
UMA ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DA FUNPESP-EXE E A REPERCUSSÃO EM RELAÇÃO À INCIDÊNCIA DO TETO REMUNERATÓRIO CONSTITUCIONAL

*AN ANALYSIS OF THE LEGAL NATURE OF FUNPESP-EXE AND ITS
RELATION WITH THE WAGE CEILING IN PUBLIC SERVICE*

Thiago Lindolpho Chaves

Advogado da União

Pós-Graduado na Escola da Magistratura do Distrito Federal

Graduado em Direito pela UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1 A problemática da natureza jurídica das fundações públicas no ordenamento jurídico pátrio; 2 A natureza jurídica da Funpresp-Exe e a repercussão em relação à regra do teto remuneratório constitucional 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo visa analisar a natureza jurídica das entidades que integram o sistema da previdência complementar do servidor público federal (Funpresp), relacionando com as regras que permeiam o regime jurídico administrativo, notadamente quanto à submissão dessas entidades ao teto remuneratório constitucional do serviço público (art. 37, inciso XI, da Constituição Federal). Sabendo que a natureza jurídica da fundação pública sempre foi um dos temas mais espinhosos do direito administrativo pátrio, busca-se fazer uma releitura do texto constitucional à luz da concepção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, o que resulta no enquadramento da Funpresp-Exe, na qualidade de fundação pública de direito privado, no mesmo regime das empresas estatais no que tange à submissão à regra do teto remuneratório constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Funpresp-Exe. Fundação Pública de Direito Privado. Teto Remuneratório Constitucional.

ABSTRACT: This article aims to analyze the legal nature of the entities that comprise the pension system for civil servants (Funpresp), relating to the rules that permeate the legal administrative system, particularly regarding the submission of these entities to the constitutional wage ceiling in public service (Art. 37, XI, of the Constitution). Knowing that the legal nature of the public foundation has always been one of the thorniest issues of administrative law, we seek to re-read the Constitution according to the new interpretation given by the doctrine and by the courts on the subject, which results in conclusion that the Funpresp-Exe – as a public foundation under private law – is subjected to the same law system of state enterprises in regard to the application of the constitutional wage ceiling rule.

KEYWORDS: Pension Fund of the Federal Civil Public Service. Public Foundation under Private Law. Wage Ceiling in Public Service.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que um dos grandes problemas enfrentados pelo Brasil e pelos demais países do mundo é a questão previdenciária. Pode-se dizer que o direito a benefícios previdenciários decorre da concepção de um Estado do Bem Estar Social (*welfare state*) que visa não somente a garantir os direitos conquistados sob a égide do Estado Liberal, mas também a implementar políticas públicas com o objetivo de satisfazer necessidades básicas da coletividade.

Com efeito, a estruturação de um Estado Social, que pretende garantir a efetivação de direitos sociais – direitos de segunda geração ou dimensão, conforme denomina a doutrina – demanda, logicamente, a existência de mais recursos públicos, capazes de atender e satisfazer os interesses de cada indivíduo que tenham amparo no ordenamento jurídico. Assim, para a consecução desses objetivos, cabe ao Poder Público instituir uma política de arrecadação tributária eficiente, aliada a uma administração gerencial competente, capaz de atingir as metas programadas em um espaço curto de tempo e com o dispêndio mínimo de recursos.

Nesse contexto, dentro dessa perspectiva de administração gerencial, o modelo de previdência social que venha a ser adotado pelo Estado será fundamental, na medida em que o dispêndio com o pagamento desse benefício comprometerá substancialmente o erário, ante a necessidade de se atender uma gama de indivíduos que, em razão da idade, não possuem mais condições físicas de trabalhar.

No caso particular do Estado Brasileiro, sempre se falou do denominado “rombo previdenciário”, tanto no setor público como no setor privado, conseqüência de um sistema previdenciário falho e deficitário que não correspondia mais a realidade da sociedade brasileira. A fim de alterar esse modelo, ocorreram, no setor público, duas reformas previdenciárias substanciais, implementadas pelas Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/03, que alteraram diversos critérios para a concessão da aposentadoria dos servidores públicos.

