

Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados

Centro de Documentação e Informação

Coordenação de Biblioteca

<http://bd.camara.gov.br>

"Dissemina os documentos digitais de interesse da atividade legislativa e da sociedade."



NATUREZA JURÍDICA DAS ENTIDADES GESTORAS DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PARA OS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS

Leonardo Costa Schüler
Consultor Legislativo da Área VIII
Administração Pública

ESTUDO
NOVEMBRO/2012



Câmara dos Deputados
Praça dos Três Poderes
Consultoria Legislativa
Anexo III - Térreo
Brasília - DF



SUMÁRIO

A Constituição Federal autoriza a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a limitarem o valor dos proventos de aposentadoria pagos a seus servidores, bem como das pensões pagas aos dependentes desses, ao limite máximo estabelecido para os benefícios pagos pelo regime geral de previdência social (RGPS). Condiciona essa providência, contudo, à instituição de regime de previdência complementar específico, instituído por intermédio de entidade fechada de previdência complementar, de natureza pública.

Com fulcro na regra constitucional acima mencionada, a União instituiu regime de previdência complementar para os seus servidores por meio da Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012. Essa lei autoriza a criação de três entidades fechadas de previdência complementar (EFPC), estruturadas como fundações.

O presente trabalho analisa a natureza jurídica das fundações recém-mencionadas, concluindo por sua incompatibilidade com a natureza pública exigida em foro constitucional.

© 2012 Câmara dos Deputados.

Todos os direitos reservados. Este trabalho poderá ser reproduzido ou transmitido na íntegra, desde que citados o autor e a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. São vedadas a venda, a reprodução parcial e a tradução, sem autorização prévia por escrito da Câmara dos Deputados.

Este trabalho é de inteira responsabilidade de seu autor, não representando necessariamente a opinião da Câmara dos Deputados.

NATUREZA JURÍDICA DAS ENTIDADES GESTORAS DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PARA OS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS

Leonardo Costa Schüler

A 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.”

O diploma legal acima mencionado pretende se amparar nos seguintes dispositivos da Constituição Federal:

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas antarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (“Caput” do artigo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003)

.....

§ 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. (Parágrafo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

*§ 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. (Parágrafo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003) (grifamos)

§ 16. Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. (Parágrafo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

.....”

Com se vê, o art. 40, § 15, da Carta Política determina que os regimes de previdência complementar para servidores públicos sejam instituídos por entidades fechadas de previdência complementar (EFPC) e observem, **no que couber**, as normas gerais estabelecidas pelo art. 202 da própria Carta. Por extensão, também dever ser observada a legislação complementar prevista nesse último artigo constitucional. Pertinente, por conseguinte, a definição de entidades fechadas de previdência complementar dada pela Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001:

“Art. 31. As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente:

I - aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e

II - aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores.

§ 1º As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.

.....

Art. 32. As entidades fechadas têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária.

.....”

Constata-se que o § 15 do art. 40 da Carta, ao atribuir a gestão dos planos de benefícios a entidades fechadas de previdência complementar, exige dessas entidades uma característica peculiar, não prevista na Lei Complementar recém-transcrita: a “natureza pública”. Essa expressão, inserida pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003, não é utilizada em nenhum outro dispositivo do Estatuto Supremo. Seu significado, portanto, é obscuro. Todavia, a única conotação que o termo “natureza” pode admitir, em tal contexto, é a jurídica. É, portanto, de “natureza jurídica pública” que se está tratando.

A doutrina e a jurisprudência reconhecem a existência de duas espécies de fundações instituídas pelo poder público: as de direito público e as de direito privado. Ensina Di Pietro¹:

“Quando o Estado institui pessoa jurídica sob a forma de fundação, ele pode atribuir a ela regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-la ao Código Civil, neste último caso, com derrogações por normas de direito público.”

