— As fundações criadas pelo poder público dotadas de personalidade de direito privado não se compreendem no conceito regulamentar de órgãos do poder público e, por isso, não são alcançadas pela dispensa de recolhimento das contribuições arrecadadas pelo Iapas em favor dos serviços sociais autônomos.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria Geral da República
Parecer nº SR-15, de 11-11-86. "De acordo. Em 11-11-86."

Consulta: CGR nº 34/C/85 (PR — 1.002892/85-63).

Referência: Av. G. Civil nº 403/85, com EM do MS nº 15/85, a que se referiram os Avisos n.os CGR — 36/85, MPAS — 324/85 e G. Civil 568/85.

Assunto: contribuições arrecadadas pelo Iapas de fundações criadas pelo poder público, para Funrural, Incra, Senai, Sesi, Senac, Sesc e DPC.

Ementa: as fundações criadas pelo poder público, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, não se compreendem no conceito regulamentar de órgãos do poder público e, por isso, não são alcançadas pela dispensa de recolhimento das contribuições arrecadadas pelo Iapas em favor dos serviços sociais autônomos. Isenção à FSESP dependeria de norma expressa. Inteligência dos arts. 3º e 4º, III, do Decreto nº 60.466, de 14 de março de 1967.

PARECER Nº SR-15

O Ministério da Saúde, pela Exposição de Motivos nº 15, de 5 de julho de 1985, que se faz acompanhar do Parecer nº 86/85, de sua Consultoria Jurídica (diver-

gente da congênere do Ministério da Previdência e Assistência Social), sugere a audiência desta Consultoria Geral da República, quanto à possibilidade de serem equiparadas aos órgãos públicos, para os fins previstos no Decreto nº 60.466, de 14 de março de 1967, no seu art. 4º, III, as fundações instituídas pelo poder público, particularmente à FSESP (Fundação Serviço Especial de Saúde Pública), com o que ficariam exoneradas da obrigação do recolhimento feito ao Iapas, a favor de outras entidades, quais sejam o Funrural, o Incra, o Senai, o Sesi, o Senac, o Sesc e o DPC.

II

Com o Aviso nº 403, de 17.7.85, do Gabinete Civil da Presidência da República, consoante determinação presidencial nesse sentido, veio o processo à CGR.

De acordo, com o disposto no arts. 11, item VIII, e 21 do Decreto nº 58.693/66, então vigente, foi pedida a manifestação da CJ-MPAS, pelo Aviso nº CGR 36, de 26.7.85, o que foi atendido, conforme resposta contida no Aviso nº MPAS-324, de 11.10.85.

Sustenta a CJ-Saúde, em síntese:

a) que a referência a autarquias, feita no art. 4º, III, do Decreto nº 60.466/67, é exemplificativa, não relevando o propósito de excluir outras pessoas jurídicas que não as ali especificadas;

b) que a expressão "órgãos do poder público" tanto pode se referir a um setor despersonalizado da administração como não;

c) que, quando assumem gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo, as fundações são de direito público (acórdão do STF no RE nº 101.126-7-RJ. *DJ* de 1.3.85);

d) que as fundações públicas, conforme atual entendimento doutrinário, são consideradas espécie do gênero autárquico, podendo como tal ser tida a FSESP, pelas suas finalidades institucionais, de natureza tipicamente estatal;

e) que a FSESP, criada para o desempenho de funções próprias do serviço público, delegadas, de interesse coletivo, não deixa de ser órgão público *lato sensu*, de cooperação com o Estado, com personalidade jurídica de direito público;

f) que os servidores da FSESP, oriundos do Serviço Especial de Saúde Pública, eram contribuintes do Ipase, não havendo razão para impor, àquela instituição pública, obrigação para contribuir a favor dos demais fundos e entidades, referidos na norma regulamentar analisada.

A CJ-MPAS defende posição contrária, alegando:

a) que em decorrência do novo entendimento firmado, pelo qual não se poderia estender às fundações um benefício fiscal não concedido às empresas públicas, torna-se desnecessária a discussão sobre ser a FSESP equiparada ou não às autarquias, tanto mais diante dos Pareceres n.os CGR L-102, e L-126;

b) que a norma regulamentar não se estende a qualquer outra entidade, de natureza diversa da autárquica, muito menos às fundações oficiais de direito privado;

c) que as fundações não perdem a sua personalidade privada nem podem ser consideradas órgãos autônomos estatais ou entidades públicas.