Entre as mudanças conferidas pelo Poder Constituinte Derivado, pode-se citar a instituição da previdência complementar, nos termos do art. 40, parágrafo 14, da Carta Magna. De acordo com esse dispositivo constitucional, caso os entes federativos instituíam o regime de previdência complementar para os servidores titulares de cargo efetivo, as aposentadorias e as pensões serão limitadas ao valor máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência que trata o art. 201 da Constituição Federal. O viés da proposta é justamente garantir o equilíbrio financeiro atuarial do sistema previdenciário, evitando gastos públicos demasiados com a previdência no serviço público.

O parágrafo 15 do art. 40 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, por sua vez, dispõe que o regime de previdência complementar no setor público observará as mesmas regras do regime privado, discriminadas no art. 202 da Carta Magna, devendo ser gerido por entidades fechadas, de natureza pública, oferecendo aos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

Dentro desse cenário, foi publicada, em 30 de abril de 2012, a Lei nº 12.618/2012, que institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargos efetivos, autorizando-se a criação de três entidades: 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 a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud).

Com efeito, cumpre destacar que a natureza jurídica dessas entidades é de fundação pública, com personalidade jurídica de direito privado. Assim, apesar de terem sido instituídas pelo Poder Público, submetem-se a um regime jurídico híbrido, ou seja, caracterizado pela incidência do direito privado, parcialmente derogado por regras de direito público, entre as quais pode se mencionar a obrigatoriedade do procedimento licitatório para aquisição e alienação de bens, a necessidade de concurso público para a contratação de pessoal, controle público interno e externo e a observância aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Ocorre que, diante desse hibridismo que marca o regime das fundações públicas de direito privado, surge uma série de questionamentos acerca de como tratar essas entidades no que tange a diversos aspectos da ordem constitucional administrativa.

Um desses aspectos concerne ao teto remuneratório no serviço público. A regra atual do teto remuneratório foi conferida pela Emenda Constitucional nº 41/2003 e consiste em uma limitação às remunerações, proventos e pensões percebidas pelos agentes públicos titulares de cargos, empregos e funções da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, pertencentes a quaisquer dos poderes das entidades federativas, conforme dispõe o art. 37, inciso XI, da Constituição Federal¹.

1 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: [...] XI - a remuneração e o subsídio 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 e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não

O limite remuneratório também se aplica, por disposição constitucional expressa (art. 37, parágrafo 9º, da CF), às empresas públicas e sociedade de economia mista dependentes, ou seja, aquelas entidades que recebem recursos públicos para pagamento de despesas de pessoal ou custeio em geral. As entidades independentes, por sua vez, uma vez que possuem recursos próprios para despesas com pessoal, não se submetem ao teto remuneratório constitucional.

Adotando-se uma interpretação gramatical e literal do texto constitucional, chega-se à conclusão de que as entidades que integram o Funpresp, estariam submetidas ao teto remuneratório, na medida em que o art. 37, inciso XI, da Carta Magna, dispõe, expressamente, que a administração fundacional também está sujeita ao limite ali estabelecido. Ora, como as referidas entidades foram constituídas sob a forma de fundação pública, haveria que ser observada a regra do teto remuneratório, ante a expressão “administração fundacional” contida no referido dispositivo constitucional.

Entretanto, a questão não é tão simples quanto parece. Isso porque a natureza jurídica da fundação pública ainda é bastante controversa na doutrina e na jurisprudência, constituindo-se um dos temas mais espinhosos do direito administrativo pátrio. Assim, antes de analisar a questão específica das Funpresp-Exe, é preciso fazer uma breve análise acerca desse tema.

1 A PROBLEMÁTICA DA NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Com efeito, o Decreto-Lei nº 200/1967, que instituiu a “reforma administrativa”, no final dos anos 60, buscou garantir alguma sistematicidade e organicidade à administração federal brasileira. O Decreto-Lei dispõe sobre a distinção entre administração pública direta e indireta. Enquanto a primeira seria formada por órgãos da Administração, a segunda seria composta, de um lado, por autarquias, entidades com personalidade jurídica de direito público, e de outro, por empresas públicas e sociedades de economia mista, com personalidade jurídica de direito privado (art. 4º, inciso II, do Decreto-Lei nº 200/1967).

poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

Além disso, o Decreto-Lei equiparou, em um dispositivo apartado, as fundações instituídas e mantidas pela União às empresas públicas (art. 4º, inciso II, do Decreto-Lei nº200/1967). Posteriormente, ocorreram sucessivas alterações do referido diploma legal. O dispositivo que equiparava as fundações instituídas e mantidas pela União às empresas públicas (art. 4º, inciso II, do Decreto-Lei nº200/1967) foi revogado pelo Decreto-Lei nº 900/1969; o Decreto-Lei nº 2.299/1986 introduziu dispositivos para tratar das fundações, prevendo que elas integravam a administração indireta para efeitos de submissão às normas sobre gestão financeira e pessoal (art. 4º, §§ 2º e 3º, do Decreto-Lei nº 200/67); a Lei nº 7.596/1997 revogou os dispositivos anteriormente introduzidos pelo Decreto-Lei nº 2.299/1986, dando a redação atual dos dispositivos do Decreto-Lei nº 200/67 que tratam da figura da “fundação pública” (art. 4º, inciso II, alínea “d”, e art. 5º, inciso IV e § 3º, e art. 178 do Decreto-Lei nº 200/67), concebida como entidade da administração indireta “*dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes*” (art. 5º, inciso IV, Decreto-Lei nº 200/67), à qual, todavia, não se aplicam as disposições do Código Civil que regulam as fundações, com exceção das regras sobre registro civil, conforme dispõe o art. 5º, § 3º, do referido diploma.

Ocorre que, durante o curso dessas alterações legislativas, o Supremo Tribunal Federal julgou o famoso *leading case* sobre a matéria, no qual firmou o entendimento de que as fundações instituídas pelo Poder Público - a depender do serviço gerido e do regime jurídico previsto em lei - poderiam, na verdade, ostentar personalidade jurídica de direito público, equiparando-se, portanto, às autarquias (RE 101126 - RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 01.031985). A propósito, confira-se a ementa do julgado proferido pelo Pretório Excelso, *in verbis*:

EMENTA: ACUMULAÇÃO DE CARGO, FUNÇÃO OU EMPREGO. FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO. - NEM TODA FUNDAÇÃO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO É FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

- ÀS 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 PARÁGRAFO. 2. DO ART. 99 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.- SÃO, PORTANTO, CONSTITUCIONAIS O ART. 2º, PARÁGRAFO 3º DA LEI 410, DE 12 DE MARÇO DE 1981, E O ART. 1º. DO DECRETO 4086, DE 11 DE MAIO DE 1981, AMBOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.”

Conforme se pode observar da ementa transcrita, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a problemática concernente à constitucionalidade da extensão da proibição de acumulação de cargos, empregos e funções públicas à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro – FAPER/RJ, decidiu, à época, que os Estados federados poderiam instituir fundações com personalidade jurídica de direito público. Entretanto, é importante frisar, que isso não quis dizer que todas as fundações instituídas pelo Poder Público deveriam, obrigatoriamente, ser consideradas como pessoas jurídicas de direito público, como se autarquias fossem. Ou seja, a própria lei instituidora da entidade teria o papel de definir a personalidade jurídica da fundação (de direito público ou de direito privado), bem como a sua maior ou menor subordinação às normas e princípios publicistas que permeiam o regime jurídico administrativo.

Ressalte-se que a Emenda Constitucional nº 19/1998, nos moldes em que foi concebida, deixou claro a respeito da possibilidade de instituição de fundações com personalidade jurídica de direito privado, com regime jurídico similar ao das empresas estatais. Consoante disposto no art. 37, XIX, da Constituição Federal, com a redação dada pela referida emenda, *“somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”*.

De acordo com a redação do dispositivo, as fundações, assim como ocorre com as empresas estatais, não seriam criadas diretamente por lei, mas sim instituídas pelo Poder Público com base em autorização legal, o que implica a necessidade de registro civil do respectivo ato instituidor/ estatuto. E assim como as empresas estatais, as fundações estariam parcialmente submetidas ao regime jurídico administrativo - princípios

constitucionais da administração, concurso público para a seleção de pessoal, licitação para a celebração de contratos, controle público interno e externo -, diversamente do que ocorre com a administração direta, autarquias e fundações autárquicas (fundações públicas de direito público), que se submetem a regras de direito público sem qualquer derrogação.

Esse posicionamento encontra vasto respaldo na doutrina. A respeito do tema, confirmam-se os ensinamentos da administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in verbis*:

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.

