



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Parecer PG-3/FLW n° 03/09

Rio de Janeiro, 13 de agosto de 2009.

PA n° E-01/600.037/2007

Enquadramento de Fundação Pública estadual no sistema cumulativo da COFINS – jurisprudência unânime do STF determinando a prevalência da função sobre a forma

Sr. Procurador-Chefe

I

Trata-se de processo administrativo inaugurado pelo Diretor Administrativo Financeiro da Fundação Cide, no qual solicita análise sobre a alíquota da Cofins aplicável à venda de produtos daquela entidade. Juntou aos autos a Lei n° 10.833/2003, que criou o regime não-cumulativo de tal contribuição federal, destacando seu art. 10, que previu as hipóteses de permanência no regime cumulativo (verdadeiro objeto da dúvida).

Em fls. 11/13 consta parecer opinando pela natureza privada da Fundação, o que a colocaria no regime não-cumulativo, com alíquota de 7,6%, bem como pela necessidade de retenção na fonte dos valores equivalentes à CSLL, PIS/PASEP e Cofins em razão dos serviços pagos pela Fundação, o que não era objeto do questionamento inicial. O parecer menciona, ainda, a incorporação da Fundação Cide pela Fundação Ceperj, por meio da Lei Estadual n° 5.420, de 31/03/2009, razão pela qual sugere o envio do PA à Assessoria Jurídica da SEPLAG.

II

A criação de fundações pelos entes componentes da federação teve início na década de 60, do século passado, tendo sido uma forma de burlar as exigências de licitação e contratação de empregados por concurso público. Em 1967, foi editado o Decreto-Lei nº 200, que reestruturou a administração pública federal e trouxe os conceitos de administração pública direta e indireta, incluindo nesta as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações. Em seu art. 5º¹, conceituou as autarquias como entidades de Direito Público e as fundações como de Direito Privado, seguindo a regra estabelecida no Código Civil de 1916. O art. 77, § 2º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, adotou texto semelhante em seus quatro incisos.

A Constituição de 1988, de índole moralizadora, passou a exigir concurso público e licitação para todas essas quatro espécies de entidades da administração indireta. Além disso, utilizou a expressão “fundação pública” em diversos dispositivos, como o art. 39², que estabeleceu o regime jurídico único para os servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas, numa clara equiparação entre as três.

¹ Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. *Grifamos*

² O texto, já revogado, era: “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.”

Tendo em vista que nenhuma das fundações então existentes havia sido criada por lei e nos seus registros constitutivos constavam características de Direito Privado, coerentemente com o disposto no mencionado DL nº 200/67, a única conclusão lógica era que a Constituição estava transformando em públicas as fundações que tivessem tal natureza, mesmo que fossem formalmente privadas. Essa afirmação já tinha respaldo doutrinário desde a edição alguns anos antes do célebre livro de José Cretella Jr, *Fundações de Direito Público*.

Coerentemente com o texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal passou a considerar as fundações como espécies do gênero autarquia em razão de suas finalidades e origem dos recursos. Esse entendimento decorre da prevalência do conteúdo sobre a forma e se aplica às fundações federais, estaduais e municipais, independentemente de como sejam descritas nas leis criadoras, Constituições Estaduais ou registros públicos. Seguem transcritas algumas ementas:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE A JUSTIÇA FEDERAL E A JUSTIÇA COMUM. NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO. 1. A Fundação Nacional de Saúde, que é mantida por recursos orçamentários oficiais da União e por ela instituída, é entidade de direito público. 2. Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Federal. Artigo 109, I da Constituição Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figura como parte fundação pública, tendo em vista sua situação jurídica conceitual assemelhar-se, em sua origem, às autarquias. 3. Ainda que o artigo 109, I da Constituição Federal, não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é o de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, estão sujeitas, fazem delas espécie do gênero autarquia. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido para declarar a competência da Justiça Federal.” (STF, RE nº 215.741/SE, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, pub. 4/06/1999, Fundação Nacional de Saúde – FNS x Terezinha Dias Ramos.) Grifamos

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. UNIVERSIDADE DO RIO DE JANEIRO. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. CONDENAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ART. 109, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A Fundação Universidade do Rio de Janeiro tem natureza de fundação pública, pois assume a gestão

de serviço estatal, sendo entidade mantida por recursos orçamentários sob a direção do Poder Público, e, portanto, integrante da Administração Indireta. 2. Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Federal. Art. 109, I da Constituição Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figure como parte fundação instituída pelo Poder Público Federal, uma vez que o tratamento dado às fundações federais é o mesmo deferido às autarquias. 2.1. Embora o art. 109, I da Constituição Federal não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é no sentido de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, está sujeita a entidade, fazem dela espécie do gênero autarquia e, por isso, são jurisdicionadas à Justiça Federal, se instituídas pelo Governo Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (STF, RE nº 127.489/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, pub. 06/03/1998, UERJ x Moisés Kac.)

“Causa trabalhista ajuizada na vigência da constituição de 1967 (e.c. n. 1/69), perante a justiça do trabalho, contra fundação pública, espécie do gênero autarquia (cnpq). Permanece sujeita a competência residual da justiça federal e a ação que já o era, na ordem constitucional revogada, mesmo que, erroneamente, houvesse ingressado na justiça do trabalho (constituição de 1988, art. 114 e respectivo ato das disposições transitórias, art. 27, parágrafo 10). Reclamação julgada procedente, para garantir a autoridade da decisão do supremo tribunal que, em conflito de jurisdição, afirmara a competência da justiça federal.” (STF, Rcl nº 294/DF, Pleno, Rel. Min. Octávio Galloti, pub. 31/03/1989.)

Competência. Causa trabalhista ajuizada na vigência da constituição de 1967 (ec 1/69), perante a justiça do trabalho, contra fundação pública, espécie do gênero autarquia (funabem). Permanece sujeita a competência residual da justiça federal a ação que já o era, na ordem constitucional precedente (art. 125, i), mesmo que, erroneamente, houvesse ingressado na justiça do trabalho (c.f. de 1988, art. 114 e adct, art. 27, parágrafo 10). Conflito de jurisdição conhecido, declarada a competência da justiça federal. (STF, Conflito de Jurisdição nº 6186/DF, Pleno, Rel. Min. Sidney Sanches, pub. 17/03/1989.) Grifamos todas

O único problema decorrente de tal entendimento é a caracterização das funções públicas, o que pode ser resolvido com a consulta ao dispositivo constitucional que sintetiza as funções materiais da União, Estados e Municípios. Sempre que a fundação exercer, primordialmente, alguma das funções típicas das entidades componentes da Federação, descritas no art. 23³, da Constituição,

³ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

constituirá uma lógica extensão destas, que acarreta seu enquadramento no conceito de pública e tratamento idêntico ao recebido pelas autarquias.

Em conclusão, entendo que a Fundação Cide, incorporada pela Fundação FESP por meio da Lei nº 5.420/2009, que a renomeou para Fundação Centro Estadual de Estatísticas, Pesquisas e Formação de Servidores Públicos do Rio de Janeiro – CEPERJ, é uma fundação pública, enquadrando-se no regime cumulativo da Cofins, nos exatos termos do art. 10, inciso V, da Lei nº 10.833/2003 (alíquota de 3%).

É o que me parece, s.m.j.

FERNANDO LEMME WEISS

PROCURADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.