de novembro de 1965."

E o preceito seguinte confirmou:

"Cabe ao Instituto Nacional da Previdência Social (INPS) arrecadar as contribuições de que tratam os arts. 2º e 3º deste decreto-lei, nos termos do art. 35 da Lei nº 4.863, de 29 de novembro de 1965, com as modificações da legislação posterior."

Finalmente, ao instituir o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (Prorural), a Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, em seu art. 15, estipulou:

"Os recursos para o custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural provirão das seguintes fontes:

(...).

II — da contribuição de que trata o art. 3º do Decreto-lei nº 1.146, de 31 de dezembro de 1970, *a qual fica elevada para* 2,6% (dois e seis décimos por cento), cabendo 2.4% (dois e quatro décimos por cento) ao Funrural."

Desta forma, as contribuições do Funral e do atual Incra, de 2,4% e de 0,2%, respectivamente, são devidas por todos os empregadores contribuintes da Previdência Social.

O salário-educação foi instituído pela Lei nº 4.440, de 27 de outubro de 1964, mas as disposições a ele referentes foram consolidadas no Decreto-lei nº 1.422, de 23 de outubro de 1975, que em seu art. 1º, diz:

"O salário-educação, previsto no art. 178 da Constituição, será calculado com base em alíquota incidente sobre a folha do salário de contribuição, como definido no art.

76 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, com as modificações introduzidas pelo Decreto-lei nº 66, de 21 de novembro de 1966, e pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, não se aplicando ao salário-educação o disposto no art. 14, *in fine*, dessa lei, relativo à limitação da base de cálculo da contribuição." (Teto de 10 vezes o maior valor de referência estipulado para as contribuições arrecadadas pela Previdência Social para outras entidades ou fundos, agora alterado em parte pelo Decreto-lei nº 1.861, de 25.2.1981, alterado pelo Decreto-lei nº 1.867, de 25.3.1981).

No § 5º da referida disposição, estabeleceu-se:

"Entende-se por empresa para os fins deste decreto-lei, o empregador como tal definido no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho e no art. 4º da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, *bem como as empresas e demais entidades públicas ou privadas, vinculadas à Previdência Social*, ressalvadas as exceções previstas na legislação específica e excluídos os órgãos da administração direta."

Ao regulamentar a disposição antes referida, o § 1º do art. 1º do Decreto nº 76.923, de 26 de dezembro de 1975, foi mais explícito, dispondo:

"§ 1º Entende-se como empresa, para os efeitos desta regulamentação, o empregador como tal definido no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho e no art. 4º, alínea *a* da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, as empresas públicas ou privadas e as sociedades de economia mista, na forma do parágrafo 2º, do art. 170 da Constituição, e as demais entidades públicas ou privadas, todas elas vinculadas à Previdência Social, ressalvadas as exceções previstas na legislação específica e excluídos os órgãos da administração direta."

Pelo exposto, pois, o enquadramento das empresas para o efeito de incidência das contribuições patronais para Previdência Social e daquelas taxas cobradas para outras entidades e fundos, depende das disposições legais criadoras de tais encargos, sendo os Quadros Sinóticos elaborados pelo Iapas meras fórmulas visando a facilitar o preenchimento das guias de recolhimento pelas empresas contribuintes.

O Banco Nacional da Habitação, segundo os princípios legais disciplinadores das contribuições impugnadas, como demonstrado, está a elas sujeito, porque não é um órgão da administração direta da União e deixou de ser autarquia para se tornar empresa pública.

A doutrina de Hely Lopes Meirelles invocada no memorial não aproveita ao Banco Nacional da Habitação porque ela apenas considera a empresa pública apta a realizar atividade econômica, como qualquer outra, da competência da entidade estatal instituidora. Não é possível, a partir dessa afirmação, deduzir a possibilidade jurídica da existência de uma empresa pública sem finalidade econômica, a qual não se regeria, por isso, pelas normas aplicáveis às empresas privadas, incluindo as do direito do trabalho, do direito das obrigações e relativas ao regime tributário, como manda a Lei Maior relativamente às empresas públicas que exploram atividade não monopolizada. E, muito menos razoável, em face da técnica jurídica, sempre em decorrência daquela afirmação, enquadrar o Banco Nacional da Habitação na espécie hipotética aventada, a da empresa pública não-econômica (!?). Além disso, o jurista mencionado não fornece a diferença específica entre a empresa pública com fins econômicos e a outra sem esses fins, nem traça as características de cada uma delas. Apesar de mera hipótese, não deixa de ser contraditória a idéia de criação de uma empresa sem fins econômicos. Tais fins parecem implicar necessariamente o conceito de empresa, sobretudo no regime capitalista, adotado pela nossa Carta, em que às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas (cf. art. 170, *caput*, da Constituição). Além disso, o ci-