A lição de Gasparini² segue a mesma linha:

“Com efeito, o Estado pode criar pessoas de Direito Público, bem como pessoas de Direito Privado para oferecerem aos administrados os serviços que entender sejam-lhes úteis. É a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Prestação, cit., p. 147), ao dizer que da vontade do Estado podem nascer entidades públicas e privadas. Qualquer que seja essa natureza, a fundação criada será uma entidade com autonomia administrativa e financeira.

Daí as duas espécies de fundações instituídas pela Administração Pública: fundação pública, também chamada de fundação de Direito Público, e fundação privada, também denominada fundação de Direito Privado. Na primeira hipótese tem-se uma pessoa jurídica de Direito Público, enquanto na segunda tem-se uma pessoa jurídica de Direito Privado.

*[...] De tudo o que se afirmou, resta evidente que a fundação pública é uma pessoa jurídica de Direito Público. **Essa a sua natureza jurídica.**” (grifamos)*

Bandeira de Mello³ aborda a matéria com maior profundidade:

“O Decreto-lei 200, com a alteração introduzida pela Lei 7.596, de 10.4.87, assim define a fundação pública: ‘a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de Direito Público, com autonomia administrativa, patrimônio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes’.

É absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado. Na verdade, são pessoas de Direito Público, consoante, aliás, universal entendimento, que só no Brasil foi contendido. Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribui a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a

¹ *Direito Administrativo*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, pág. 404.

² *Direito Administrativo*. Diogenes Gasparini. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, págs. 327 a 329.

³ *Curso de Direito Administrativo*. Celso Antônio Bandeira de Mello. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, págs. 183 a 184.

pessoa será de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação. Na situação inversa, a pessoa será de Direito Privado, mesmo inadequadamente nominada.

O que se passou, entretanto, no Direito brasileiro é que foram criadas inúmeras pessoas designadas como ‘fundações’, com atribuições nitidamente públicas, e que, sob este aspecto, em nada se distinguem das autarquias. O regime delas estaria inevitavelmente atrelando-se às limitações e controles próprios das pessoas de Direito Público. Entretanto, foram batizadas de pessoas de Direito Privado apenas para se evadirem destes controles moralizadores ou, então, para permitir que seus agentes acumulassem cargos e empregos, o que lhes seria vedado se fossem reconhecidas como pessoas de Direito Público.”

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também reconhece a natureza dicotômica das fundações governamentais:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 28 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EQUIPARAÇÃO ENTRE SERVIDORES DE FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS OU MANTIDAS PELO ESTADO E SERVIDORES DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS: INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados. 2. A norma questionada aponta para a possibilidade de serem equiparados os servidores de toda e qualquer fundação privada, instituída ou mantida pelo Estado, aos das fundações públicas. 3. Sendo diversos os regimes jurídicos, diferentes são os direitos e os deveres que se combinam e formam os fundamentos da relação empregatícia firmada. A equiparação de regime, inclusive o remuneratório, que se aperfeiçoa pela equiparação de vencimentos, é prática vedada pelo art. 37, inc. XIII, da Constituição brasileira e contrária à Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.”

(ADI 191, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-01 PP-00001 RTJ VOL-00205-01 PP-00015)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ISSQN. IMUNIDADE. FUNDAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 150, VI, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Apreciação do extraordinário que requer o reexame de fatos e provas da causa, nos quais se baseou o Tribunal a quo para entender que os serviços prestados pela agravada estiveram vinculados às suas finalidades essenciais, ou às delas decorrentes,

enquadrando-se, portanto, na hipótese de imunidade tributária conferida às fundações públicas, prevista no art. 150, VI, § 2º, da Constituição do Brasil. Incidência da Súmula n. 279 do STF. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AI 589667 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 08/08/2006, DJ 01-09-2006 PP-00040 EMENT VOL-02245-12 PP-02469 RNDJ v. 6, n. 82, 2006, p. 43-44)

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE A JUSTIÇA FEDERAL E A JUSTIÇA COMUM. NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO. 1. A Fundação Nacional de Saúde, que é mantida por recursos orçamentários oficiais da União e por ela instituída, é entidade de direito público. 2. Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Federal. Artigo 109, I da Constituição Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figura como parte fundação pública, tendo em vista sua situação jurídica conceitual assemelhar-se, em sua origem, às autarquias. 3. Ainda que o artigo 109, I da Constituição Federal, não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é o de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, estão sujeitas, fazem delas espécie do gênero autarquia. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido para declarar a competência da Justiça Federal.”