Colocamo-nos entre os que defendem a possibilidade de o poder público, ao instituir a fundação, atribuir-lhe personalidade de direito público ou de direito privado. Isto porque nos parece incontestável a viabilidade de aplicar-se, no direito público, a distinção que o Código Civil de 1916 continha entre as duas modalidades de pessoas jurídicas privadas: associações e sociedades, de um lado, e fundações, de outro; a distinção se mantém no novo Código Civil. [...]

Essa distinção é aplicável tanto às pessoas jurídicas privadas, como às pessoas jurídicas públicas. O Estado pode instituir pessoa jurídica constituída por sujeitos unidos (ainda que compulsoriamente) para a consecução de um fim que é ao mesmo tempo público (fiscalização do exercício da profissão) e de interesse específico dos associados (defesa dos interesses da classe), como ocorre com a OAB e demais entidades corporativas; como pode constituir pessoa jurídica dotada de patrimônio voltado a um fim que irá beneficiar pessoas determinadas, como ocorre com a Fundação de amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, o hospital das Clínicas, as Universidades Públicas, todas elas constituídas por um patrimônio destinado a atingir terceiros estranhos a essas entidades; o elemento humano que as compõe é mero instrumento para a consecução dos seus fins.

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. Em um e outro caso se enquadram na noção categorial do instituo da fundação, como patrimônio personalizado para a consecução de fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade.²

Assim, conforme se pode observar, verifica-se que a complexidade do tema é tamanha, que o próprio legislador, a jurisprudência e a doutrina controvertem-se sobre a verdadeira natureza jurídica das fundações públicas, predominando, atualmente, conforme salientado no trecho transcrito, o entendimento de que as referidas entidades poderão assumir personalidade de direito privado ou de direito público, a ser aferida por meio do exame da lei autorizadora da criação da fundação, bem como pelos seus elementos característicos, previstos nos estatutos. Nesse sentido, Raquel Melo Urbano de Carvalho, após realizar um estudo aprofundado da matéria, chega à seguinte conclusão, *in litteris*:

A título de conclusão, portanto, tem-se que a fundação é uma categoria relativa tanto à esfera do Direito Civil, quanto à do Direito Administrativo. Podem ser particulares ou governamentais: a) as fundações particulares são instituídas por particulares, regidas inteiramente pelo Código Civil, sem nenhuma participação do Estado em sua instituição; b) a fundação governamental é instituída pelo Estado, sendo gênero do qual são espécies: a fundação instituída sob o regime de direito público e a fundação submetida ao regime de direito privado. A natureza jurídica pública ou privada da fundação governamental resulta do exame da lei instituidora e dos seus elementos característicos e dos estatutos.”³

2 A NATUREZA JURÍDICA DA FUNPESP-EXE E A REPERCUSSÃO EM RELAÇÃO À REGRA DO TETO REMUNERATÓRIO CONSTITUCIONAL

Com efeito, a problemática da natureza jurídica das fundações acaba por ter implicações no que tange à incidência do teto remuneratório na Administração Pública. Isso porque, conquanto o art. 37, inciso XI, da Carta Magna, preceitue que o limite remuneratório aplica-se a todas as entidades, o próprio texto constitucional excepciona essa regra em relação

2 DI PIETRO, Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 444 ss.

3 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: JusPODIVM, 2009. p.793.

às empresas públicas e sociedades de economia mista independentes (art. 37, parágrafo 9º, da CF).

Nesse contexto, cumpre analisar se a Funpresp-Exe, na qualidade de fundação pública, com personalidade jurídica de direito privado, no concernente ao teto remuneratório, enquadram-se na regra do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, ou se submetem à mesma disciplina das empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades que se sujeitam ao teto constitucional de acordo com ou grau de dependência em relação aos recursos públicos para pagamento de despesas com pessoal e custeio de despesas em geral.

Ora, considerando o que foi explanado a respeito da complexidade e das nuances que envolvem a natureza das fundações públicas e seus respectivos regimes jurídicos, uma interpretação gramatical, literal e estanque do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, não se mostraria consentânea com a concepção doutrinária e jurisprudencial atual sobre a matéria, na qual se constata, repita-se, duas figuras jurídicas distintas: a fundação pública de direito público (fundação autárquica) e a fundação pública de direito privado.

