



Centro Universitário de Brasília - Uniceub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

JOÃO MARCELO BARROS LEAL MONTENEGRO CARVALHO

**AS IMPLICAÇÕES DA NATUREZA PÚBLICA DEFINIDA
CONSTITUCIONALMENTE PARA AS ENTIDADES FECHADAS DE
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS**

Brasília

2016

JOÃO MARCELO BARROS LEAL MONTENEGRO CARVALHO

**AS IMPLICAÇÕES DA NATUREZA PÚBLICA DEFINIDA
CONSTITUCIONALMENTE PARA AS ENTIDADES FECHADAS DE
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. João Rezende Almeida
Oliveira

Brasília

2016

JOÃO MARCELO BARROS LEAL MONTENEGRO CARVALHO

**AS IMPLICAÇÕES DA NATUREZA PÚBLICA DEFINIDA
CONSTITUCIONALMENTE PARA AS ENTIDADES FECHADAS DE
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. João Rezende Almeida
Oliveira

Brasília, 7 de junho de 2016

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. João Rezende Almeida Oliveira

Prof. Dr. Humberto Cunha dos Santos

Prof. Dr. Eduardo Bastos Furtado de Mendonça

Brasília

2016

AGRADECIMENTOS

À minha noiva Danielly, pelo apoio incondicional e pela compreensão de minhas muitas ausências dedicadas à elaboração deste estudo;

Aos meus pais, João e Elisabeth, por terem me proporcionado sólida formação, o que lhes exigiu muito esforço, além de uma educação baseada em muito amor e retidão de caráter;

Às minhas irmãs, Sarah e Lívia, e os que com elas passaram a fazer parte da família, meu cunhado Rodrigo e minha afilhada Maya, pelo ânimo que me ajudou a vencer mais esta etapa;

Aos meus amigos de infância que fiz em Fortaleza, aos novos que conquistei em Brasília e ao restante de minha extensa família, pelo, ainda que inconsciente, incentivo em trilhar este desafio;

À Gama Consultores Associados e aos colegas que a integram, por ter contribuído para minha evolução profissional e por ter me apoiado, de diversas formas, nessa jornada de uma segunda graduação;

Ao Professor João Rezende Almeida Oliveira, pela valiosa e imprescindível orientação.

Meu muito obrigado!

RESUMO

Com o objetivo de verificar quais as implicações da natureza pública definida constitucionalmente às entidades de previdência complementar direcionadas a servidores públicos, o presente estudo aborda, em especial, aspectos do Direito Administrativo e do Direito Previdenciário. Apresenta uma análise da normatização das entidades de previdência complementar, com foco nas entidades fechadas, concluindo pela natureza eminentemente privada desses entes. Adentra no estudo das fundações, diferenciando as públicas das privadas. Traz à baila divergências doutrinárias acerca da classificação de fundações como entes da administração pública indireta. Associa as entidades de previdência complementar de servidores públicos às fundações privadas, porém com uma característica *sui generis*: a natureza pública definida constitucionalmente. Afirma que tais entidades não integram a administração pública indireta. Propõe respostas a um rol de questionamentos elencados, relativos às implicações da natureza pública das entidades de previdência complementar instituídas por entes federativos, amparado na legislação, nos estatutos de entidades já criadas, na doutrina e na jurisprudência. Conclui pela aplicabilidade dos princípios que regem a administração pública a tais fundações, bem como pela existência de aspectos diferenciadores dessas entidades comparativamente às demais, em razão da natureza pública constitucionalmente definida.

Palavras-chave: Direito Previdenciário. Direito Administrativo. Previdência Complementar dos Servidores Públicos. Natureza Jurídica das Fundações.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO SERVIDOR PÚBLICO	9
1.1 Evolução da normatização	9
1.2 A natureza jurídica das entidades fechadas de previdência complementar	13
2 AS FUNDAÇÕES	16
2.1 A personalidade jurídica das fundações	16
2.2 As fundações de previdência complementar dos servidores públicos	21
2.2.1 A forma de organização das fundações já em funcionamento	26
2.3 Tipos de fundações existentes	27
2.4 As características das fundações privadas de natureza pública	30
3 AS IMPLICAÇÕES DA NATUREZA PÚBLICA DAS FUNDAÇÕES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS	33
3.1 Regime de contratação dos empregados	34
3.2 Aplicabilidade do teto constitucional	38
3.3 Observância do regime de licitações	40
3.4 Competência para julgamento de ações judiciais	42
3.5 Aplicabilidade de privilégios processuais	44
3.6 Imunidade tributária	45
3.7 Fiscalização pelos Tribunais de Contas	47
CONCLUSÕES	51
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

A pesquisa que ora se desenvolve compreende diversos ramos do direito, destacando-se o Direito Previdenciário e o Direito Administrativo, porém permeando, também, o Direito Constitucional e o Direito Civil.

A escolha do tema decorre da contemporaneidade e importância do assunto, em razão da recente criação de diversas entidades fechadas de previdência complementar de servidores públicos. De 2012 até os dias atuais¹, já são sete entidades criadas, sendo duas de âmbito federal (uma que congrega os poderes executivo e legislativo e outra que abriga o poder judiciário e o Ministério Público), e cinco estaduais (São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Minas Gerais e Bahia).

Caracterizando-se como um movimento de desoneração dos cofres públicos a longo prazo, bem como de aproximação das condições previdenciárias dos servidores públicos e dos funcionários da iniciativa privada, seguindo uma tendência mundial, a previdência complementar dos servidores públicos possui previsão constitucional, dada, originalmente, pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

Em 2003, os dispositivos inseridos na Constituição Federal pela EC nº 20 foram alterados pela Emenda Constitucional nº 41. Nessa oportunidade, inseriu-se na Carta Magna a previsão de que as entidades de previdência complementar destinadas aos servidores públicos teriam natureza pública. Tal previsão tem gerado intensos debates, especialmente no sentido de se estabelecer quais implicações decorrentes dessa disposição constitucional. O imbróglio se assevera ao lembrarmos que as entidades de previdência complementar são figuras de direito eminentemente privado, conforme prescreve a legislação específica que rege tais entes.

Dado este contexto, diversas são as perguntas que se colocam, para as quais se buscará resposta neste estudo monográfico. Para tanto, as análises terão amparo em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, além de análises históricas do processo legislativo que

¹ Pesquisa concluída em 03/04/2016.

derivou nas emendas constitucionais e leis que regulam a matéria. Objetiva-se alcançar, através de interpretação teleológica e sistemática dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais envolvidos, qual foi a intenção do legislador ao inserir a previsão de natureza pública para as entidades fechadas de previdência complementar dos servidores públicos.

O estudo tem como objetivo apresentar aspectos diferenciadores das entidades fechadas de previdência complementar de servidores públicos, relativamente aos demais fundos de pensão, em razão da natureza pública que aquelas possuem. Além disso, visa-se a enriquecer a literatura acerca deste tema, que consiste em assunto demasiadamente específico, mas que, nem por isso, deve ser esquecido pelos operadores do direito. Isso porque as dúvidas decorrentes da natureza pública atribuída às entidades de previdência de servidores públicos tendem a ganhar, cada vez mais, importância, acompanhando o ritmo de criação de novas entidades.

Divide-se o estudo em três seções principais, além desta introdutória e do capítulo conclusivo. O primeiro capítulo abordará a previdência complementar do servidor público de um modo geral, apresentando ao leitor a evolução da normatização e a natureza jurídica das entidades fechadas de previdência complementar.

O segundo capítulo trará uma análise bastante detalhada das fundações, tipo de pessoa jurídica na qual se organizam as entidades fechadas de previdência complementar dos servidores públicos. Abordar-se-á a personalidade jurídica das fundações, em sua acepção lato; adentrar-se-á, especificamente, nas fundações de previdência complementar dos servidores públicos; analisar-se-á a forma na qual as fundações já criadas para este propósito se organizam; far-se-á uma análise dos tipos de fundações existentes; e, por fim, elencar-se-á as características das fundações privadas de natureza pública, forma esta na qual as entidades de previdência dos servidores públicos devem ser constituídas.

O terceiro capítulo abordará o cerne da questão em análise neste trabalho monográfico, buscando trazer respostas às perguntas que motivam o presente estudo, as quais estão relacionadas às implicações da natureza pública definida constitucionalmente para as fundações de previdência complementar dos servidores públicos. Serão elencadas, objetivamente, consequências da citada prescrição constitucional, visando a trazer luz ao

tema, que muito intriga os operadores do direito e demais envolvidos no segmento de previdência complementar brasileiro.

1 A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO SERVIDOR PÚBLICO

1.1 Evolução da normatização

O marco regulatório da previdência complementar no Brasil remete ao ano de 2001, quando foram publicadas as Leis Complementares nº 108 e nº 109. A previsão constitucional dessas leis consta do art. 202 da Carta Magna, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

A Constituição Federal de 1988 previu que:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

[...]

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

[...]

A Lei Complementar nº 109 foi prevista no *caput* do artigo constitucional transcrito, enquanto que a Lei Complementar nº 108 está prevista em seu §4º. Ambas vieram a substituir a Lei nº 6.435, de 1977, que regulamentava as então denominadas entidades de previdência privada, que vieram a ser chamadas, no novo marco regulatório, de entidades de previdência complementar.

Inobstante o §4º do art. 202 da Lei Maior, reforçado pelas disposições da Lei Complementar nº 108, prever a participação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios como patrocinadores de planos de benefícios de entidades fechadas de previdência complementar, também denominadas de fundos de pensão, essa participação era, até 2003, inviável, sob o ponto de vista legal. Isso porque os §§14 e 15 do art. 40 da Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 20/1998, dispunham da seguinte forma:

§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15 - Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

Essa inviabilidade decorria da redação do §15, que fazia remissão a uma Lei Complementar, que nunca veio a ser promulgada. Referindo-se às alterações trazidas pelo dispositivo citado, Gilberto Guerzoni Filho afirma que “*A matéria não chegou a ter eficácia por depender de regulamentação mediante lei complementar, cujo projeto foi enviado ao Congresso Nacional, mas não chegou a ser aprovado.*”²

Complementa o autor:

Essencialmente, a regulamentação do regime complementar de previdência para os servidores titulares de cargo efetivo, prevista na Emenda Constitucional nº 20, de 1998, ficou paralisada na Câmara dos Deputados porque a bancada então oposicionista não aceitava que esse regime somente pudesse oferecer planos na modalidade de contribuição definida.³

Planos de contribuição definida, conforme os ensinamentos de Flávio Martins Rodrigues, são aqueles em que, no momento da concessão do benefício de aposentadoria, verifica-se o total poupado, calculando-se, com base em perspectivas atuariais, o montante possível de pagamento. Complementa o autor que, naturalmente, quanto mais elevado o valor acumulado e mais avançada a idade do beneficiário, tanto maior será o benefício de aposentadoria.⁴

² GUERZONI FILHO, Gilberto. Eficiência política, consistência atuarial e ajuste fiscal: comentários sobre a Emenda Constitucional nº 41, de 2003. Textos para discussão, vol. 2. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2004.

³ Ibidem.

⁴ RODRIGUES, Flávio Martins. Os riscos de natureza jurídica. Gestão de fundos de pensão: aspectos jurídicos. São Paulo: Abrapp, p. 23-40, 2006.

No ano de 2003, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 41. Dentre outras disposições, cujo conjunto foi chamado de Reforma da Previdência do Governo Lula⁵, referida Emenda alterou o §15 do art. 40 da CF/88. A previsão de Lei Complementar foi substituída pela necessidade da elaboração de uma lei, de iniciativa do poder executivo do respectivo ente – a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios – instituindo o regime de previdência complementar para os seus servidores públicos. A redação do §15, que vigora até hoje, é a seguinte:

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

Como nota histórica, vale ressaltar que, durante a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional que resultou na EC nº 41/2003 – PEC nº 40/2003 – discutia-se que um dos objetivos da Reforma da Previdência era a sua privatização, com a aplicação do teto do Regime Geral de Previdência Social, operado pelo INSS, aos servidores públicos, equiparando-os aos funcionários da iniciativa privada, e deixando os servidores públicos cobertos por fundos de pensão privados. Para atenuar tal risco, a redação do §15 asseverou que o regime de previdência complementar dos servidores públicos será instituído por entidades de previdência de natureza pública⁶.