III

Não cabe aqui perquirir sobre a natureza jurídica das fundações, chamadas oficiais, ou em particular a da FSESP.

Os citados Pareceres n.os L-102 e L-126 esgotaram o tema.

A *isenção* das contribuições destinadas a outros fundos, conforme estabelecido no art. 4º, III, do Decreto nº 60.466/67, alcança apenas os *órgãos do poder público*, como tais delimitados os da União, dos territórios, dos estados, dos municípios e das respectivas autarquias, compreendidos, por iguais razões, os do Distrito Federal.

Sem dúvida, o conceito de *órgãos do poder público*, tal como posto na referida norma regulamentar, não alcança as pessoas de direito privado ainda que criadas pelo poder público e para o desempenho de atividades de interesse público.

Este conceito de *órgão* é, aliás, característico do direito público, tendo sido objeto de extênuas investigações na bibliografia de constitucionalistas e administrativistas em diversos idiomas e sistemas.

Desde a obra clássica sobre a matéria, de Otto Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, passando pelos monografistas especializados, como Romano, Raggi, D'Alessio, Michoud, Malberg e Capaccioli e, em especial, Aparicio Mendez (*Teoría del órgano*), até o *Tratado*, de José Cretella Jr., a simples noção de *órgão* é estudada em conotação com o Estado, como seu *aparelhamento*, o liame instrumental *entre essa instituição abstrata* e o *indivíduo*.

Vale reproduzir, a propósito, a síntese do mestre Villegas Basavilbaso sobre a teoria de Gierke:

"Toda Constituição tem naturalmente como objeto essencial dar à nação estrutura orgânica que a habilite a expressar uma vontade unificada; e como é da natureza das coisas que tal vontade não pode ser outra senão a dos entes humanos, o objeto da Carta Fundamental, neste particular, consiste em determinar quais os indivíduos, e mediante que processos, terão a seu cargo o *querer em nome da coletividade*" (*Derecho administrativo*. Buenos Aires, 1950. v. 2. p. 529, grifo nosso).

E é por isso que Jellinek afirmou que só existe *Estado* através de seus órgãos e José Cretella Jr., que o recorda, conclui assim seu capítulo V, do volume 1, dedicado aos órgãos de administração pública (ed. 1966. p. 92 e 95):

"(...) procurou-se mostrar com que fundamento o Estado, pessoa jurídica, opera por meio de pessoas físicas, que constituem os órgãos da administração".

O *Estado*, como pessoa jurídica de direito público, como se vê, é uma constante no conceito de *órgão*, mas, ainda assim, o decreto sob exame é ainda mais enfático, raiando ao superfetatório quando se refere a *órgãos do poder público*, o que faz estreme de dúvidas a presente interpretação, que não vê, na pessoa jurídica de direito privado, a condição de órgão de administração, capaz de "querer em nome da coletividade", como na elegante expressão de Gierke.

Essa vontade, que parte das pessoas físicas, é considerada *do órgão* da administração pública, precisamente porque este cumpre a finalidade do Estado ou, ainda, o Estado cumpre seus fins através de seus órgãos pessoais ou individuais e das pessoas jurídicas de direito público por eles integradas.

A doutrina atormentou-se muito com as teorias do *mandato* e da *representação* para explicar a atuação do Estado nas pessoas jurídicas através da vontade da pessoa física.

Insistia a teoria do mandato na configuração da hipótese de mandatário na pessoa física e de mandante na jurídica.

A fragilidade dessa concepção provocou nova teoria não menos infeliz: a da representação, que, durante muito tempo, sustentou ser a pessoa física representante da pessoa jurídica de direito público, comparada esta ao incapaz.

Leon Michoud (*La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*. v. 1. p. 132. nº 59) desmontou ambas as teorias pelo raciocínio do bom senso: tanto no mandato, como na representação, há de ser pressuposta a existência de *vontade* do *mandante* ou do *representado*. Na primeira hipótese a "vontade" do mandante capaz e, na segunda, a incapacidade de manifestar a vontade, o que estabelecia semelhança entre o Estado e os loucos ou os menores.