Comefeito, uma exegese literal do referido dispositivo constitucional resultaria no enquadramento, em uma mesma regra, de fundações públicas com regimes jurídicos completamente diversos, quando o próprio texto constitucional confere um tratamento diferenciado nesse aspecto às empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades da Administração Pública, com personalidade jurídica de direito privado, que, caso sejam independentes, não se submetem ao teto remuneratório.

Destarte, uma solução mais prática e plausível da questão deve passar, necessariamente, por um novo viés interpretativo das normas aplicáveis ao caso, considerando a dualidade de regimes jurídicos aplicáveis às fundações públicas e suas respectivas implicações no regime jurídico administrativo e, conseqüentemente, na incidência ou não do teto remuneratório.

Nesse panorama, observa-se que a *ratio essendi* de duas disciplinas constitucionais para o teto remuneratório na Administração Pública (art. 37, XI e art. 37, parágrafo 9º) visa, justamente, conferir um tratamento diferenciado a situações que são, de fato, juridicamente distintas. O limite incidirá justamente para evitar que os cofres públicos sejam onerados por remunerações demasiadamente elevadas no setor público, coibindo-se, assim, gastos exorbitantes com despesas de pessoal. Por outro lado, se a entidade não receber recursos públicos para sua manutenção, como é o caso das empresas públicas e sociedades de economia mista independentes, não haverá razão para que incida o teto remuneratório.

Assim, em razão do que foi exposto, a despeito do disposto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, é possível concluir que as fundações públicas, a depender de sua natureza jurídica, seguirão regras diferentes no que tange ao teto remuneratório. As fundações públicas, com personalidade jurídica de direito público, submeter-se-ão, indubitavelmente, ao teto constitucional, porquanto, conforme proclamado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, seguem o mesmo regime jurídico das autarquias e, por isso, suas despesas são custeadas pelos cofres públicos. As fundações públicas, com personalidade jurídica de direito privado, entretanto, ostentam regime jurídico híbrido (regime privado, parcialmente derogado por regras de direito público), aproximando-se do regramento ao qual se submetem as empresas públicas e sociedades de economia mista e, em razão disso, a incidência do limite remuneratório dependerá do fato de a fundação receber ou não recursos para o pagamento de pessoal ou custeio em geral. A respeito do tema, oportuna a transcrição do seguinte trecho do Projeto Fundação Estatal – Perguntas e Respostas, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, *in verbis*:

Questão 6:

Aplica-se à fundação estatal a observância do teto de remuneração dos servidores?

Não. Considerando que a Constituição deve ser interpretada de maneira harmônica e sistêmica, o disposto no inciso XI do art. 37 somente deve ser aplicável aos servidores e empregados da administração direta, das autarquias e das fundações autárquicas de direito público. Se por similaridade, as fundações estatais de direito privado devem perfilar-se às empresas públicas e sociedades de economia mista em decorrência de seu regime de direito privado, a correta hermenêutica do disposto no inciso XI é a de que os entes públicos de direito público devem observar a imposição do teto salarial, regramento não aplicável aos entes públicos de direito privado, como as empresas e as fundações estatais.⁴

Esse raciocínio tem sido acolhido, majoritariamente, pela doutrina pátria, conforme esclarece Raquel Melo Urbano de Carvalho, destacando que tem prevalecido o entendimento no sentido de que as

⁴ Disponível em: <<http://www.idisa.org.br/img/File/FundacaoestatalMinPlanperguntaresposta.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2013.

fundações públicas, com personalidade jurídica de direito privado, também podem ser enquadradas dentro das categorias de “dependentes” ou “independentes” – previstas para empresas públicas e sociedades de economia mista - para fins de submissão ou não aos limites estabelecidos pela lei de Responsabilidade Fiscal, *in litteris*:

Cumpra esclarecer uma importante conclusão que se entende decorrer da possibilidade de as fundações serem computadas no orçamento público como prestação de serviços, nos termos em que concebido no atual projeto federal. As fundações estarão, do ponto de vista formal, fora dos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal. O modelo concebido para as fundações atualmente assenta-se em afirmada autonomia orçamentária, não havendo sequer a dependência exigida para a sujeição à Lei Complementar 10.