tado texto do ilustre administrativista confirma o princípio contido no § 2º do art. 170 da Constituição Federal de que tal entidade "quando explora atividade econômica deverá operar sob as normas aplicáveis às empresas privadas, sem privilégios estatais".

Realmente, o Banco Nacional da Habitação, ao ser criado, exercitava como entidade descentralizada da administração federal, em forma autárquica, de maneira a operar intervenção do Governo *no setor habitacional* (art. 2º), que, na conformidade do art. 3º, junto com outros órgãos existentes exerceriam *de preferência atividades de coordenação, orientação e assistência técnica e financeira* junto aos órgãos estaduais e municipais e às empresas da iniciativa privada. O custeio de suas atividades era mantido com a instituição de uma contribuição compulsória de 1% sobre o montante das folhas de pagamento de todas as empresas nacionais (art. 22) e só a partir da criação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é que esta contribuição deixou de ser cobrada (art. 79 do regimento aprovado pelo Decreto nº 59.820, de 20 de dezembro de 1966).

III

Mas, o Banco Nacional da Habitação, conforme dispõe a Lei nº 6.245, de 2 de outubro de 1975, ao alterar a redação dos arts. 1º e 2º da Lei nº 5.762, de 14 de dezembro de 1971, possui, atualmente a condição de "empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, conforme estabelece o inciso II do art. 5º do Decreto-lei em referência (Decreto-lei nº 200, de 1967), mantida a denominação de Banco Nacional da Habitação (BNH)".

Seu estatuto foi aprovado pelo art. 1º do Decreto nº 88.293, de 9 de maio de 1983, e publicado no *Diário Oficial* do dia 11 daquele mês e ano. Ao ministro de Estado do Interior foi delegada competência para, independente de autorização presidencial, aprovar os aumentos de seu capital, decorrentes de correção monetária, assim como a conseqüente alteração do art. 4º de seu estatuto.

A referência expressa que a Lei nº 6.245 faz ao preceito genérico do Decreto-lei nº 200, que define a empresa pública no contexto da administração pública, demonstra que o Banco Nacional da Habitação, em última análise, além de outras atribuições executórias próprias de órgãos públicos, foi criado *para a exploração de atividade econômica* que o Governo foi levado a exercer *por força de contingência ou de conveniência administrativa* (item II do art. 5º).

Desta forma, a legislação de regência do Banco Nacional da Habitação não o distingue das demais empresas públicas nem lhe atribui o exercício de atividades exclusivas de órgãos do poder público.

Os arts. 6º e 7º do seu Estatuto, pelo contrário, condicionam a atuação da empresa, seja como órgão central do Sistema Financeiro da Habitação e dos sistemas conexos, seja como órgão gestor do FGTS ou seja como órgão de crédito, às normas, regulamentos e supervisão ministerial ditados pelo poder público.

Não é conferido ao Banco Nacional da Habitação o *poder de polícia*, mas apenas e tão-somente direitos decorrentes de ajustes bilaterais ou de execução de normas baixadas pelas autoridades competentes.

O Banco Nacional da Habitação, como se depreende de seu estatuto, tem fins lucrativos, tanto que o art. 5º estabelece:

"O capital do BNH poderá ser aumentado mediante incorporação de lucros e reservas na forma deste Estatuto e de outros recursos que lhe foram destinados para esse fim."