Ajustadas ambas as concepções, oriundas dos preceitos privatistas do direito civil, na Alemanha, Gierke criou a teoria do *órgão*, iluminando a necessidade de definição precisa para o direito administrativo.

Com efeito, a qualidade de mandatário ou representante pode derivar de lei ou de um ato jurídico, mas a idéia de *órgão* traz a noção clara de *constituição* do ente moral, de parte integrante dele:

"Na representação há um vínculo jurídico entre dois sujeitos de direito, pelo qual um atua em nome do outro; mas, em se tratando de órgão de pessoa jurídica atua *ela mesma,* porque o *órgão* forma parte dela e *integra sua estrutura;* a pessoa jurídica se serve do órgão como a pessoa física se serve da boca ou das mãos" (Marienhoff, Miguel S. *Organo, noción conceptual*. In: *Tratado de derecho administrativo*. v. 1. p. 492).

Aparicio Mendez, na obra retro-referida, p. 15, observa:

"A teoria do órgão é a única que regula eficientemente os aspectos jurídico e técnico, isto é, integralmente, o fato da fragmentação do Estado, as condições de funcionamento dessas unidades, suas relações recíprocas e o ainda mais sutil fenômeno da ação do homem pelo Estado."

Modernamente, a noção de órgão situa-se em esferas de competências e define tanto a pessoa jurídica competente para decidir, como a repartição pública, *uffici pubblici,* como o sustenta Garcia Trevijano Fos nos seus *Princípios jurídicos da organização administrativa*. p. 64-5.

Assim o *órgão do poder público* entende-se estritamente *pela estrutura* e *pela função na organização administrativa*.

Esta noção moderna afasta completamente da idéia de *órgão público* as pessoas jurídicas autônomas de direito privado, ainda que, nos sistemas governamentais descentralizados, cumpram algumas funções *que deveriam ser cumpridas pelos órgãos públicos*. Cumprem elas as funções mas não pertencem *à estrutura orgânica* da administração pública.

IV

Quanto às contribuições, cuja isenção se pretende, é necessário atentar que as legislações instituidoras dos chamados *serviços sociais autônomos* (Senai, Senac, Sesi e Sesc), e das contribuições a seu favor (Decretos-leis n.os 6.246/44, 8.621/46, 9.403/46 e 9.853/46 e Lei nº 5.461/68), obrigam a todos os estabelecimentos comerciais e industriais, bem como aos demais empregadores a estes assemelhados, não distinguindo as empresas estatais ou as fundações criadas pelo poder público.

São, inegavelmente, relevantes as razões fáticas invocadas a favor da pretendida isenção, em benefício da FSESP. Falta, porém, a norma legal expressa que lhe assegure o benefício.

No direito tributário colhem-se as regras que, por via interpretativa, afastam a aplicação da eqüidade à hipótese de isenção de contribuição paratributária: os arts. 108, § 2º, e 111, II e III, do Código Tributário Nacional.

Ainda por via de interpretação, no âmbito da administração, não seria possível favorecer uma fundação, desobrigando-a do recolhimento daquelas contribuições acessórias, em desfavor das entidades beneficiárias e, ao arrepio da lei, prejudicando-lhes a fonte de renda.

Diante do exposto, afigura-se-nos assistir razão à douta Consultoria Jurídica do MPAS, no sentido de estarem as fundações, instituídas pelo poder público, inclusive a FSESP, fora do alcance previsto no art. 4º, III, do Decreto nº 60.466/67, que dispensa *apenas os órgãos do poder público* do recolhimento das contribuições arrecadadas pelo Iapas, a favor de terceiros. Conforme se demonstrou exaustivamente, órgãos do poder público são os componentes do corpo da administração e não as pessoas jurídicas autônomas que esta criou fora desse corpo, precisamente para que elas não tivessem as características de órgão da administração pública.

Sub censura.

Brasília, 11 de novembro de 1986. — *J. Saulo Ramos,* Consultor-Geral da República.