A este propósito, cumpre observar que o artigo 1, §3º, I ‘b’ da Lei de Responsabilidade Fiscal determina que nas referências à União, Estados, Distrito Federal e Municípios estão compreendidas as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes. Destarte, a LRF aplica-se aos entes da Federação, aos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), Ministério Público, Tribunais de Contas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais (exploradoras de atividades econômicas e prestadoras de serviços públicos) dependentes. Empresa estatal dependente, nos termos do inciso II do artigo 2º da LC 101, é a sociedade que recebe do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos os recursos advindos de aumento de participação acionária.

Do referido contexto, poder-se-ia concluir, com base na literalidade dos dispositivos, que as fundações públicas, de direito ou público ou privado, estariam, sujeitas aos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal. Isto porque o caráter dependente só foi atribuído à empresa estatal, conceito em que não se incluem, em princípio, as fundações. As fundações estariam submetidas à LRF, assim como as autarquias e entes federativos.

Não é esta, contudo, a orientação que vem predominando na doutrina. O entendimento majoritário é no sentido de que a Lei de Responsabilidade Fiscal atinge as fundações de direito privado às

quais sejam repassados recursos públicos, acompanhando, o mesmo critério utilizado para a classificação de empresa ‘controlada’ ou ‘dependente’. Assim, a fundação se enquadraria em uma ou em outra hipótese consoante tais recursos fossem, ou não, destinados a despesas de pessoal, custeio ou capital.

Consequentemente, se a fundação não receber do ente federativo repasses destinados diretamente para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, não se enquadra no conceito de entidade dependente e, assim, estará fora dos limites da LRF. Considerando que, na estrutura concebida para implementação após aprovação do PLP nº 92/07, a fundação somente receberá da União pelos serviços prestados conforme acordo, conclui-se que a entidade administrativa poderá se manter com recursos próprios. Não será considerada dependente e, assim, não se sujeitará à Lei de Responsabilidade Fiscal.

Reitere-se, portanto, que quando a renda de uma fundação advier de serviços prestados a órgãos públicos ou entidades da Administração, nos termos do acordo firmado com pessoa federativa, a regra passa a ser a não-incidência dos limites fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal. Os limites deste diploma somente vinculariam as fundações governamentais privadas na hipótese de recebimento de recursos financeiros diretamente do ente federativo para pagamento de pessoal ou de despesas de custeio ou de capital.⁵

Consoante se pode observar, após constantes debates na doutrina e na jurisprudência, embora a matéria não tenha alcançado a almejada pacificação, tem-se entendido, em uma interpretação sistemática e harmônica da Constituição Federal, que as fundações públicas, com personalidade jurídica de direito privado, justamente por ostentarem regime jurídico semelhante aos das empresas públicas e sociedades de economia mista, devem receber o mesmo tratamento jurídico, o que justifica a categorização dessas entidades em “dependentes” ou “não dependentes” para fins de incidência do teto remuneratório, aplicando-se o art. 37, parágrafo § 9º, da Constituição Federal.

Nesse contexto, indaga-se: a Funpresp-Exe, na qualidade de fundação pública de direito privado, é considerada dependente ou não dependente, nos termos da classificação acima citada?

5 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: JusPODIVM, 2009. p.801-802.

Com efeito, conforme já salientado, depreende-se do art. 37, parágrafo 9º, da Constituição Federal, que o conceito de dependência e independência está relacionado com o fato de entidade receber ou não recursos públicos para pagamento de despesas com pessoal e custeio em geral.

Os conceitos também foram abordados na Lei de Responsabilidade Fiscal, que trata a empresa dependente como entidade controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária (art. 2º, inciso III, da Constituição Federal⁶).

No particular, cumpre destacar que a Funpresp-Exe, nos termos do art. 4º, parágrafo 1º, da Lei nº 12.618/2012, é dotada de autonomia administrativa, financeira e gerencial e, conforme preceitua o art. 10 do referido diploma legal, deverá ser mantida integralmente por suas receitas, oriundas das contribuições de patrocinadores, participantes e assistidos, dos resultados financeiros de suas aplicações e de doações e legados de qualquer natureza, observado o disposto no § 3º do art. 202 da Constituição Federal. Tal dispositivo constitucional veda o aporte de recursos financeiros por parte da União, Estados, Distrito Federal e Município às entidades de previdência privada, salvo na qualidade patrocinadores.