Portanto, a partir de 31 de dezembro 2003, data em que foi publicada no Diário Oficial da União a Emenda Constitucional nº 41, passou a depender, unicamente, de cada ente a instituição de seus regimes de previdência complementar. No entanto, esse fato não gerou nenhum efeito imediato.

Em 2007, emergiu o primeiro movimento de criação de um regime de previdência complementar de servidores públicos. Foi apresentado ao Congresso Nacional, pelo poder executivo federal, Projeto de Lei que recebeu o número 1992. A ementa original do Projeto era a seguinte:

⁵ GUERZONI FILHO, Gilberto. Eficiência política, consistência atuarial e ajuste fiscal: comentários sobre a Emenda Constitucional nº 41, de 2003. Textos para discussão, vol. 2. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2004.

⁶ DIAS, Eduardo Rocha; LEITÃO, André Studart; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. Nova Previdência Complementar do Servidor Público. São Paulo: Método, 2012. p. 95.

Institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros dos órgãos que menciona, fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição, autoriza a criação de entidade fechada de previdência complementar denominada Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal - FUNPRESP, e dá outras providências.

Referido Projeto tramitou no Congresso Nacional por cinco anos, sendo convertido na Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012. Durante as negociações para a aprovação da Lei, expandiu-se a possibilidade de criação de não apenas uma, mas de até três entidades de previdência complementar, sendo uma para o poder executivo, uma para o legislativo (incluindo-se o Tribunal de Contas) e uma para o judiciário (incluindo-se o Ministério Público). A ementa da Lei promulgada foi a seguinte:

Institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros dos órgãos que menciona; fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal; autoriza a criação de 3 (três) entidades fechadas de previdência complementar, denominadas Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud); altera dispositivos da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004; e dá outras providências.

Adacir Reis, em obra bastante prestigiada no segmento de previdência complementar, comenta que *“tais entidades fechadas de previdência complementar foram previstas como fundações, com personalidade jurídica de direito privado, de natureza pública, sem fins lucrativos, com autonomia administrativa, financeira e gerencial.”*⁷

Para o estudo que ora se desenvolve, importante frisar que a Lei nº 12.618 é autorizativa, ou seja, autorizou a criação de até três fundações, e não as criou diretamente. Tanto é que, ao fim, não foram criadas três, mas apenas duas fundações – Funpresp-Exe e Funpres-Jud –, visto que o legislativo aderiu à fundação do executivo.

⁷ REIS, Adacir. Curso Básico de Previdência Complementar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 132

Também é importante ressaltar que, apesar da iniciativa da criação do regime complementar de previdência tenha tido o pioneirismo da União, com o PL 1.992/2007, o Estado de São Paulo foi o primeiro ente a aprovar a lei de criação do seu regime de previdência complementar, por intermédio da Lei Estadual nº 14.653, de 22 de dezembro de 2011, lei esta oriunda do PL 840/2011. A partir da citada Lei, foi instituída a SP-Prevcom, primeira entidade de previdência complementar de servidores públicos do Brasil.

Posteriormente às entidades de previdência complementar do Estado de São Paulo e das duas entidades de âmbito federal, foram instituídas entidades destinadas aos servidores públicos dos Estados do Rio de Janeiro (RJPrev, pela Lei Estadual nº 6.243/2012), Espírito Santo (Preves, pela Lei Complementar Estadual nº 711/2013), Minas Gerais (Prevcom-MG, pela Lei Complementar Estadual nº 132/2014) e Bahia (PrevBahia, pela Lei Estadual nº 13.222/2015). Quando da conclusão do presente estudo⁸, outros diversos entes estavam em processo de criação de seus respectivos regimes de previdência complementar, alguns com leis já aprovadas, porém sem ter sido concretizada a efetiva criação da fundação.

Como se tratam de leis autorizativas, mister diferenciar a autorização da criação da fundação de sua efetiva instituição. No caso das entidades de previdência complementar fechada, a efetiva criação se dá por meio de autorização do órgão governamental fiscalizador do segmento, que é a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc.

Dessa forma, cada uma das fundações citadas teve sua autorização de funcionamento dada por meio de Portaria da Previc, devidamente publicada no Diário Oficial da União. O ato constitutivo da entidade de previdência complementar é o seu estatuto e é este documento que é submetido à Previc para que seja aprovado o início de funcionamento da entidade.

1.2 A natureza jurídica das entidades fechadas de previdência complementar

Antes de adentrar no assunto objeto desta seção, cumpre diferenciar as entidades abertas de previdência complementar das entidades fechadas de previdência

⁸ Pesquisa concluída em 03/04/2016.

complementar. Apesar de ambas estarem definidas na Lei Complementar nº 109/2001, há muitas diferenças entre esses dois tipos de entidades.

Acerca deste tema, Reis assevera que:

As entidades “fechadas” de previdência complementar recebem este nome porque o acesso a seus planos de benefícios é permitido apenas para grupos específicos de pessoas, a partir do vínculo empregatício ou associativo

[...]

As entidades “abertas” de previdência complementar recebem tal qualificação porque seus planos são oferecidos abertamente no mercado, sem necessidade de prévio vínculo empregatício ao associativo.⁹

Sem o objetivo de ser exaustivo nesta análise, mas unicamente com o intuito de diferenciar as entidades que ora estão sendo analisadas – as fechadas – das entidades abertas de previdência complementar, apresenta-se, no Quadro 1, um resumo das diferenças dessas entidades, conforme dispõe a Lei Complementar nº 109.

Quadro 1 – Diferenças entre entidades fechadas e abertas de previdência complementar

Característica diferenciadora	Entidades Fechadas de Previdência Complementar	Entidades Abertas de Previdência Complementar
Administração dos planos	Instituídos por empresas ou entidades classistas ou setoriais, aos seus colaboradores ou associados	Comercializados por bancos ou seguradoras, acessíveis a qualquer pessoa física
Tipos de planos de benefícios previdenciais	Apenas coletivos	Coletivos ou individuais
Finalidade lucrativa	Não há	Pode haver
Forma de organização	Fundações ou sociedades civis	Sociedades anônimas
Fiscalização	Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, vinculada ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social – MPS	Superintendência de Seguros Privados – Susep, vinculada ao Ministério da Fazenda – MF
Normatização	Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC	Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP

Fonte: elaboração do autor.

Importante comentar, com maior grau de profundidade, a forma de organização das entidades fechadas de previdência complementar. O Quadro 1 menciona que

⁹ REIS, Adacir. Curso Básico de Previdência Complementar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 21-23

tais entidades podem ser fundações ou sociedades civis. No entanto, a figura da sociedade civil, nas palavras de Daniel Pulino¹⁰, encontra-se em descompasso como o Código Civil vigente. Assim, aquelas entidades que já haviam sido constituídas sob a forma de sociedade civil na vigência do Código Civil de 1916, puderam manter tal forma de organização. Vale ressaltar que, atualmente, a única forma possível de se instituir uma entidade fechada de previdência complementar é como fundação.

Considerando que todas as entidades de previdência complementar direcionadas a servidores públicos foram criadas sob a égide do Código Civil vigente, conclui-se que todas essas entidades organizar-se-ão sob a forma de fundação.

O doutrinador administrativista José dos Santos Carvalho Filho, comentando sobre as fundações, assevera que:

A fundação, como pessoa jurídica oriunda do direito privado, se caracteriza pela circunstância de ser atribuída personalidade jurídica a um patrimônio preordenado a certo fim social. Trata-se de uma das categorias das pessoas jurídicas de direito privado, estando reguladas nos arts. 62 a 69 do Código Civil.¹¹

Continua o autor assinalando como características básicas das fundações de qualquer natureza: i) a figura do instituidor; ii) o fim social da entidade; e iii) a ausência de fins lucrativos. Pondera que, em relação às fundações públicas, o instituidor é sempre o Estado¹². Faz, portanto, esta primeira diferenciação entre as fundações públicas e privadas, assunto este que será abordado com maior riqueza de detalhes na seção subsequente deste estudo.

¹⁰ PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. Florianópolis: Conceito Jurídico, 2010. p. 128.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 524.

¹² Idem.

2 AS FUNDAÇÕES

2.1 A personalidade jurídica das fundações

Conforme já aduzido no presente estudo, as entidades de previdência complementar de servidores públicos organizar-se-ão, necessariamente, sob a forma de fundação. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro divide esse tipo de pessoa jurídica em dois: i) fundações públicas; e ii) fundações privadas.

A redação original do art. 37 da Constituição Federal, integrante do capítulo “Da Administração Pública”, mencionava a existência da administração pública direta, indireta e fundacional, ou seja, tratava as fundações de forma apartada dentro da administração pública. Com a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, a redação do referido dispositivo constitucional foi alterada, de modo a excluir a figura da administração pública fundacional.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, criticando a redação original da Carta Magna, comenta:

Houve certa resistência do constituinte em mencionar “a Administração Indireta, inclusive as fundações”, como se estas não fizessem parte daquela; isto se deu ou porque se conviveu, desde a entrada em vigor do Decreto-lei nº 200/67 com um sistema em que as fundações não integravam a Administração Indireta, desconhecendo, o constituinte, a Lei nº 7.596/87, que mudou essa sistemática; ou porque se quis deixar estreme de dúvidas a aplicação de certas normas constitucionais a esse tipo de entidade, precisamente pelo fato de anteriormente ela ter sido excluída; ou porque é o tipo de entidade que mais tem provocado controvérsias quanto à sua natureza jurídica.

De qualquer forma, hoje não há mais dúvida de que as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público integram a Administração Indireta [...].¹³

O Decreto-Lei nº 200/1967, citado pela autora, teve, em seu art. 4º, II, incluída a alínea “d” pela Lei nº 7.569/1987, ficando com a seguinte redação, que vigora até os dias atuais:

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 492.

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista;
- d) fundações públicas.

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

Carvalho Filho, na seção de sua obra dedicada ao estudo das fundações públicas, afirma que as fundações são pessoas jurídicas oriundas do direito privado, caracterizando-se pela atribuição de personalidade jurídica a um patrimônio preordenado a certo fim social.¹⁴

Alexandre Santos de Aragão aborda as fundações sob a ótica do Código Civil. Afirma que tais entes são personalizações jurídicas de patrimônios, ou seja, são “*o instrumento técnico-jurídico de, ao afetar determinada universalidade patrimonial e determinado objeto não-lucrativo, personificá-lo através de um estatuto e de órgãos dirigentes para a consecução deste escopo*”.¹⁵

Apresentando ao leitor a polêmica que permeia a personalidade jurídica das fundações, Carvalho Filho posiciona-se da seguinte forma:

A grande discussão que se tem travado, há algum tempo, sobre as fundações públicas diz respeito à natureza jurídica das entidades. Está longe ainda o momento de pacificação dos diversos pensamentos que tratam da questão da personalidade jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público, o que é realmente lamentável. [...] Há duas correntes sobre a matéria. A primeira, hoje dominante, defende a existência de dois tipos de fundações públicas: as fundações de direito público e as de direito privado, aquelas ostentando personalidade jurídica de direito público e estas sendo dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Por esse entendimento, as fundações de direito público são caracterizadas como verdadeiras autarquias,

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 524.

¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As fundações públicas e o novo Código Civil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, 2009-2010.

razão por que são denominadas, algumas vezes, de fundações autárquicas ou autarquias fundacionais. [...] A segunda corrente advoga a tese de que, mesmo instituídas pelo Poder Público, as fundações públicas têm sempre personalidade jurídica de direito privado, inerente a esse tipo de pessoas jurídicas. O fato de ser o Estado o instituidor não desmente a caracterização dessas entidades, até porque é o Estado quem dá criação a sociedades de economia mista e a empresas públicas, e essas entidades, como já visto, têm personalidade jurídica de direito privado.¹⁶

Di Pietro concorda com a existência de duas correntes doutrinárias acerca da personalidade jurídica das fundações. Assevera que:

Formaram-se, basicamente, duas correntes: de um lado, a que defende a natureza privatística de todas as fundações instituídas pelo Poder Público, e, de outro, a que entende possível a existência de fundações com personalidade pública ou privada, a primeira das quais como modalidade de autarquia. Após a Constituição de 1988, há quem entenda que todas as fundações governamentais são pessoas jurídicas de direito público.¹⁷

Filia-se a autora à corrente que defende a possibilidade de as fundações instituídas pelo Poder Público serem de direito público ou privado. Afirma que “*em cada caso concreto, a conclusão sobre a natureza jurídica da fundação – pública ou privada – tem que ser extraída do exame da sua lei instituidora e dos respectivos estatutos*”¹⁸.

Complementa Di Pietro:

Ainda que a legislação federal considere a fundação como pessoa jurídica de direito privado, nada impede que a lei instituidora adote regime jurídico-publicístico, derogando, no caso concreto, as normas gerais estabelecidas pelo Decreto-lei nº 200/67, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.596/87, da mesma forma como tem sido feito em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas, instituídas, estas últimas especialmente, sob formas inéditas, não previstas em qualquer lei anterior que discipline as sociedades comerciais. Trata-se de aplicar o artigo 2º, §2º, da Lei de Introdução do Código Civil, em consonância com o qual “a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior”.¹⁹

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 525.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 505.

¹⁸ Ibidem, p. 506.

¹⁹ Idem.

Alexandre Aragão também reconhece tal dualismo doutrinário, afirmando que há autores que sustentam que a personalidade jurídica de direito privado é ínsita ao conceito de fundação e, ao revés, há os que defendem que toda fundação instituída pelo poder público é de direito público, sendo equiparadas às autarquias. Conclui pela existência dos dois tipos de fundações: de direito público e de direito privado, informando ser esta a corrente majoritária, amparada, também, no acórdão do Recurso Extraordinário nº 101.126-RJ²⁰.

Carvalho Filho concorda que as fundações instituídas pelo governo podem ser de direito público ou privado²¹. O autor também cita o acórdão do RE nº 101.126-RJ, de relatoria do Ministro Moreira Alves, do qual extrai o seguinte trecho, que, vale sublinhar, faz referência à Constituição Federal de 1967, reformulada pela Emenda Constitucional nº 1/1969:

[...] nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o §2º do art. 99 da Constituição Federal.

Tanto Carvalho Filho²² quanto Aragão²³ citam a hesitação existente no judiciário acerca deste tema. Carvalho Filho faz remissão a julgado que envolveu a Fundação Nacional de Saúde – FNS, instituída pelo Governo Federal, em que o Juiz da 2ª Vara Federal de Sergipe declinou de sua competência para a Justiça Estadual, que também se julgou incompetente, suscitando conflito negativo. O Superior Tribunal de Justiça decidiu que a competência seria do juiz estadual. No entanto, em sede de Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal reformou a decisão para declarar competente a Justiça Federal.

No acórdão da Suprema Corte ficou consignado que “*Ainda que o art. 109, I da Const. Federal não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é o*

²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As fundações públicas e o novo Código Civil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, 2009-2010.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 526.

²² Idem

²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As fundações públicas e o novo Código Civil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, 2009-2010.

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”.

A partir do acórdão, o autor extrai quatro características que, segundo o STF, diferenciam as fundações públicas das privadas: i) o desempenho de serviço estatal; ii) o regime administrativo; iii) a finalidade; e iv) a origem dos recursos.

Ato contínuo, o autor, comparando as fundações públicas com as privadas, critica tal conclusão da Supremo Tribunal Federal:

O primeiro fator nos parece frágil, pois que tanto as primeiras como as últimas sempre exercem atividade qualificada como serviço público. O regime administrativo não é causa da distinção, mas efeito dela; de fato, o regime será um ou outro conforme se qualifique, como premissa, a fundação como inserida nesta ou naquela categoria, sendo, pois, insatisfatório esse fator distintivo. A finalidade é rigorosamente a mesma para ambas, ou seja, a execução de serviço público não lucrativo. Aliás, nem há propriamente distinção de finalidade entre fundações públicas e autarquias. Sendo assim, o único fator do qual se pode extrair pequeno elemento de diferenciação reside na origem dos recursos, admitindo-se que serão fundações estatais de direito público aquelas cujos recursos tiverem previsão própria no orçamento da pessoa federativa e que, por isso mesmo, sejam mantidas por tais verbas, ao passo que de direito privado serão aquelas que sobreviverem basicamente com as rendas dos serviços que prestem e com outras rendas e doações oriundas de terceiros.²⁴

Carvalho Filho reconhece que difícil será admitir, sob tal conceito, uma fundação pública de direito privado, visto que a maioria dessas fundações é sustentada por recursos públicos. No entanto, tocando no cerne da questão abordada pelo presente estudo, o doutrinador administrativista aponta mais um aspecto diferenciador de tais fundações:

Há um outro aspecto diferencial que deverá marcar a distinção entre as duas categorias fundacionais. As fundações governamentais de direito privado são adequadas para a execução de atividade não exclusivas do Estado, ou seja, aquelas que são também desenvolvidas pelo setor privado, como saúde, educação, pesquisa, assistência social, meio ambiente, cultura, desporto, turismo, comunicação e até mesmo previdência complementar do servidor público (art. 40 §§ 14 e 15, da CF). Para funções estatais típicas a fundação deverá ser pessoa de direito público, já que somente esse tipo de entidade

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 527.

detém poder de autoridade (potestade pública), incompatível para pessoas de direito privado.²⁵

Amparando-se em tal fator diferenciador, o autor prossegue seu estudo, segregando, quando aplicável, as fundações públicas de direito público das de direito privado, sendo aquelas equiparadas às autarquias.

2.2 As fundações de previdência complementar dos servidores públicos

Conforme já aduzido anteriormente, as entidades de previdência complementar de servidores públicos deverão, necessariamente, ser constituídas em forma de fundação. O §15 do art. 40 da Constituição Federal, por sua vez, determina que tais fundações tenham natureza pública.

Guerzoni Filho, em artigo já antes citado, que teve por objetivo principal comentar as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 41/2003, comenta que, em relação à previdência complementar dos servidores públicos, as principais alterações realizadas pela referida Emenda foram²⁶:

i) retirou a necessidade de lei complementar para a regulamentação da previdência complementar do servidor público, deixando tal regulamentação a cargo de leis dos respectivos entes;

ii) explicitou que este regime complementar, se instituído, será realizado por meio de planos da modalidade de contribuição definida, planos estes que possuem menor risco de desequilíbrio atuarial; e

iii) previu que este regime seja operado por entidades fechadas de previdência complementar de natureza pública.

²⁵ Ibidem, p. 528.

²⁶ GUERZONI FILHO, Gilberto. Eficiência política, consistência atuarial e ajuste fiscal: comentários sobre a Emenda Constitucional nº 41, de 2003. Textos para discussão, vol. 2. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2004.

Referido autor traz valiosas informações acerca do cenário político que cercava a Emenda Constitucional em estudo. Menciona que as duas primeiras alterações acima citadas eram pleitos do governo, que enfrentava resistência da oposição. A terceira alteração citada, então, foi dada como moeda de troca, conforme assevera o autor: “*como forma de amenizar as resistências políticas, incluiu-se a exigência de que os fundos de pensão dos servidores públicos tivessem natureza pública*”²⁷.

Na sequência, o autor menciona uma possível impropriedade desta medida:

Se, de uma parte, a ideia de que as entidades de previdência complementar destinadas aos servidores públicos ofereçam apenas planos de contribuição definida nos pareça correta – ainda que o tema, indiscutivelmente, não mereça status constitucional – a noção de que essas entidades tenham natureza pública é, no mínimo, complicada.²⁸

A complicação citada por Guerzoni Filho justifica-se pelo fato de as entidades de previdência complementar serem figuras de direito eminentemente privado. Pulino, ao tratar da natureza jurídica de tais entidades de previdência, afirma que “*embora o ponto aparente ser bastante claro, é oportuno sublinharmos aqui aquilo que já afirmamos esparsamente ao longo deste trabalho, no sentido de que as entidades fechadas de previdência complementar são sempre pessoas jurídicas de natureza privada [...]*”²⁹.

Sobre as entidades fechadas de previdência complementar cujos patrocinadores são entes governamentais, o autor é enfático ao afirmar que também estas são de direito privado:

Tal característica, aliás, não se altera nem mesmo nos casos em que ocorre o chamado patrocínio de planos de benefícios complementares por entidades ditas governamentais, nos termos do que estabelecem o art. 202, §§ 3º a 6º da Constituição e a correspondente lei regulamentadora (Lei Complementar nº 108, de 2001). [...] Aliás, particularmente quanto a patrocinadores governamentais organizados sob a forma de empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), é bastante precisa a observação de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, que após referir-se ao art. 173, § 1º, da Constituição, que impõe a ditas empresas “a sujeição ao regime jurídico

²⁷ GUERZONI FILHO, Gilberto. Eficiência política, consistência atuarial e ajuste fiscal: comentários sobre a Emenda Constitucional nº 41, de 2003. Textos para discussão, vol. 2. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2004.

²⁸ Idem.

²⁹ PULINO, Daniel. Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas. Florianópolis: Conceito Jurídico, 2010. p. 225.

próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários [...]³⁰

No trecho acima transcrito, o autor refere-se, mais especificamente, às entidades de previdência complementar patrocinadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista, o que poderia deixar dúvidas quanto ao enquadramento jurídico das entidades destinadas a servidores públicos. Porém, Pulino também aborda, frontalmente, a questão objeto do presente estudo, afirmando que tais entidades também serão de direito privado:

Finalmente, ainda quanto às hipóteses de patrocínio governamental, cumpre ao menos registrar – para não nos determos em questão cuja análise demandaria, por sua alta complexidade, estudo mais demorado, mas por isso mesmo incompatível com os propósitos deste trabalho – que mesmo nos casos em que o patrocinador seja a própria Administração direta, autárquica ou fundacional, estabelecendo planos de benefícios da chamada previdência complementar do servidor público – leia-se: servidores públicos titulares de cargos efetivos ou chamados membros de Poder –, prevista particularmente nos §§ 14 a 16, do art. 40 da Constituição, entendemos que, em que pese à referência feita pontualmente no art. 40, § 15 (com redação imposta pela Emenda Constitucional n. 41, de 2003), a entidades fechadas “de natureza pública”, tais entidades deverão apresentar personalidade jurídica de direito privado, submetendo-se, inclusive, essencialmente ao regime jurídico privado (não se podendo, portanto, apreender em sentido técnico-jurídico a citada expressão “natureza pública” imposto (sic) pelo art. 202 da Constituição e disciplinado pelas Leis Complementares ns. 108 e 109, de 2001, como, em geral, ocorre com as demais entidades fechadas já existentes e que se acham sob a disciplina da Lei Complementar n. 108, de 2001, ainda que uma ou outra diferença de regime possa vir a ser estabelecida para a disciplina dessas entidades (p. ex., a exacerbação das regras de transparência e a incidência de alguns princípios do art. 37 da Constituição, como os da publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência).³¹

Observe-se que o autor é cauteloso ao tratar do tema. Firma posição sobre o assunto, concluindo que as entidades fechadas de previdência complementar direcionadas aos servidores públicos são entes de direito privado, não obstante a citação feita à “natureza pública”, no § 15 do art. 40 da Constituição Federal.

