

Por Mariana Monte Alegre de Paiva e Pedro Javier Martins Uzeda Leon (*)

Em 29.3.2021, a Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (“ABRAPP”) ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 817 perante o Supremo Tribunal Federal (“STF”) objetivando questionar a competência do Tribunal de Contas da União (“TCU”) de fiscalizar e imputar responsabilidades às Entidades Fechadas de Previdência Complementar (“EFPC”).

Na ADPF, a ABRAPP argumenta, em resumo, que as EFPC não integrariam a administração pública por se tratarem de entidades autônomas, não podendo ser consideradas responsáveis pela administração de recursos públicos. Nessa linha, defende que o TCU seria incompetente para fiscalizar diretamente as EFPC. Atualmente, ainda pende de análise pela Relatora, Ministra Rosa Weber, o pedido de concessão de liminar pleiteada na ADPF.

A questão da competência quanto à fiscalização das EFPC é bastante controversa. O TCU há tempos vem reafirmando sua competência para tanto, especialmente com base no suposto dever constitucional previsto no artigo 70 da CF/1988[1], sob o argumento de que seu objetivo seria apurar possíveis danos ao erário decorrentes da má gestão de recursos aplicados nessas entidades, conforme exposto no Acórdão n° 3.133/2012[2] do TCU. Inclusive, em 2019, foi criada a Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional e dos Fundos de Pensão do TCU (“SecexFinanças”), o que reforçou ainda mais o posicionamento do TCU quanto à sua competência de fiscalização das EFPC.

No entanto, é necessário se atentar ao fato de que as EFPC não integram a administração pública e a relação com os beneficiários é de direito privado, regida contratualmente. Desse modo, tanto os aportes feitos pelos patrocinadores, ainda que entes públicos, como os pagamentos dos benefícios feitos aos beneficiários tem natureza privada, sendo regulados pelos termos acordados no plano de benefícios.

Além disso, outro ponto de destaque diz respeito à especialidade da atuação de fiscalização. Não é razoável imaginar que o TCU, órgão responsável por inúmeras funções que visam essencialmente proteger o erário, seja mais capacitado do que a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (“PREVIC”), a qual, nos termos do artigo 5° da Lei Complementar n° 109/2001, possui justamente a devida competência para fiscalização das EFPC [3] e que por óbvio possui suficiente expertise técnica de fiscalizar de maneira eficiente eventuais irregularidades cometidas por tais entidades. Até seria possível ponderar que a atuação do TCU na fiscalização já realizada pela PREVIC implicaria certo desalinhamento em relação ao princípio da eficiência da administração pública, haja vista que a existência de órgão que já cumpre tal função adequadamente.

Não se pode ignorar, porém, que o papel do TCU se faz extremamente útil ao mercado de previdência complementar no que tange ao controle de segunda ordem, isto é, a fiscalização sobre os entes públicos patrocinadores e sobre a própria PREVIC, mas não diretamente sobre as EFPC.

Diante disso, a fiscalização de EFPC nos moldes pretendidos pelo TCU traz insegurança no cenário de previdência complementar brasileiro, bem como abre margem a duplas investigações e penalizações em casos de atuação paralela tanto da PREVIC quanto do TCU. Agora, caberá a palavra final ao STF, quem determinará exatamente os limites de atuação do TCU no que tange às EFPC.

[1] 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.

[2] CONSULTA. CONFLITO DE COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAÇÃO DAS EFPC ENTRE TCU E PREVIC.

INEXISTÊNCIA. RECURSOS QUE INTEGRAM AS CONTAS INDIVIDUAIS DOS PARTICIPANTES. NATUREZA JURÍDICA DE RECURSOS PÚBLICOS ENQUANTO GERIDOS PELAS EFPC. MARCO LEGAL DA ATUAÇÃO DO TCU: CONSTITUIÇÃO FEDERAL, LEI ORGÂNICA, REGIMENTO INTERNO, INSTRUÇÕES, RESOLUÇÕES E DECISÕES NORMATIVAS PRÓPRIAS, ALÉM DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA APLICÁVEL ÀS EFPC. 1. Os recursos que integram as contas individuais dos participantes das EFPC, quer oriundos do patrocínio de órgãos públicos ou de entidade de natureza jurídica de direito privado, quer das contribuições individuais dos participantes, enquanto administrados pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), são considerados de caráter público. 2. O Tribunal, quando for o caso de sua atuação fiscalizatória de primeira ou segunda ordem, sobretudo nas hipóteses de operações que gerem ou possam gerar prejuízos ao erário, verificará o cumprimento dos dispositivos das Constituição Federal, das Leis Complementares nºs 108/2001 e 109/2001, bem como as regulações expedidas pelo Conselho Nacional de Previdência Complementar, pelo Conselho Monetário Nacional entre outras leis e normas infralegais, mediante a utilização dos procedimentos previstos em sua lei orgânica, em seu regimento interno, em suas resoluções administrativas, instruções e decisões normativas, a exemplo de tomadas de contas especiais, inspeções, auditorias, acompanhamentos, monitoramentos, relatórios de gestão etc. 3. A competência constitucional do TCU para fiscalizar a aplicação de recursos pelas EFPC, direta ou indiretamente, não ilide nem se sobrepõe a outros controles previstos no ordenamento jurídico, como o realizado pelos entes patrocinadores, pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar e por outros órgãos a quem lei ou a Constituição Federal atribui competência.

[3] Art. 5º. A normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades das entidades de previdência complementar serão realizados por órgão ou órgãos regulador e fiscalizador, conforme disposto em lei, observado o disposto no inciso VI do art. 84 da Constituição Federal.

(*) **Mariana Monte Alegre de Paiva e Pedro Javier Martins Uzeda Leon** - Sócia e associado de Pinheiro Neto Advogados.

18.06.2021