Ressalte-se, ainda, que o custeio da máquina administrativa da Funpresp-Exe, nos termos do art. 9º, parágrafo 1º da Lei nº 12.618/12, será realizada pelos patrocinadores, participantes e assistidos, conforme previsto no regulamento de planos de benefícios, limitando-se aos valores estritamente necessários à sustentabilidade do funcionamento dessas entidades.

Diante desse cenário, pode-se concluir que a Funpresp-Exe caracteriza-se como fundação pública independente, porquanto, não recebe recursos orçamentários para o pagamento de despesas com pessoal, custeio geral ou de capital. Com efeito, o fato de haver o aporte de recursos públicos a essa entidade, que, eventualmente, poderão ser utilizados para custear a máquina administrativa, não retira a característica da independência, na medida em que os valores são vertidos em razão de obrigação estritamente contratual, assumida pela União,

6 Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como: [...] III - empresa estatal dependente: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária;

Estados, Distrito Federal e Municípios na qualidade de patrocinadores da previdência complementar do servidor público.

Destaca-se que o erário não é onerado pelo custeio da Funpresp-Exe, pois os aportes de recursos públicos feitos àquela entidade não tem natureza orçamentária, consistindo em contribuições vertidas a título contratual, com repasses regulares, previsíveis e planejáveis. O sistema da Funpresp-Exe foi construído justamente para não onerar os cofres públicos, sendo que eventual déficit do fundo de previdência complementar não será suportado pelo Tesouro Nacional, o que reforça a característica de independência dessas entidades.

Assim, considerando-se a forma em que o sistema da Funpresp-Exe foi juridicamente concebido e estruturado pelo Poder Público, conclui-se que a referida entidade ostenta natureza jurídica de fundação pública, com personalidade jurídica de direito privado, de natureza independente, e, por isso, não se submetem ao teto remuneratório constitucional, nos termos do art. 37, parágrafo 9º, da Constituição Federal.

Nada obstante, apesar dessa constatação, observa-se que a própria Lei nº 12.618/12, criadora do regime de previdência complementar, dispôs, em seu art. 5º, parágrafo 8º, que a remuneração da diretoria executiva da Funpresp-Exe deveria observar o teto constitucional, *verbis*:

Art. 5º A estrutura organizacional das entidades de que trata esta Lei será constituída de conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria executiva, observadas as disposições da Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001.

§ 8º A remuneração e as vantagens de qualquer natureza dos membros das diretorias executivas das entidades fechadas de previdência complementar serão fixadas pelos seus conselhos deliberativos em valores compatíveis com os níveis prevalentes no mercado de trabalho para profissionais de graus equivalentes de formação profissional e de especialização, observado o disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal.

Assim, embora, constitucionalmente, a Funpresp-Exe não esteja sujeita ao teto remuneratório do serviço público, certo é que a remuneração da diretoria executiva deverá observar esse limite, tendo em vista a restrição prevista no art. 5º, parágrafo 8º, da Lei nº 12.618/2012.

Delineado esse contexto, exsurge o questionamento principal e prático da presente artigo: no caso de cessão de servidor público para ocupar a função de Diretor Executivo da Funpresp-Exe, o somatório da

remuneração percebida no órgão de origem com a retribuição pecuniária da função de diretoria exercida na fundação pública poderá ultrapassar o teto constitucional?

Com efeito, seguindo o raciocínio deduzido neste artigo, tem-se que a cessão de servidor público à Funpresp-Exe deve seguir as mesmas regras aplicáveis às empresas públicas e sociedade de economia mista, tendo em vista a similaridade do regime jurídicos dessas entidades. Nesses casos, havendo a opção pela retribuição pecuniária normalmente paga pelas empresas estatais, elas mesmas serão responsáveis diretamente pelo pagamento da remuneração do servidor, sendo dispensável qualquer tipo de reembolso às entidades cedentes. Entretanto, na hipótese de o servidor “optar pela remuneração do cargo efetivo ou pela remuneração do cargo efetivo acrescida de percentual da retribuição do cargo em comissão”, ou seja, quando o servidor optar pela remuneração de seu vínculo originário, a entidade cedente é quem efetuará o pagamento do servidor, cabendo à entidade cessionária promover o reembolso dessas despesas (art. 93, parágrafo 2º, da Lei nº 8.112/90⁷)

No concernente ao teto remuneratório, a Lei 8.852/94, que regulamenta os art. 37, inciso XI e XII e art. 39, parágrafo 1º, da Constituição Federal, dispõe, em seu art. 4º, inciso I⁸, que a referida limitação também se aplicará à hipótese de cessão de servidor público, incidindo sobre o somatório das remunerações percebidas no órgão/entidade cedente e no órgão/entidade cessionário.