Afirma, também, que as entidades de previdência complementar, ainda que patrocinadas por entes da administração pública direta, não integram a administração pública

³⁰ Ibidem, p. 225-226.

³¹ PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. Florianópolis: Conceito Jurídico, 2010. p. 226.

direta ou indireta, sendo organizações particulares alheias à estrutura governamental e disciplinadas por regime de direito privado, desenvolvendo atividades econômicas em sentido estrito (ainda que não o fazendo em regime empresarial)³².

Cabe sublinhar que, analisando sob a ótica das entidades de servidores públicos, a afirmação de que tais fundações não integram a administração pública direta ou indireta não é uníssona na doutrina. Leitão, Dias e Macêdo, em obra destinada ao estudo do que denominam de “Nova previdência complementar do servidor público” defendem que as fundações instituídas pelo poder público – o que é o caso das entidades de previdência complementar de servidores públicos – ainda que sejam de direito privado, integram a administração pública indireta. Afirmam os autores:

[...] as fundações públicas de direito privado estão sujeitas a um regime jurídico híbrido, já que apresentam características privatísticas e publicistas. Nesse contexto, plausível é a cita de Alexandre Santos de Aragão: “As fundações instituídas pelo Poder Público que forem de direito privado têm apenas as características privatísticas que não decorram do Código Civil: os seus bens são penhoráveis, ressalvados os afetados a serviços públicos; a sua responsabilidade não é objetiva, salvo se for prestadora de serviços público. E o seu pessoal será necessariamente regido pela CLT. Submeter-se-ão, contudo, como qualquer pessoa jurídica da Administração Indireta – de direito público ou privado –, às normas constitucionais asseguradoras de igualdade e moralidade da Administração Pública, como a criação autorizada em lei (art. 37, XIX, da CF), a vedação de acumulação de cargos, controle pelo Tribunal de Contas, teto remuneratório, licitações, vedação da publicidade de promoção pessoal etc (art. 37 da CF)”³³

De fato, o assunto no qual os autores divergem não é trivial. Ao se recorrer à legislação, observa-se que o Decreto-Lei nº 200/1967, em seu art. 4º, com redação dada pela Lei nº 7.596/1987, afirma que, além das autarquias, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, compõem a administração pública indireta as fundações públicas.

Neste contexto, a pergunta que se coloca é: as entidades de previdência complementar de servidores públicos são fundações públicas? Para responder, tem-se que considerar, por um lado, que as entidades de previdência complementar são regidas pelo direito privado; por outro lado, deve-se lembrar que a Constituição Federal atribuiu natureza

³² PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. Florianópolis: Conceito Jurídico, 2010. p. 236.

³³ DIAS, Eduardo Rocha; LEITÃO, André Studart; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Nova Previdência Complementar do Servidor Público*. São Paulo: Método, 2012. p. 110.

pública a tais fundações. A conclusão que se chega é que tais fundações são privadas de natureza pública e, portanto, não integram a administração pública indireta.

Acerca deste tema, importante mencionar o art. 37, XIX, da Constituição Federal, o qual determina que somente por lei específica pode ser autorizada a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, cabendo a lei complementar, no caso das fundações, definir as áreas de sua atuação.

Primeiramente, conforme os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho³⁴, vale ressaltar que, naturalmente, o constituinte está se referindo às fundações públicas de direito privado, visto que o outro tipo de fundação – a eminentemente pública – não tem sua autorização dada por lei, mas sim é criada por lei. Ocorre, ainda, que tal lei complementar nunca foi promulgada, o que faz com que alguns doutrinadores, segundo Carvalho Filho, advoguem que, enquanto isso, não há que se falar em fundação pública de direito privado.

O autor manifesta discordância dessa tese, justificando-se: *“embora de algum tempo para cá esteja havendo uma certa ‘publicização’ das fundações, ainda existem algumas que se caracterizam com entidades privadas, com fisionomia mais aproximada àquelas fundações do setor privado”*³⁵. Carvalho Filho complementa que se espera que referida lei complementar venha a definir as áreas de atuação dessas fundações e diferenciá-las mais precisamente das fundações de natureza autárquica, ou seja, as eminentemente públicas.

Encerra-se, assim, esta seção repisando a conclusão de que as entidades de previdência complementar de servidores públicos são fundações privadas, de direito privado, porém com natureza pública definida constitucionalmente, não integrando a administração pública indireta.

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 532.

³⁵ Idem.

2.2.1 A forma de organização das fundações já em funcionamento

Conforme mencionado no início do presente estudo, há, atualmente, sete entidades de previdência complementar de servidores públicos em funcionamento no país. Duas são de âmbito federal e cinco estaduais.

Ao realizar o cadastro dessas fundações na junta comercial, é necessário escolher, dentre as alternativas possíveis, qual a natureza jurídica da pessoa jurídica que está sendo registrada. Tais opções são dadas pela Comissão Nacional de Classificação – Concla, órgão do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

De acordo com a Resolução Concla nº 2/2013, existem as seguintes possibilidades de classificação da natureza jurídica de uma fundação:

113-9 - Fundação Pública de Direito Público Federal

114-7 - Fundação Pública de Direito Público Estadual ou do Distrito Federal

115-5 - Fundação Pública de Direito Público Municipal

125-2 - Fundação Pública de Direito Privado Federal

126-0 - Fundação Pública de Direito Privado Estadual ou do Distrito Federal

127-9 - Fundação Pública de Direito Privado Municipal

306-9 - Fundação Privada

321-2 - Fundação ou Associação Domiciliada no Exterior

As seis primeiras categorias citadas, que iniciam com o número 1, são classificadas na Resolução como “Administração Pública”. As últimas duas classificam-se como “Entidades sem fins lucrativos”.

Em consulta feita ao Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ de seis das sete entidades de previdência complementar de servidores públicos existentes no país até o momento³⁶, quais sejam, Funpresp-Exe, Funpresp-Jud, SPPrevcom, RJPrev, Preves e

³⁶ Pesquisa concluída em 03/04/2016.

Prevcom-MG (não se obteve informações acerca do PrevBahia), verifica-se que todas se classificam como fundação privada, código 306-9³⁷.

Essa classificação corrobora a análise realizada anteriormente, que concluiu que tais entidades são fundações privadas, de direito privado, porém de natureza pública, natureza esta definida constitucionalmente no §15 do art. 40 da Carta Magna. Considerando a presunção de que o legislador não emprega palavras em vão, faz-se necessário verificar quais são as implicações dessa definição constitucional, o que será objeto de análise em seções subsequentes do presente estudo.

2.3 Tipos de fundações existentes

Para fins didáticos, exemplificaremos, a seguir, algumas fundações dentre os tipos possíveis, segundo informações constantes de seus registros junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ:

- Fundações públicas de direito público: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, Fundação Nacional do Índio – Funai, Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, dentre outras;

- Fundações públicas de direito privado: Fundação Habitacional do Exército – FHE, Fundação Saúde do Estado do Rio de Janeiro, dentre outras;

- Fundações de direito privado: Fundação Carlos Chagas, Fundação Abrinq Pelos Direitos da Criança e do Adolescente, Fundação Itaú Social, Fundação Banco Central de Previdência Privada – Centrus, dentre outras.

Em comum, todas essas fundações possuem características prescritas por José dos Santos Carvalho Filho como sendo intrínsecas das fundações³⁸: i) a figura do instituidor; ii) o fim social da entidade; e iii) a ausência de fins lucrativos. Como diferença básica entre as fundações privadas e públicas, o autor afirma que o Estado é sempre o

³⁷ Consulta realizada junto ao site da Receita Federal do Brasil no dia 9. ago. 2015. Site: http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/cnpj/cnpjreva/cnpjreva_solicitacao.asp.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 524.

instituidor das fundações públicas, o que, a contrário sensu, não indica que todas as fundações instituídas pelo Estado sejam públicas, caso, por exemplo, das fundações de previdência complementar de servidores públicos.

Acerca das fundações públicas de direito público, Carvalho Filho³⁹ e Fernando Aragão⁴⁰ as denominam de fundações autárquicas ou autarquias fundacionais, tendo em vista sua similitude de tratamento em relação às autarquias.

Quanto às fundações públicas de direito privado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que estas nunca se sujeitarão inteiramente ao direito privado, uma vez que todas as fundações públicas se submetem, em maior ou menor medida, ao direito público. Equipara as fundações públicas de direito privado às sociedades de economia mista e empresas públicas. “*Todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, pois todas elas são instrumentos de ação do Estado para a consecução de seus fins; [...]*”⁴¹, afirma a autora.

Di Pietro elenca normas aplicáveis às fundações públicas de direito privado, quais sejam⁴²:

1. Subordinação à fiscalização do Tribunal de Contas da União e controle administrativo pelo poder executivo (supervisão ministerial);
2. Constituição autorizada em lei;
3. Extinção somente por lei;
4. Equiparação dos seus empregados aos funcionários públicos para os fins previstos no art. 37 da CF, inclusive para acumulação de cargos, fins criminais (art. 327 do CP) e improbidade administrativa (arts. 1º e 2º da Lei nº 8.429/92);
5. Sujeição de seus dirigentes a mandado de segurança quando exerçam funções delegadas do poder público; cabimento de ação popular contra atos lesivos do seu patrimônio; legitimidade ativa para propor ação civil pública;

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 525.

⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As fundações públicas e o novo Código Civil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, 2009-2010.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 507.

⁴² Ibidem, p. 513.

6. Juízo privativa na esfera estadual;
7. Submissão à Lei nº 8.666/93;
8. Atendimento das exigências contidas nos arts. 52, VII, 169 e 165, §§ 5º e 9º, da CF;
9. Imunidade tributária referente ao imposto sobre patrimônio, renda ou serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (art. 150, §2º, da CF).

Citando, como exemplo, o já referido acórdão do STF no RE nº 101.126-RJ, de relatoria do Ministro Moreira Alves, publicado em 24/10/84, a doutrinadora administrativista afirma que a tendência daquela Suprema Corte tem sido no sentido de considerar como fundação de direito público todas as que desempenhem atividade estatal e se utilizem de recursos públicos. Discordando de tal lógica, Di Pietro conclui:

Não me parece, no entanto, que esse critério decorra do direito positivo. Na esfera federal, o art. 4º do Decreto-lei nº 200/67 (com redação dada pela Lei nº 7.596/87) expressamente estabeleceu que as chamadas fundações públicas são pessoas jurídicas de direito privado. Diante desse dispositivo, tem-se que entender que somente são fundações de direito público aquelas cujas leis instituidoras assim estabeleçam. A escolha do regime jurídico, público ou privado, cabe ao legislador; essa escolha foi feita pelo referido dispositivo legal. A opção pelo regime de direito público é praticamente obrigatória apenas para aquelas atividades típicas do Estado, como política, controle, fiscalização. A prestação de serviço público e a utilização de recursos públicos provenientes do orçamento do Estado não constituem critérios adequados para definir a natureza jurídica da fundação. Se assim fosse, todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços público ou são dependentes de verbas estatais teriam também que ser consideradas pessoas jurídicas de direito público, o que não tem sido defendido nem pela doutrina nem pela jurisprudência.⁴³

Por fim, quanto às fundações privadas, a estas aplicam-se as normas do direito privado, notadamente o Código Civil. Em seus arts. 44 e 62, referido diploma legal reza que:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I – as associações;

II – as sociedades;

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 514-515.

III – as fundações.

IV – as organizações religiosas;

V – os partidos políticos.

VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada.

[...]

Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins de:

I – assistência social;

II – cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;

III – educação;

IV – saúde;

V – segurança alimentar e nutricional;

VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII – pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos;

VIII – promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos;

IX – atividades religiosas; e

X – (VETADO).⁴⁴

2.4 As características das fundações privadas de natureza pública

Concluiu-se que as entidades de previdência complementar que administram os planos de benefícios de servidores públicos são fundações privadas, de direito privado, porém com natureza pública definida constitucionalmente. Certamente essa natureza pública diferencia tais fundações daquelas eminentemente privadas, assim como o faz em relação às genuinamente públicas.