Por outro lado, a gestão do FGTS, segundo se verifica do art. 12 da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, "far-se-á segundo planejamento elaborado e normas gerais expedidas por um Conselho Curador, integrado por um representante do Ministério do Trabalho e Previdência Social, um representante do Ministério Extraordinário para o Planejamento e Coordenação Econômica, um representante das categorias

profissionais e o presidente do BNH, que o presidirá".

Além disso, na forma do art. 6º do Estatuto, o Banco Nacional da Habitação tem seu objetivo limitado à execução da política social do Governo federal no âmbito de sua atuação, exercendo funções específicas de mero gestor.

Realmente, suas atividades originárias constantes da Lei nº 4.380, de 21.8.1964, nos arts. 16 a 19, foram profundamente alteradas para adaptá-las à condição que passou a ter quando se transformou em empresa pública.

O memorial do Banco Nacional da Habitação, ao sustentar que ele constitui *órgão do poder público,* deixou de assinalar que entre suas funções cabe-lhe também exercer, especificamente, as de:

"a) planejamento, produção e comercialização de habitações em áreas urbanas e rurais;

b) planejamento e realização de obras e serviços de infra-estrutura urbana e comunitária, especialmente os relativos a saneamento básico;

c) indústria de materiais de construção e indústria de construção civil, que visem à racionalização, padronização e suprimento de recursos indispensáveis à estabilidade da política habitacional e à redução de seus custos."

Como *órgão de crédito,* o Banco Nacional da Habitação, segundo o inciso III do art. 7º de seu estatuto, está autorizado a:

"a) Realizar operações ativas e passivas, em moeda nacional e estrangeira, de depósitos, inversões financeiras *underwriting,* financiamentos, refinanciamentos, aval, fianças, seguros, aquisição e venda de créditos e títulos hipotecários e imobiliários, e quaisquer outras que se coadunem com seus objetivos."

Realmente, não eram essas as atividades do Banco Nacional da Habitação autarquia, de acordo com o parágrafo único do art. 17 da mencionada Lei nº 4.380, de 1964, que dizia peremptoriamente:

"O Banco Nacional da Habitação operará exclusivamente como orientador, disciplinador e de assistência financeira, sendo-lhe *vedado operar diretamente em financiamento, compra e venda ou construção de habitações,* salvo para a venda dos terrenos referidos no art. 26 ou para realização de bens recebidos em liquidação de garantias."

Por fim, sustenta o memorial que o Banco Nacional da Habitação merece "tratamento estatal privilegiado, dentro da correta aplicação do art. 170, § 2º, da Carta Magna", acrescentando que a aplicação de tal prescrição constitucional "depende da análise da atividade de cada empresa pública, para que se verifique se nela prepondera a atividade própria do poder público ou exploração de atividade econômica".

Ora, o estatuto atual da aludida entidade faz remissão ao conceito administrativo federal de empresa pública, que lhe atribui sempre objetivo de exploração de atividade econômica no propósito adotado pelo Governo por força de contingência ou de conveniência administrativa (item II do art. 5º do Decreto-lei nº 200, de 1967). Não há ressalvas nem indicação de prioridades, preferências ou de atividades preponderantes, nem isto está contido na definição em causa, que é genérica e abrangente.

Ademais, o art. 170 da Constituição, invocado apenas quanto ao parágrafo segundo, é mais amplo, prescrevendo:

"Art. 170. Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

§ 2º Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

§ 3º A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas."

Está evidente, por conseguinte, que a prescrição constitucional não faz distinção quanto aos objetivos da empresa pública senão quando explorar atividade monopolizada que, por via de interpretação, se entende como aquela exercida no desenvolvimento de atividade equiparada e própria de um serviço público.

Em atinência às demais empresas públicas não são feitas distinções ou discriminações.

Nessas condições, principalmente diante das funções atribuídas ao Banco Nacional da Habitação pelo seu atual estatuto, nada justifica que se lhe dê tratamento estatal privilegiado, discriminatório e distinto das empresas que constituem o Sistema Financeiro Nacional e que, de certa maneira, se sujeita ao controle do Banco Central do Brasil.

Por tudo o que foi exposto, a formulação do Banco Nacional da Habitação é improcedente.

Brasília, 31 de outubro de 1984. — *Ronaldo Rebello de Britto Poletti*, Consultor-Geral da República.