Ocorre que a norma em comento entrou em vigor antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, que criou novas disposições acerca do teto remuneratório no serviço público, tendo sido incluído, inclusive, o parágrafo 9º do art. 37 da Constituição Federal, que excluiu do referido limite as empresas públicas e sociedades de economia mista independentes.

Nesse contexto, mostra-se ilógico e incoerente com o regramento constitucional que - na hipótese de um servidor cedido a uma empresa pública ou sociedade de economia mista de natureza independente - o somatório das remunerações percebidas na entidade de origem e na

7 Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses: (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 17.12.91) (Regulamento) (Vide Decreto nº 4.493, de 3.12.2002) (Regulamento) (...) § 2º Na hipótese de o servidor cedido a empresa pública ou sociedade de economia mista, nos termos das respectivas normas, optar pela remuneração do cargo efetivo ou pela remuneração do cargo efetivo acrescida de percentual da retribuição do cargo em comissão, a entidade cessionária efetuará o reembolso das despesas realizadas pelo órgão ou entidade de origem.

8 Art. 4º O disposto nos arts. 1º a 3º aplica-se também: I - ao somatório das retribuições pecuniárias percebidas por servidores ou empregados cedidos ou requisitados provenientes de todas as fontes;

entidade cessionária sejam limitadas pelo teto constitucional. Ora, se entidade à qual o servidor foi cedido não se submete ao teto do serviço público, não há fundamento jurídico para que seja observada a referida limitação remuneratória, cabendo, apenas, à entidade cessionária efetuar o reembolso de todas as despesas realizadas pelo órgão ou entidade de origem, conforme dispõe o art. 93, parágrafo 2º, da Lei nº 8.112/90.

Destarte, considerando-se que a Funpresp-Exe é uma fundação pública de direito privado independente, não se submetendo, portanto, à regra do teto remuneratório constitucional, tem-se que, no caso de cessão de servidor público à referida entidade, o somatório das remunerações percebidas na entidade de origem e na entidade cessionária poderá extrapolar o limite discriminado no art. 37, inciso XI da Constituição Federal.

3 CONCLUSÃO

De acordo com o que foi explanado ao longo do artigo, conclui-se que as entidades que integram a Funpresp-Exe apresenta natureza jurídica de fundação pública, com personalidade jurídica de direito privado e ostenta regime jurídico híbrido (regime privado, parcialmente derogado por regras de direito público), aproximando-se, no concernente à regra do teto remuneratório constitucional, do regramento constitucional ao qual se submetem as empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 37, parágrafo 9º, da Constituição Federal). Em razão disso, a incidência do limite remuneratório dependerá do fato de a fundação pública receber ou não recursos públicos para o pagamento de pessoal ou custeio em geral.

Ora, considerando-se a forma em que o sistema da Funpresp-Exe foi juridicamente concebido e estruturado pelo Poder Público - sem onerar o Tesouro Nacional -, a entidade ostenta natureza jurídica de fundação pública de direito privado independente e, por isso, não se submete ao teto remuneratório constitucional, nos termos do art. 37, parágrafo 9º, da Constituição Federal.

Contudo, a fixação da remuneração dos membros da Diretoria Executiva dessas entidades deverá observar o teto constitucional do serviço público, não em razão do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, mas sim por força da restrição prevista no art. 5º, parágrafo 8º, da Lei nº 12.618/2012. Entretanto, na hipótese de cessão de servidor público à fundação pública previdenciária, caso haja a opção pela remuneração do cargo efetivo, acrescida da retribuição da função comissionada exercida na Funpresp-Exe, tem-se que o somatório das remunerações poderá ultrapassar o teto constitucional.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: JusPODIVM, 2009.