Inicialmente, abstrair-se-á a natureza pública de tais fundações, estudando-se, apenas, as características referentes às fundações privadas. É redundante falar que tais

⁴⁴ A redação original do dispositivo, que foi vetada, era: “X - habitação de interesse social”. As razões do veto, constantes da Mensagem de Veto nº 288, de 28 de julho de 2015, foram: “Da forma como previsto, tal acréscimo de finalidade poderia resultar na participação ampla de fundações no setor de habitação. Essa extensão ofenderia o princípio da isonomia tributária e distorceria a concorrência nesse segmento, ao permitir que fundações concorressem, em ambiente assimétrico, com empresas privadas, submetidas a regime jurídico diverso.”

fundações são de direito privado, posto que não se pode admitir fundações privadas de direito público. Assim, sempre que nos referirmos a fundações privadas, estará implícita a natureza jurídica a que tais pessoas jurídicas estarão sujeitas.

Diógenes Gasparini, em seção, de sua obra dedicada ao Direito Administrativo, que aborda as fundações privadas, assevera que:

Assim como a Administração Pública pode criar uma fundação pública, pode instituir uma fundação privada. Aquela observará o regime ditado pelo Direito Público ou, mais precisamente, o Direito Administrativo, enquanto esta atenderá ao figurino dado pelo Direito Privado ou, mais exatamente, o Direito Civil, cujos arts. 62 *usque* 69, substancialmente, traçam seu perfil jurídico, já que deve, também, respeitar regras de Direito Administrativo (autorização legislativa para ser criada, licitação, concurso de ingresso de seus servidores).⁴⁵

Complementa o autor que, embora pessoa jurídica privada, as fundações privadas instituídas pelo poder público dependem de lei autorizadora, conforme prescreve o art. 37, XIX, da CF/88. Esta lei deve determinar o objeto da fundação (que, invariavelmente, terá finalidade cultural, esportiva, educacional ou assistencial), a qual não poderá ter fins lucrativos⁴⁶.

Passando ao estudo das fundações de direito privado e de natureza pública, Adacir Reis, referindo-se especificamente às fundações de previdência complementar dos servidores públicos, comenta:

Tais entidades fechadas de previdência complementar, dada sua natureza pública, devem se submeter à legislação federal sobre licitação e contratos administrativos, realizar concurso público para a contratação de pessoal e publicar anualmente, na imprensa oficial ou em página eletrônica apropriada, seus demonstrativos contábeis, atuariais, financeiros e de benefícios.⁴⁷

Gasparini acrescenta que o patrimônio da fundação privada é, em geral, particular. No entanto, os bens vinculados à finalidade de prestação de serviço público pela fundação são públicos e prestigiados pelo regime jurídico próprio dessa categoria de bens, aplicando-se a inalienabilidade, impenhorabilidade e impossibilidade de oneração. Já os bens

⁴⁵ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 518.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ REIS, Adacir. Curso Básico de Previdência Complementar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 133.

não vinculados a tal finalidade podem ser alienados, onerados ou penhorados. Os atos e contratos das fundações privadas são, via de regra, de direito privado⁴⁸.

Tais fundações – as privadas, instituídas pelo poder público – são controladas pela administração pública, sua criadora, e fiscalizadas pelo Tribunal de Contas (art. 70 da CF/88⁴⁹) e pelo Ministério Público (art. 66 do Código Civil⁵⁰). A lei autorizadora de criação da fundação privada deve, também, dispor acerca de sua estrutura organizacional. Os funcionários de tais fundações regem-se pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e ingressam em seus quadros mediante concurso público, sendo as pendências trabalhistas julgadas pela Justiça do Trabalho (art. 114 da CF/88⁵¹)⁵².

Diógenes Gasparini, assim como os demais doutrinadores administrativistas pesquisados, não adentram nas peculiaridades decorrentes da natureza pública das fundações privadas de previdência complementar dos servidores públicos, assim como o fez Adacir Reis, citado em linhas pretéritas. Cabe, portanto, aprofundar pesquisa em relação a este tema, de modo a identificar, de forma objetiva, quais as implicações decorrentes dessa disposição constitucional, que criou essa figura jurídica *sui generis*, qual seja, a fundação privada de natureza pública.

⁴⁸ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 519.

⁴⁹ Art. 70. *A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.*

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁵⁰ Art. 66. *Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.*

§ 1º Se funcionarem no Distrito Federal ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. (Redação dada pela Lei nº 13.151, de 2015)

§ 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.

⁵¹ Art. 114. *Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

⁵² GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 519-520.

3 AS IMPLICAÇÕES DA NATUREZA PÚBLICA DAS FUNDAÇÕES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS

De forma bastante objetiva e pragmática, o presente capítulo dividir-se-á em subseções, de modo que, em cada segmento, serão propostas respostas aos questionamentos apresentados a seguir, todos eles relacionados às implicações da natureza pública das fundações de previdência complementar dos servidores públicos:

i) Como deverá ser o regime de contratação de pessoas dessas fundações e a qual regime jurídico se sujeitarão seus empregados?

ii) As remunerações dos empregados dessas fundações deverão estar limitadas ao teto constitucional definido no art. 37 da Constituição Federal?

iii) Essas fundações devem observar o regime de licitações aplicável à administração pública?

iv) De quem é a competência para julgar ações ajuizadas em face dessas fundações?

v) Essas fundações possuem privilégios processuais?

vi) Essas fundações possuem imunidade tributária?

vii) Essas fundações se sujeitam à fiscalização dos Tribunais de Contas?

As respostas apresentadas a seguir decorrem do estudo legislativo, doutrinário e jurisprudencial realizado nas seções antecedentes da presente monografia, ressalvando-se que, pela contemporaneidade do tema, muitas das discussões ainda não foram objeto de pacificação no âmbito do poder judiciário nacional.

Ademais, ressalta-se, desde logo, que o rol de questões a ser analisado não tem a pretensão de ser exaustivo, mas, apenas, de buscar firmar bases capazes de, a partir das considerações feitas em cada uma das subseções posteriores, responder a outros questionamentos que venham a surgir.

3.1 Regime de contratação dos empregados

As entidades de previdência complementar, como já reiteradamente mencionado, são fundações de direito privado. Assim, exceção feita àquelas destinadas aos servidores públicos, é cristalino que não há que se falar em concurso público para o provimento dos cargos nessas fundações. Resta, porém, saber se às entidades de previdência complementar destinadas aos servidores públicos aplica-se esse mesmo procedimento ou se se faz necessária a realização de concurso público.

Para responder a esta questão, bem como a outras que serão apresentadas posteriormente, ousa-se estabelecer o seguinte corolário: por ter natureza pública constitucionalmente definida, as entidades de previdência complementar de servidores públicos sujeitam-se aos princípios constitucionais que regem a administração pública, embora sejam instituições privadas.

Embora tal conclusão não possa ser extraída diretamente da leitura do art. 37 da Constituição Federal⁵³ – que sujeita apenas a administração pública direta e indireta a tais princípios, e, como já se afirmou alhures, as entidades objeto do presente estudo não integram a administração pública direta ou indireta –, a inteligência do §15 do art. 40 da CF/88⁵⁴ nos conduz a esse entendimento.

Não somente a interpretação teleológica, mas também a interpretação histórica do referido dispositivo constitucional, conforme aduzido em seções precedentes, fazem com que a conclusão pela aplicabilidade dos princípios que regem a administração pública seja irrefutável.

Citando como exemplos as três primeiras entidades de previdência complementar de servidores públicos criadas no Brasil (SPPrevcom, Funpresp-Exe e Funpresp-Jud), excluindo-se as demais por mera questão de objetividade, extraímos de seus

⁵³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

⁵⁴ § 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

estatutos que todas tiveram interpretação análoga ao corolário apresentado, como se vê na transcrição de tais documentos:

Estatuto Social da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo - SP-PREVCOM [...] Artigo 75 - A Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo - SP-PREVCOM observará os princípios norteadores da administração pública, em especial os da eficiência e da economicidade, bem como adotará mecanismos de gestão operacional que maximizem a utilização de recursos.⁵⁵

Estatuto Social da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo [...] Art. 4º A administração da Funpresp-Exe observará os princípios que regem a administração pública, especialmente os da eficiência e da economicidade, devendo adotar mecanismos de gestão operacional que maximizem a utilização de recursos, de forma a otimizar o atendimento aos participantes e assistidos e diminuir as despesas administrativas.⁵⁶

Estatuto Social Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário [...] Art. 4º A administração da Funpresp-Jud observará os princípios que regem a administração pública, especialmente os da eficiência e da economicidade, devendo adotar mecanismos de gestão operacional que maximizem a utilização de recursos, de forma a otimizar o atendimento aos participantes e assistidos e diminuir as despesas administrativas.⁵⁷

Embora os citados estatutos deem maior ênfase aos princípios da eficiência e da economicidade, não se pode olvidar os demais, tal como o da impessoalidade, que possui maior relevância para a busca da resposta que se persegue nesta seção.

Garcia e De Araújo, em artigo científico dedicado ao estudo dos princípios da administração pública no sistema jurídico brasileiro, afirmam, acerca do princípio da impessoalidade, que *“Para a garantia deste princípio, o texto constitucional completa que*

⁵⁵ Estatuto Social da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo - SP-PREVCOM. Disponível em <<https://www.spprevcom.com.br/QuemSomos/Estatuto>>. Acesso em 24 mar. 2016.

⁵⁶ Estatuto Social da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo. Disponível em <<https://www.funpresp.com.br/portal/wp-content/uploads/2014/11/Estatuto-Funpresp.pdf>>. Acesso em 24 mar. 2016.

⁵⁷ Estatuto Social Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário. Disponível em <<http://www.funpresjud.com.br/arquivos/Estatuto.pdf>>. Acesso em 24 mar. 2016.

*para a entrada em cargo público é necessário a aprovação em concurso público*⁵⁸. Referem-se os autores ao inciso II do art. 37, que assim assevera:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração

Conclui-se, portanto, que para o provimento de cargos ou empregos nas fundações de previdência complementar de servidores públicos, é necessária a aprovação prévia em concurso público, salvo as exceções previstas na própria Constituição Federal, assim como demais exceções eventualmente previstas nos estatutos das fundações. Tal procedimento consta, expressamente, dos estatutos das três fundações citadas nesta seção, como se vê:

Estatuto Social da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo - SP-PREVCOM [...] Artigo 19 - A natureza pública da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo - SP-PREVCOM a que se refere o § 15 do artigo 40 da Constituição Federal consistirá na:

[...]

II. realização de concurso público para a contratação de pessoal, exceto aqueles de provimento por livre nomeação;

[...] ⁵⁹

Estatuto Social da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo [...] Art. 6º Além da sujeição às normas de direito público que decorram de sua instituição pela União como fundação de direito privado, integrante da sua administração indireta, a natureza pública da Funpresp-Exe consiste na:

[...]

II - realização de concurso público para a contratação de pessoal, no caso de empregos permanentes, ou de processo seletivo simplificado, no caso de contrato temporário, observado o disposto na Lei nº8.745, de 9 de dezembro de 1993; e

[...] ⁶⁰

⁵⁸ GARCIA, Rayssa Cardoso; DE ARAÚJO, Jailton Macena. Os princípios da administração pública no sistema jurídico brasileiro. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11022&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 03 abr. 2016.

⁵⁹ Estatuto Social da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo - SP-PREVCOM. Disponível em <<https://www.spprevcom.com.br/QuemSomos/Estatuto>>. Acesso em 24 mar. 2016.

Estatuto Social Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário [...] Art. 6º Além da sujeição às normas de direito público que decorram de sua instituição pela União como fundação de direito privado, integrante da sua administração indireta, a natureza pública da Funpresp-Jud consiste na:

[...]