(RE 215741, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 30/03/1999, DJ 04-06-1999 PP-00019 EMENT VOL-01953-04 PP-00781)

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. UNIVERSIDADE DO RIO DE JANEIRO. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. CONDENAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ART. 109, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A Fundação Universidade do Rio de Janeiro tem natureza de fundação pública, pois assume a gestão de serviço estatal, sendo entidade mantida por recursos orçamentários sob a direção do Poder Público, e, portanto, integrante da Administração Indireta. 2. Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Federal. Art. 109, I da Constituição Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figure como parte fundação instituída pelo Poder Público Federal, uma vez que o tratamento dado às fundações federais é o mesmo deferido às autarquias. 2.1. Embora o art. 109, I da Constituição Federal não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é no sentido de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, está sujeita a entidade, fazem dela espécie do gênero autarquia e, por isso,

são jurisdicionadas à Justiça Federal, se instituídas pelo Governo Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

(RE 127489, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 25/11/1997, DJ 06-03-1998 PP-00016 EMENT VOL-01901-03 PP-00425)019 EMENT VOL-01953-04 PP-00781)

Em regra, portanto, a natureza jurídica de uma fundação é aquela ditada pela lei que a instituiu. No caso específico das entidades gestoras de regime de previdência complementar para servidores públicos, contudo, a natureza pública é exigida em foro constitucional, e a lei instituidora há observar essa exigência. Entretanto, a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, que instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais, determina que:

- os planos de benefícios do regime de previdência complementar sejam administrados e executados por entidades fechadas de previdência complementar **“estruturadas na forma de fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado”** (art. 4º, *caput* e § 1º);
- o regime jurídico de pessoal das referidas fundações será o **previsto na legislação trabalhista** (art. 7º);
- essas fundações serão **“equiparadas às pessoas jurídicas a que se refere o art. 1º da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993,** com vistas à contratação de pessoal técnico e administrativo por tempo determinado” (art. 24, *caput*).

A equiparação recém-mencionada pressupõe que as fundações cuja criação é autorizada pela Lei nº 12.618, de 2012, seriam privadas, pois as fundações públicas já são expressamente mencionadas no art. 1º da Lei nº 8.745, de 1993.

As disposições recém-mencionadas são absolutamente incompatíveis com a norma constitucional. As fundações governamentais de natureza pública se submetem, obrigatoriamente, às normas publicísticas. Somente podem ter personalidade jurídica de direito público e seu pessoal há de ser regido pelo regime jurídico dos titulares de cargos efetivos, o qual é regulado, no âmbito federal, pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que “Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.”

E o art. 8º da Lei nº 12.618, de 2012, desvirtua acintosamente a norma constitucional ao estabelecer:

*“Art. 8º 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 das entidades fechadas a que se refere o § 15 do art. 40 da Constituição Federal consistirá na:*

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

II - realização de concurso público para a contratação de pessoal, no caso de empregos permanentes, ou de processo seletivo, em se tratando de contrato temporário, conforme a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993;

III - publicação anual, na imprensa oficial ou em sítio oficial da administração pública certificado digitalmente por autoridade para esse fim credenciada no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP Brasil), de seus demonstrativos contábeis, atuariais, financeiros e de benefícios, sem prejuízo do fornecimento de informações aos participantes e assistidos dos planos de benefícios e ao órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar, na forma das Leis Complementares nºs 108 e 109, de 29 de maio de 2001.”

Em contraste com as demais referências contidas na Lei nº 12.618, de 2012, que evitam citar qualquer característica de direito privado além da personalidade jurídica, o *caput* do artigo recém-reproduzido enuncia, de forma explícita, que as entidades cuja criação é autorizada seriam autênticas fundações de direito privado.