II - realização de concurso público para a contratação de pessoal, no caso de empregos permanentes; e

[...] ⁶¹

Vale ressaltar que, no tocante ao conteúdo dos estatutos sociais da Funpresp-Exe e Funpresp-Jud, que as caracterizam como integrantes da administração pública indireta, embora se reconheça a dissonância doutrinária sobre o tema, conforme já aduzido anteriormente no presente estudo, entende-se por haver uma incompatibilidade entre a figura da fundação privada e a administração pública indireta, à luz do art. 4º do Decreto-Lei nº 200/1967, o qual novamente se transcreve:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;

b) Empresas Públicas;

c) Sociedades de Economia Mista.

d) fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade. (Renumerado pela Lei nº 7.596, de 1987)

Assim, inobstante não seja o objeto desta seção, mas para que não haja uma omissão relativa à discordância concernente aos estatutos das duas fundações supracitadas, reafirma-se a posição no sentido de que as entidades de previdência complementar de servidores públicos não fazem parte da administração pública indireta.

⁶⁰ Estatuto Social da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo. Disponível em <<https://www.funpresp.com.br/portal/wp-content/uploads/2014/11/Estatuto-Funpresp.pdf>>. Acesso em 24 mar. 2016.

⁶¹ Estatuto Social Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário. Disponível em <<http://www.funpresjud.com.br/arquivos/Estatuto.pdf>>. Acesso em 24 mar. 2016.

Por fim, destaca-se que, após contratados, os empregados das fundações reger-se-ão pelo regime da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, e não pelo regime jurídico único (estatutário), uma vez que, em se tratando de fundações, apenas os servidores daquelas caracterizadas como públicas integram o regime estatutário, na forma da redação original do art. 39 da Carta da República⁶².

3.2 Aplicabilidade do teto constitucional

O art. 37, XI, da Carta da República estabelece o subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal⁶³ como teto de remuneração dos “*ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos*”⁶⁴.

Primeiramente, cumpre verificar se, literalmente, as fundações de previdência complementar dos servidores públicos estariam contempladas no rol constante do dispositivo constitucional. Ao se verificar que o teto constitucional se aplica à administração pública direta, autárquica e fundacional conclui-se, em primeira análise, pela não aplicabilidade do teto constitucional às entidades objeto deste trabalho monográfico, posto que estas não fazem parte da administração direta, autárquica ou fundacional, vez que este último grupo – “administração pública fundacional” – é restrito às fundações públicas, como já explanado.

Ademais, a jurisprudência já se firmou no sentido de não estender o referido limitador de subsídios a empresas públicas e sociedades de economia mista, a menos que se comprove que as empresas recebam recursos da Fazenda Pública para o custeio em geral ou gasto com pessoal, conforme decisão da Suprema Corte a seguir:

STF - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
ARE 673752 RJ (STF)

⁶² 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. (Vide ADIN nº 2.135-4, que em sede de Medida Cautelar, suspendeu os efeitos do novo art. 39 da CF/88, dado pela Emenda Constitucional nº 19/1998, porém com efeitos *ex nunc*)

⁶³ Em 03/04/2016, no valor de R\$33.763,00.

⁶⁴ Trecho extraído do art. 37, XI, da Constituição Federal de 1988.

Data de publicação: 21/08/2013

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. TETO REMUNERATÓRIO. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. RECEBIMENTO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS. CF/88, ART. 37, § 9º. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I - O art. 37, § 9º, da Constituição submeteu os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista ao teto remuneratório da Administração Pública, todavia limitou expressamente esta aplicação aos casos em que tais empresas recebam recursos da Fazenda Pública para custeio em geral ou gasto com pessoal. II - A análise quanto à existência, ou não, de recebimento por parte de sociedade de economia mista de verbas públicas para custeio e despesas com pessoal encontra óbice no enunciado da Súmula 279 desta Corte. Precedentes. III - Agravo regimental improvido.⁶⁵

Aplicando-se, *mutatis mutandis*, tal entendimento à realidade das entidades de previdência complementar dos servidores públicos, tem-se, primeiramente, que tais entidades, como já dito, e diferentemente das empresas públicas e sociedades de economia mista, não fazem parte da administração pública indireta. Esse fato, por si só, já as distancia ainda mais da sujeição ao teto constitucional.

Ademais, cumpre destacar o §3º do art. 202 da Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 20/1998, que estabelece:

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

Ou seja, qualquer contribuição feita por ente estatal a entidade de previdência complementar se dará na qualidade de patrocinador desta. Isso significa que os recursos oriundos da Fazenda Pública destinados a tais entidades nunca serão destinados, diretamente, ao pagamento de custeio em geral ou gasto com pessoal.

Tal regramento foi observado na lei de criação das Funpresps (Lei nº 12.618/2012), quando se previu dotação inicial para início de funcionamento destas. Porém,

⁶⁵ Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24043213/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-673752-rj-stf>>. Acesso em 4 abr. 2016.

observa-se que tais dotações iniciais se deram em caráter de antecipação de contribuições, visando cumprir a prescrição constitucional já referida, como se vê:

Art. 25. É a União autorizada, em caráter excepcional, no ato de criação das entidades fechadas de previdência complementar referidas no art. 4o, a promover aporte a título de adiantamento de contribuições futuras, necessário ao regular funcionamento inicial, no valor de:

I - Funpresp-Exe: até R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais);

II - Funpresp-Leg: até R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais); e

III - Funpresp-Jud: até R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais).

Com isso, conclui-se que aos empregados das entidades de previdência complementar destinadas a servidores públicos não se aplica o teto constitucional descrito no inciso XI do art. 37 da Carta Magna brasileira.

3.3 Observância do regime de licitações

O regime de licitações brasileiro está descrito na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que, por sua vez, regulamenta o art. 37, inciso XXI, da CF/88, *verbis*:

Art. 37. [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

Retomando-se o estudo dos princípios que regem a administração pública, a regulamentação dos contratos administrativos está vastamente permeada por tais princípios. Assim observa Veríssimo⁶⁶, em artigo que analisa os princípios gerais e específicos da licitação. O autor vincula as licitações a todos os princípios constitucionais que regem a administração pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

⁶⁶ VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral. Princípios gerais e específicos da licitação. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12955>. Acesso em 03 abr. 2016.

Assim, não há como dissociar a realização de licitações dos princípios que regem a administração pública, os quais são aplicáveis às entidades de previdência complementar de servidores públicos.

Os estatutos sociais das três entidades pesquisadas assim estabelecem:

Estatuto Social da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo - SP-PREVCOM [...] Artigo 19 - A natureza pública da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo - SP-PREVCOM a que se refere o § 15 do artigo 40 da Constituição Federal consistirá na:

I. submissão à legislação federal sobre licitação e contratos administrativos na atividade-meio;

[...] ⁶⁷

Estatuto Social da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo [...] Art. 6º Além da sujeição às normas de direito público que decorram de sua instituição pela União como fundação de direito privado, integrante da sua administração indireta, a natureza pública da Funpresp-Exe consiste na:

I - submissão à legislação federal sobre licitação e contratos administrativos;

[...] ⁶⁸

Estatuto Social Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário [...] Art. 6º Além da sujeição às normas de direito público que decorram de sua instituição pela União como fundação de direito privado, integrante da sua administração indireta, a natureza pública da Funpresp-Jud consiste na:

I - submissão à legislação federal sobre licitação e contratos administrativos;

[...] ⁶⁹

Observa-se que é unânime, dentre as fundações pesquisadas, a aplicação da lei de licitações e contratos administrativos às entidades de previdência complementar dos servidores públicos, em razão da natureza pública que tais fundações ostentam.

⁶⁷ Estatuto Social da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo - SP-PREVCOM. Disponível em <<https://www.spprevcom.com.br/QuemSomos/Estatuto>>. Acesso em 24 mar. 2016.

⁶⁸ Estatuto Social da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo. Disponível em <<https://www.funpresp.com.br/portal/wp-content/uploads/2014/11/Estatuto-Funpresp.pdf>>. Acesso em 24 mar. 2016.

⁶⁹ Estatuto Social Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário. Disponível em <<http://www.funprespjud.com.br/arquivos/Estatuto.pdf>>. Acesso em 24 mar. 2016.

Merece destaque, porém, o estatuto da SP-Prevcom, que estabelece a aplicabilidade de tal legislação apenas às atividades-meio da fundação. Entende-se que tal exceção, que se motiva pelo fato de as atividades-fim de entidades de previdência complementar serem demasiadamente técnicas e especializadas, não desnatura, sob a ótica da sua finalidade, o propósito dos princípios que regem a administração pública. Assim, podem as entidades, guardando o fiel propósito da observância ao princípio da economicidade, utilizar-se de processos de seleção diversos dos previstos na legislação de licitações, em razão das peculiaridades que as atividades-fim das entidades ostentam.

Conclui-se, assim, que às entidades de previdência complementar de servidores públicos aplica-se o regime de licitações e contratos administrativos, embora tais entidades não façam parte da administração pública direta ou indireta, mas em observância ao preceito constitucional que as define como fundações de natureza pública, sujeitando-as, assim, aos princípios que regem a administração pública. Podem, porém, os estatutos de tais entidades, preverem exceções quanto às atividades-fim.

3.4 Competência para julgamento de ações judiciais

Mais uma questão controversa que advém da natureza pública definida constitucionalmente para as entidades de previdência complementar de servidores públicos é a competência para o processamento e julgamento de ações ajuizadas em face dessas entidades. Acerca desse tema, importante estudar, inicialmente, o art. 109 da CF/88, que estabelece:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

[...]

Assim, observa-se que, em princípio, as fundações de previdência complementar de servidores públicos, por serem fundações privadas, estariam excluídas da competência da justiça federal, sendo-lhes aplicável o julgamento pela justiça estadual.

Verifica-se, porém, que há interpretações extensivas ao referido dispositivo constitucional, em matéria já sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se vê:

Enunciado de Súmula nº 323, STJ: Compete à Justiça Federal processar e julgar ações de que participa a Fundação Habitacional do Exército, equiparada à entidade autárquica federal, supervisionada pelo Ministério do Exército⁷⁰.

A Fundação Habitacional do Exército – FHE não é autarquia ou empresa pública federal, o que lhe acarretaria, segundo o art. 109, I, da CF/88, a submissão à justiça federal. Porém, como se viu, equiparou-se tal fundação a entidade autárquica, o que, segundo o entendimento do STJ, faz com que esteja enquadrada no rol previsto na Carta da República para ter julgamento feito pela justiça federal.

Inobstante, tal precedente não pode ser utilizado para conferir às fundações de previdência complementar de servidores públicos a competência de julgamento pela justiça federal. Conforme já estudado na presente monografia, as fundações públicas, também denominadas por alguns autores de fundações autárquicas, podem ser equiparadas a autarquias e foi assim que entendeu o STJ no caso da FHE. Porém, não há sustentação para equiparar fundações privadas a autarquias, o que não encontra amparo na legislação, nem na doutrina e tampouco na jurisprudência.

Sublinha-se, ainda, que, em decisão proferida pela Suprema Corte brasileira, afastou-se a sujeição de matérias relacionadas a previdência complementar da Justiça do Trabalho, como se depreende do acórdão transcrito a seguir:

STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 586453 SE

Data de publicação: 05/06/2013.

Ementa: Recurso extraordinário. Direito Previdenciário e Processual Civil. Repercussão geral reconhecida. Competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada e com o fito de obter complementação de aposentadoria. Afirmação da autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. Litígio de natureza eminentemente constitucional, cuja solução deve buscar trazer maior efetividade e racionalidade ao sistema. Recurso provido para afirmar a competência da Justiça comum para o processamento da demanda - Modulação dos efeitos do julgamento, para manter, na Justiça Federal do

⁷⁰ Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,stj-sumula-324,2707.html>>. Acesso em 3 abr. 2016.

Trabalho, até final execução, todos os processos dessa espécie em que já tenha sido proferida sentença de mérito, até o dia da conclusão do julgamento do recurso (20/2/13).⁷¹

Assim, conclui-se pela competência da justiça estadual para o julgamento de ações ajuizadas em face de entidades de previdência complementar de servidores públicos, assim como as ajuizadas por tais entidades.

3.5 Aplicabilidade de privilégios processuais

A Fazenda Pública possui privilégios, ou prerrogativas, processuais, que a confere regramento diferenciado no que tange ao procedimento a ser observado em ações judiciais. Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues fundamenta tais prerrogativas pelo fato de a administração pública se ver, muitas vezes, em situação desfavorável, em virtude de sua própria estrutura burocrática. Assim, tais situações revelam-se aptas a justificar o tratamento processual diferenciado em favor da Fazenda Pública⁷².

O autor, realizando um estudo comparativo entre o Código de Processo Civil - CPC de 1973 e o Novo CPC, de 2015, elenca as seguintes prerrogativas: i) reexame necessário (nas palavras do autor, prerrogativa esta quase eliminada no Novo CPC); ii) prazos processuais diferenciados (prerrogativa também mitigada com o Novo CPC, conforme o citado autor); e iii) intimação pessoal dos advogados públicos (prerrogativa mantida no Novo CPC, conforme Rodrigues).

Por tudo o que já foi exposto, não se cogita confundir Fazenda Pública com as entidades de previdência complementar de servidores públicos, as quais têm natureza privada e cuja natureza pública definida constitucionalmente não teve por objetivo conferir prerrogativas a tais fundações, mas sim proteger os interesses da sociedade e dos participantes de tais fundações.

⁷¹ Disponível em < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23508195/recurso-extraordinario-re-586453-se-stf>>. Acesso em 4 abr. 2016.

⁷² RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. As prerrogativas processuais da fazenda pública no novo Código de Processo Civil. Disponível em < <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/3412353>>. Acesso em 03 abr. 2016.

Assim, restringindo-se a definição de Fazenda Pública ao “conjunto de órgãos da administração pública destinados à arrecadação e à fiscalização de tributos, bem como à guarda dos recursos financeiros e títulos representativos de ativo e de direitos do Estado⁷³”, não há que se aplicar qualquer privilégio, ou prerrogativa, processual às entidades de previdência complementar de servidores públicos.

3.6 Imunidade tributária

Este tema é extremamente controverso no âmbito das entidades fechadas de previdência complementar. Tal controversa não se restringe, portanto, às entidades de servidores públicos. Julia de Menezes Nogueira, em artigo dedicado ao tema, debate a questão da seguinte forma:

As entidades fechadas de previdência complementar são assistenciais? Essa questão já foi, e continua sendo, inflamadamente debatida pela Doutrina e pela Jurisprudência. Da resposta dada podem derivar consequências importantes, especialmente quanto à sua qualificação como imune à incidência de impostos, nos termos do artigo 150, VI, "c" da Constituição Federal, e contribuições previdenciárias, conforme seu artigo 195, §7º.

[...]

Em vista disso, parece-nos cristalina a conclusão de que as entidades fechadas de previdência privada merecem o tratamento das entidades assistenciais, fazendo jus à imunidade tributária a elas atribuída, especialmente por não terem fins lucrativos e ser sua finalidade essencial dar amparo à velhice, um dos objetivos primordiais da assistência social, nos termos ditados pelo artigo 202, inciso I da Constituição Federal

[...]

A tributação tem importante papel nesse objetivo, na medida em que pode assumir a função destrutiva de reduzir as bases sobre as quais se acumularão os rendimentos auferidos pelos planos. Tanto é verdade que a Lei Complementar nº 109/01, a despeito de não tratar especificamente sobre matéria tributária, teve o cuidado de estabelecer em seu artigo 69, parágrafo primeiro, que sobre as contribuições vertidas para as entidades de previdência complementar, destinadas ao custeio dos planos de benefícios de natureza previdenciária, não incidiria tributação e contribuições de qualquer natureza. Ora, se o patrimônio das entidades de previdência privada é composto exclusivamente por contribuições de participantes e Patrocinadores, seria absolutamente sustentável e lógico o entendimento de

⁷³ GLOSSÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/glossario>>. Acesso em 3 abr. 2016.

que seus rendimentos também não poderiam ser tributados durante a fase de acumulação dos recursos nos planos.⁷⁴

À margem do intenso debate que se trava acerca do supramencionado tema, a questão de relevo ao presente estudo é se as entidades de previdência complementar de servidores públicos, por ostentarem natureza pública, teriam tratamento diferenciado em relação às demais entidades.

Entende-se que a resposta é negativa. Ou seja, estão as entidades de previdência complementar de servidores públicos equiparadas às demais entidades, no que tange ao tratamento tributário. Isso porque a pretensa imunidade tributária das entidades fechadas de previdência complementar funda-se no seu caráter assistencial, que, ao se aplicar ao art. 150 da CF/88, VI, “c”⁷⁵, conclui-se pela sua imunidade tributária, assim como no disposto no art. 69, §1º, da Lei Complementar nº 109/2001⁷⁶, que veda a incidência de impostos de qualquer natureza às contribuições feitas a tais entidades de previdência.

Sem ter-se a pretensão de exaurir o tema, entende-se que o posicionamento da citada autora merece prosperar, de modo que todas as entidades de previdência complementar teriam imunidade tributária. Porém, para fins do objeto do presente estudo, conclui-se que a natureza pública das fundações de previdência de servidores públicos é irrelevante para o deslinde da questão.

⁷⁴ NOGUEIRA, Julia de Menezes. Entidades Fechadas de Previdência Complementar - Revisão de sua imunidade tributária - Impossibilidade de incidência de IRPJ e CSLL sobre seu superávit. Disponível em <<http://artigoscheckpoint.thomsonreuters.com.br/a/6h0g/entidades-fechadas-de-previdencia-complementar-revisao-de-sua-imunidade-tributaria-impossibilidade-de-incidencia-de-irpj-e-csll-sobre-seu-superavit-julia-de-menezes-nogueira>>. Acesso em 03 abr. 2016.

⁷⁵ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

VI - instituir impostos sobre:[...]

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

⁷⁶ Art. 69. As contribuições vertidas para as entidades de previdência complementar, destinadas ao custeio dos planos de benefícios de natureza previdenciária, são dedutíveis para fins de incidência de imposto sobre a renda, nos limites e nas condições fixadas em lei.

§ 1o Sobre as contribuições de que trata o caput não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.

3.7 Fiscalização pelos Tribunais de Contas

Inicialmente, cumpre analisar a legitimidade da fiscalização pelos Tribunais de Contas em entidades fechadas de previdência complementar de um modo geral, ou seja, independentemente se patrocinadas pelos entes federativos, ou não. Para tanto, dividir-se-á as entidades em três grupos: i) aquelas patrocinadas por empresas privadas; ii) aquelas patrocinadas por entes da administração pública indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas); e iii) aquelas patrocinadas pela União, pelos Estados, pelos Municípios ou pelo Distrito Federal (objeto principal do presente estudo).

Quanto ao primeiro grupo, há consenso de que os Tribunais de Contas não têm qualquer papel fiscalizatório sobre estas. Verônica Vaz de Melo disserta acerca das competências dos Tribunais de Contas, vinculando-as ao patrimônio público, *verbis*:

Os Tribunais de Contas têm como função essencial realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federativos, da Administração Pública direta e indireta. As empresas públicas e sociedades de economia mista também estão sujeitas à fiscalização dos Tribunais de Contas.⁷⁷

Tais entidades, assim como todas as demais, estão sujeitas à fiscalização da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, nos termos da Lei nº 12.154/2009, que estabelece, no parágrafo único de seu art. 1º:

Art. 1º. [...] Parágrafo único. A Previc atuará como entidade de fiscalização e de supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de execução das políticas para o regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, observadas as disposições constitucionais e legais aplicáveis.

Assim, a discussão que ora se apresenta refere-se a eventual competência complementar dos Tribunais de Contas relativamente à fiscalização das entidades de previdência complementar.

⁷⁷ MELO, Verônica Vaz de. Tribunal de contas: história, principais características e importância na proteção do patrimônio público brasileiro. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11198>. Acesso em 03 abr. 2016.

Quanto ao segundo grupo elencado, formado por entidades cujos patrocinadores pertencem à administração pública indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas) não se tem consenso acerca do papel fiscalizatório dos Tribunais de Contas.

Numa interpretação mais restritiva acerca das atribuições do Tribunais de Contas, doutrinadores especialistas no segmento de previdência complementar têm, em regra, entendimento pela ilegitimidade do referido órgão para fiscalizar as entidades de previdência, ainda que patrocinadas por entes da administração pública indireta. À guisa de exemplo, apresenta-se o entendimento de André Motta:

[...] entendemos que o TCU tem função de grande responsabilidade ao auditar os valores e formas de repasses dos recursos para à previdência complementar, logicamente em patrocinadores que manuseiem, em algum grau, recursos públicos, até, e tão somente, o momento em que eles deixem de ser do ente estatal para serem do empregado. Nesse exato momento, os valores perdem a natureza jurídica de recursos públicos para transmutarem-se em privados, de propriedade do participante da EFPC, e adstritos à fiscalização dos seus Conselhos Fiscais, Conselhos Deliberativos, Auditorias Externas e, principalmente, da PREVIC.

[...]

Assim, o TCU tem toda competência para fiscalizar a patrocinadora, a PREVIC, autarquia de natureza especial que é mantida com recursos públicos, mas não as EFPC, sob pena de haver superposição de funções, o que, ao invés de garantir a punição de possíveis desvios, tornaria mais rasteira e menos complicadas as defesas da má conduta de gestores⁷⁸

Já o próprio Tribunal de Contas (notadamente o Tribunal de Contas da União – TCU) entende pela sua legitimidade para fiscalizar as entidades de previdência complementar cujos patrocinadores são públicos. Em consulta TC 012.517/2012-7, formulada pelo então Ministro de Estado da Previdência Social, Garibaldi Alves Filho, ao TCU, este órgão assim asseverou:

[...] há suficientes elementos na legislação e na jurisprudência desta Corte para afirmar que os recursos administrados pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar, quando advindos de entes públicos, mantêm seu caráter público, restando ao Tribunal, por conseguinte, a competência constitucional de fiscalizar sua aplicação, direta ou indiretamente, na função de controle externo, não ilidindo, assim, outros controles previstos no

⁷⁸ MOTTA, André. Competência do TCU para fiscalizar entidades fechadas de previdência complementar. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44131>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

ordenamento jurídico, como o realizado por entes patrocinadores e pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar.⁷⁹

Ou seja, o TCU considera-se legitimado a fiscalizar, direta ou indiretamente, as entidades fechadas de previdência complementar com patrocínio de entes públicos, não afastando a fiscalização de outros órgãos, como a Previc.

Portanto, relativamente a este segundo grupo de entidades de previdência complementar, patrocinadas por entes da administração pública indireta, o assunto encontra-se pendente de consenso.

Por fim, e chegando às entidades objeto do presente estudo monográfico, o terceiro grupo refere-se às entidades de previdência complementar patrocinadas por entes da administração pública direta, destinada a servidores públicos.

Neste particular, a posição dos Tribunais de Contas é a mesma externada em relação às entidades do segundo grupo estudado. Porém, neste terceiro grupo, a opinião da doutrina especializada inclina-se por admitir a fiscalização dos Tribunais de Contas a tais entidades.

Embora parta de premissa considerada equivocada – de que tais entidades integram a administração pública indireta –, Dias, Leitão e Macedo opinam da seguinte forma acerca do tema:

Submeter-se-ão, contudo, como qualquer pessoa jurídica da Administração Indireta – de direito público ou privado –, às normas constitucionais asseguradoras de igualdade e moralidade da Administração Pública, como a criação autorizada em lei (art. 37, XIX, da CF), a vedação de acumulação de cargos, controle pelo Tribunal de Contas, teto remuneratório, licitações, vedação da publicidade de promoção pessoal etc (art. 37 da CF).⁸⁰

⁷⁹ Disponível em <http://www.tcu.gov.br/consultas/juris/docs/judoc/acord/20121126/ac_3133_48_12_p.doc>. Acesso em 3 abr. 2016.