Ademais, a publicidade, a sujeição às normas licitatórias e a contratação de pessoal mediante concurso público são princípios de observância compulsória por toda a Administração Pública, inclusive pelas empresas públicas e sociedades de economia mista sujeitas, por força do disposto no art. 173, § 1º, II, da Constituição, “ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. A invocação desses preceitos, igualmente aplicáveis às entidades de natureza pública ou privada, não caracteriza nem essa nem aquela.

Em suma, consoante o entendimento consubstanciado na Lei nº 12.618, de 2012, o significado da expressão constitucional “natureza pública” se resumiria, estritamente, à criação da entidade pelo poder público, o que configura injustificável distorção da “mens legis”.

Não se pode impor a aplicação, ao regime de previdência complementar previsto nos §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição Federal ou à respectiva entidade gestora, das normas que regem o “regime privado, de caráter complementar” de que trata o art. 202 da Carta. Somente se cogita dessa aplicação devido à remissão contida no § 15 daquele artigo, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003, – remissão essa relativizada pela expressão “no que couber”.

Há de se levar em conta que o Estatuto Supremo reserva, aos ocupantes de cargos públicos, direitos distintos daqueles conferidos aos trabalhadores da iniciativa privada e das entidades públicas submetidas ao regime privado. Mesmo aqueles que porventura considerem injusta essa diferenciação devem saber que ela consta da Lei Maior porque, para o legislador constituinte, ela atende ao interesse público de conferir aos servidores públicos – em sentido estrito – garantias que contribuem para prevenir a prática de ilegalidades na administração pública.

A Emenda Constitucional nº 20, de 1998, instituiu, mediante acréscimo dos §§ 14, 15 e 16 ao art. 40 da Carta, a possibilidade de aplicação, no âmbito do regime de previdência reservado aos titulares de cargos públicos efetivos, do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social. Entrementes, condicionou a medida à instituição de regime de previdência complementar. Manteve, portanto, substancial distinção entre os direitos dos servidores e os dos segurados do RGPS: a esses pode ser negada qualquer cobertura adicional, mas àqueles, não.

Por outro lado, uma empresa, seja pública ou privada, não é obrigada a patrocinar plano de previdência complementar para seus empregados. Caso o faça, contudo, arcará com ônus adicional. Em contraste, um ente público, para que possa aplicar o limite do valor de benefícios do RGPS aos proventos e às pensões a serem pagos pelo regime próprio de previdência, ficará obrigado a instituir regime de previdência complementar e, ao fazê-lo, poderá reduzir – e provavelmente reduzirá consideravelmente – sua despesa com pessoal.

Se a ordem constitucional descarta a hipótese de que a cobertura previdenciária dos servidores aposentados possa ficar restrita ao limite do RGPS, salvo por opção do segurado, há de se reconhecer que a complementação da referida cobertura atende ao interesse público – e não apenas ao interesse coletivo ou corporativo. E se há interesse público, serão públicos os recursos aportados ao regime complementar, a título de contribuições patronais.

Na mesma linha de raciocínio, se a manutenção do regime de previdência complementar é uma obrigação que o ente público assume, em contrapartida à redução do valor dos benefícios pagos pelo regime próprio e de suas contribuições, a tributação da renda e do patrimônio da entidade gestora não se justificaria.

As peculiaridades inerentes à instituição de regime de previdência complementar para os titulares de cargos públicos efetivos impõem a sujeição da entidade gestora a regime jurídico público, assegurando-lhe imunidade tributária e impenhorabilidade de bens. É esse o sentido que se deve atribuir à expressão “natureza pública”, contida no § 15 do art. 40 do Estatuto Supremo.



Por todo o exposto, conclui-se que a Lei nº 12.618, de 2012, atribui natureza privada às entidades por meio das quais seria instituído regime de previdência complementar para os servidores públicos federais, titulares de cargo efetivo, e, ao fazê-lo, afronta acintosamente o disposto no § 15 do art. 40 da Constituição Federal.