⁸⁰ DIAS, Eduardo Rocha; LEITÃO, André Studart; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. Nova Previdência Complementar do Servidor Público. São Paulo: Método, 2012. p. 110.

Em material institucional divulgado pela Funpresp-Exe, consta que o Tribunal de Contas da União tem competência de segunda ordem para fiscalizá-la, conforme segue: “*Fiscalização: PREVIC; Coremec; Patrocinador; MPU (crimes); TCU (2ª ordem)*”.⁸¹

Quanto à SP-Prevcom, extrai-se de seu estatuto social que o Tribunal de Contas do Estado é legitimado para fiscalizá-la, como se vê:

Estatuto Social da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo - SP-PREVCOM [...] Artigo 22 - As atividades da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo – SPPREVCOM serão fiscalizadas pelo órgão de controle das entidades fechadas de previdência complementar, na forma do artigo 41 e seguintes da Lei Complementar federal nº 109, de 29 de maio de 2001, pelo Tribunal de Contas do Estado, de acordo com o artigo 31 da Constituição Estadual, pelo Conselho Fiscal da entidade, nos termos deste Estatuto e das Leis Complementares federais nº 108 e nº 109, ambas de 29 de maio de 2001, e pelos Patrocinadores, nos termos do artigo 25 da Lei Complementar federal nº 108, de 29 de maio de 2001.⁸²

O reconhecimento, pelas próprias entidades, de que se submetem à fiscalização dos Tribunais de Contas consiste, ao que se percebe, de mais uma decorrência da natureza pública definida constitucionalmente das entidades de previdência de servidores públicos. Assim, conclui-se que há legitimidade dos Tribunais de Contas em fiscalizar as entidades patrocinadas por entes federativos, indo ao encontro da vontade do constituinte reformador, ao buscar conferir maior segurança a tais entidades, por intermédio da determinação de que essas teriam natureza pública.

⁸¹ FUNPRESP-EXE. Novo regime de previdência para os servidores públicos federais no Brasil. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/apresentacoes/apresentacoes-2013/130204_novo_regime_prev_complementar.pdf>. Acesso em 3 abr. 2016.

⁸² Estatuto Social da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo - SP-PREVCOM. Disponível em <<https://www.spprevcom.com.br/QuemSomos/Estatuto>>. Acesso em 24 mar. 2016. Estatuto Social da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo - SP-PREVCOM. Disponível em <<https://www.spprevcom.com.br/QuemSomos/Estatuto>>. Acesso em 24 mar. 2016.

CONCLUSÕES

A criação de entidades de previdência complementar por entes federativos, destinadas aos seus servidores públicos, caracteriza-se como um movimento de desoneração dos cofres públicos a longo prazo, aproximando as condições previdenciárias dos servidores públicos e dos funcionários da iniciativa privada.

De 2012 até os dias atuais⁸³, sete dessas entidades já foram criadas, sendo duas de âmbito federal (uma que congrega os poderes executivo e legislativo e outra que abriga o poder judiciário e o Ministério Público), e cinco estaduais (São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Minas Gerais e Bahia). Acredita-se que outras entidades sejam criadas num futuro próximo, o que acentua a importância do presente estudo.

Tais entidades constituem-se em forma de fundações, as quais têm uma característica *sui generis*: embora sejam fundações privadas, possuem natureza pública, natureza esta definida na Constituição Federal, mais especificamente no §15 do art. 40. Assim, diferentemente das demais entidades de previdência complementar, que são eminentemente privadas, as entidades destinadas aos servidores públicos possuem algumas características alusivas à administração pública.

O contexto histórico das discussões que cercaram a Emenda Constitucional nº 41/2003, que trouxe tal prescrição constitucional no §15 do art. 40, remetiam a uma preocupação, por parte da oposição política à época, com a privatização da previdência dos servidores públicos. Assim, para transpor a resistência de alguns parlamentares, possibilitando a aprovação da Emenda, inseriu-se a previsão de natureza pública de tais fundações, ainda que não se soubesse, à época (e ainda hoje se tenham muitas dúvidas), quais seriam as implicações dessa definição.

Com isso, e considerando a presunção de que o legislador não emprega palavras em vão, fez-se necessário aprofundar análise acerca das implicações da natureza pública definida constitucionalmente às entidades de previdência complementar de servidores públicos.

⁸³ Pesquisa concluída em 03/04/2016.

Concluiu-se, primeiramente, que tais entidades não fazem parte da administração pública indireta, uma vez que o Decreto-Lei nº 200/1967 estabelece, em *numerus clausus*, quais são os entes que fazem parte da administração pública indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas). Assim, sendo as entidades objeto do presente estudo fundações privadas de natureza pública, não estão compreendidas no citado rol taxativo.

Ademais, chegou-se à conclusão que as fundações de previdência complementar dos servidores públicos devem observar os princípios constitucionais que regem a administração pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Isso porque, a partir da interpretação teleológica e histórica do §15 do art. 40 da CF/88, verifica-se que o objetivo do constituinte reformador foi de conferir a tais entidades e aos que dela participam a proteção do estado.

Via de consequência, aplica-se a obrigatoriedade de concurso público para o provimento de cargos efetivos nessas fundações, em observância ao princípio da impessoalidade, embora, após contratados, os empregados sejam regidos pelo regime da CLT, e não pelo regime estatutário, por não serem as entidades objeto do presente trabalho monográfico fundações públicas.

Acerca da possibilidade de aplicação do teto constitucional à remuneração dos empregados, concluiu-se pela inaplicabilidade, uma vez que a Constituição Federal determina que tal limitador só se aplica à administração pública direta, autárquica e fundacional. Ademais, a jurisprudência não tem dado interpretação extensiva do dispositivo constitucional a outros entes, ainda que integrantes da administração pública indireta, como sociedades de economia mista e empresas públicas. Assim, não cabe cogitar a aplicação do teto remuneratório aos empregados das fundações de previdência complementar de servidores públicos.

Quanto à observância do regime de licitações e contratos administrativos, observou-se total sinergia entre os princípios que regem as licitações e os princípios que regem a administração pública, aos quais as entidades de previdência complementar instituídas por entes federativos estão sujeitas. Logo, concluiu-se pela aplicação plena da Lei nº 8.666/1993 às referidas entidades. Admite-se, porém, exceções, desde que fundadas no

princípio da economicidade, notadamente para a contratação de serviços especializados concernentes às atividades-fim das entidades.

Sobre a competência para julgamento de ações judiciais, observou-se que cabe à justiça estadual processar e julgar ações que envolvem as entidades de previdência complementar em estudo, uma vez que estas não estão compreendidas no art. 109 da Carta Magna, que define as situações em que a Justiça Federal será competente para o julgamento, assim como pelo fato de o STF ter afastado a Justiça do Trabalho das ações envolvendo entidades de previdência complementar.

Os privilégios, ou prerrogativas, processuais aplicáveis à Fazenda Pública não se estendem às entidades de previdência complementar em estudo. Tais privilégios, que foram mitigados por ocasião da publicação do Novo CPC, aplicam-se, à luz da legislação, exclusivamente à Fazenda Pública e interpretação extensiva a fundações privadas de natureza pública não merecem prosperar, visto que não teriam o condão de cumprir o papel ao qual a natureza pública definida constitucionalmente se propôs.

No que tange à imunidade tributária, discute-se, nos tribunais superiores brasileiros, a sua aplicação às entidades fechadas de previdência complementar em geral. Há argumentos capazes de sustentar a sua aplicabilidade, com fundamento da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 109/2001. Porém, tal assunto não se encontra pacificado. Sobre este tema, concluiu-se que as entidades de previdência complementar de servidores públicos não devem possuir tratamento diferenciado em relação às demais entidades, devendo observar a decisão que vier a ser tomada, em caráter definitivo, pelo poder judiciário em relação ao tema.

Sobre a fiscalização dos Tribunais de Contas, encampou-se a tese de que estes são legitimados a fiscalizar as entidades de previdência complementar de servidores públicos. Isso decorre diretamente da natureza pública de tais entidades e tal fato já tem sido reconhecido, inclusive, pelas próprias entidades de previdência complementar de servidores públicos, ainda que algumas afirmem que tal competência fiscalizatória é de segunda ordem.

Conclui-se o presente estudo afirmando que a natureza pública definida constitucionalmente traz aspectos que diferenciam as entidades de previdência complementar

destinadas a servidores públicos das demais, não sendo mera letra morta na Constituição Federal, merecendo, assim, ser compreendido o seu alcance e aplicada de forma plena pelos operadores do direito e demais envolvidos com este novo segmento da previdência complementar brasileira, que muito tem a se desenvolver num futuro próximo.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As fundações públicas e o novo Código Civil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, 2009-2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-ALEXANDRE-ARAGAO.pdf>>. Acesso em 22 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 8 abr. 2016.

_____. Decreto-Lei Nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 fev. 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em 8 abr. 2016.

_____. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 8 abr. 2016.

_____. Lei Nº 12.618, de 30 de abril de 2012. Institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros dos órgãos que menciona; fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal; autoriza a criação de 3 (três) entidades fechadas de previdência complementar, denominadas Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud); altera dispositivos da Lei no 10.887, de 18 de junho de 2004; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 mai. 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12618.htm>. Acesso em 8 abr. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Eduardo Rocha; LEITÃO, André Studart; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Nova Previdência Complementar do Servidor Público*. São Paulo: Método, 2012.

FUNPRESP-EXE. Novo regime de previdência para os servidores públicos federais no Brasil. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/apresentacoes/apresentacoes-2013/130204_novo_regime_prev_complementar.pdf>. Acesso em 3 abr. 2016.

GARCIA, Rayssa Cardoso; DE ARAÚJO, Jailton Macena. Os princípios da administração pública no sistema jurídico brasileiro. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11022&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 03 abr. 2016.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GLOSSÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/glossario>>. Acesso em 3 abr. 2016.

GUERZONI FILHO, Gilberto. *Eficiência política, consistência atuarial e ajuste fiscal: comentários sobre a Emenda Constitucional nº 41, de 2003*. Textos para discussão, vol. 2. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2004. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92/texto2%20-%20consistencia%20atuarial.pdf?sequence=4>>. Acesso em 22 abr. 2015.

MELO, Verônica Vaz de. Tribunal de contas: história, principais características e importância na proteção do patrimônio público brasileiro. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11198>. Acesso em 03 abr. 2016.

MOTTA, André. Competência do TCU para fiscalizar entidades fechadas de previdência complementar. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44131>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

NOGUEIRA, Julia de Menezes. Entidades Fechadas de Previdência Complementar - Revisão de sua imunidade tributária - Impossibilidade de incidência de IRPJ e CSLL sobre seu superávit Disponível em <<http://artigoscheckpoint.thomsonreuters.com.br/a/6h0g/entidades-fechadas-de-previdencia-complementar-revisao-de-sua-imunidade-tributaria-impossibilidade-de-incidencia-de-irpj-e-csll-sobre-seu-superavit-julia-de-menezes-nogueira>>. Acesso em 03 abr. 2016.

PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. Florianópolis: Conceito Jurídico, 2010.

REIS, Adacir. *Curso Básico de Previdência Complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RODRIGUES, Flávio Martins. Os riscos de natureza jurídica. *Gestão de fundos de pensão: aspectos jurídicos*. São Paulo: Abrapp, p. 23-40, 2006.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. As prerrogativas processuais da fazenda pública no novo Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/3412353>>. Acesso em 03 abr. 2016.

VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral. Princípios gerais e específicos da licitação. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12955>. Acesso em 03 abr. 2016.