PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

ANO I - Nº 1 - 2013

Consolidando avanços e inovando para o futuro

SPPC - Secretaria de Políticas de Previdência Complementar

PREVIDÊNCIA SOCIAL
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Editorial.....:

A PREVIDÊNCIA DO SERVIDOR PÚBLICO: Sua Reforma e o Regime de Previdência Complementar - a consolidação, os desafios e a necessidade de ampliação para os Estados, DF e Municípios – Jaime Mariz de Faria Junior.....;

NOVAS PROPOSTAS PARA O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR: Inovar para ampliar a cobertura e promover a sustentabilidade – Paulo Cesar dos Santos.....;

A NOVA VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR OPERADO PELOS FUNDOS DE PENSÃO - Luís Ricardo Marcondes Martins e Roberto Eiras Messina.....;

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA: Evolução e Atualizações Necessárias – Alano Roberto Santiago Guedes e Danilo Ribeiro Miranda Martins.....

ANÁLISE DA RESOLUÇÃO DE RETIRADA E SUA EVOLUÇÃO: o processo e os avanços em relação a CPC nº 06/88 e o que falta para concluir - Jose Edson da Cunha Junior

GRANDES NÙMEROS DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR:
Consolidando Avanços e Inovando para o Futuro

Quando assumi a missão que me foi atribuída pela Excelentíssima Senhora Presidenta da República aos poucos fui me familiarizando com os inúmeros desafios que se impunham a uma boa gestão no Ministério da Previdência Social.

Nessa missão nem tudo tem sido tão difícil. A Previdência Complementar tem nos trazido avanços e boas conquistas. Foi assim com a instituição da Previdência Complementar para os servidores públicos federais. Assumimos a responsabilidade de mostrar o risco que tínhamos e indicar uma solução técnica que julgamos adequada. Não para nossa surpresa, após a aprovação da Funpresp, outros entes federados seguiram o caminho indicado e outros mais nos pedem que busquemos solução que lhes permita alcançar os mesmos resultados.

Desafios na regulação se apresentaram, clamando regras mais adequadas e atuais, e o Ministério da Previdência cumpriu o seu papel de formulador de políticas públicas e de promover o desenvolvimento harmônico e compatível com o grau de desenvolvimento social e econômico do País.

Não se absteve, também, de pensar na sua atuação como o defensor da segurança e higidez do Regime, do seu papel de fiscalizador, fazendo valer o seu poder de polícia, mas de forma democrática e legal, com a garantia da defesa e o respeito aos que atuam na Previdência Complementar.

Pensar o novo, buscando soluções para o futuro é outro desafio que precisamos enfrentar para que, apoiados numa regulação atual, segura e com credibilidade, possamos elevar a cobertura para os nossos Fundos de Pensão focados nas novas gerações e futuros potenciais participantes.

Tudo isso, com segurança jurídica e garantia de que os princípios constitucionais tão caros ao Regime de Previdência Complementar sejam levados em consideração no contexto atual, nos determinou a aproximação ainda maior com os operadores do direito oferecendo a informação sobre a técnica e a dinâmica do Regime, para que conhecidos e compreendidos esses aspectos, possamos focar nossas preocupações e esforços em melhorar cada vez mais a Previdência Complementar dando-lhe a necessária sustentabilidade.

A reflexão sobre esses e outros aspectos podemos encontrar nesta primeira edição da Revista da Previdência Complementar, e mais, que as ações desenvolvidas para o Regime seguem as linhas do mapa estratégico e das diretrizes básicas fixadas para a Previdência Complementar e norteiam as nossas ações em busca de resultados melhores; e que o diálogo e a cooperação são fundamentais para que as políticas públicas reflitam os resultados esperados pelos atores, com a segurança técnica e jurídica, e a credibilidade, imprescindíveis para o crescimento equilibrado do Regime.

Com a certeza de que o objetivo fundamental é assegurar a sustentabilidade do sistema previdenciário, garantindo o direito das atuais e das futuras gerações, precisamos continuar nosso trabalho, contando sempre com a contribuição, a participação e o diálogo com todos os atores dos Fundos de Pensão, pensando a Previdência Complementar vitoriosa do futuro.

GARIBALDI ALVES FILHO
Ministro da Previdência Social

A PREVIDÊNCIA DO SERVIDOR PÚBLICO:

Sua Reforma e o Regime de Previdência Complementar - a consolidação, os desafios e a necessidade de ampliação para os Estados, DF e Municípios

Jaime Mariz de Faria Júnior*

As sociedades do século XXI estão às voltas com as discussões e reformas dos seus sistemas previdenciários. Questões demográficas – em face da elevação da longevidade das populações e da baixa taxa de reposição – a alteração da dinâmica dos mercados de trabalho com os avanços tecnológicos, elevação da produtividade e redução do emprego massivo, as crises econômicas e os seus reflexos nas finanças das nações foram determinantes para as reformas.

Os modelos baseados no Welfare State começaram a ter problemas de financiamento e, já na década de 90, começaram a discutir mudanças de regras e paradigmas, em linha com as relações da sociedade moderna e os conceitos dos sistemas previdenciários, com direcionamento para a lógica securitária, com ênfase nos aspectos retributivos [1] dos sistemas e no fortalecimento da cultura previdenciária.

No Brasil essa situação não é diferente. Nos últimos 60 anos a população de idosos passou de 2,6 milhões, cerca de 5% da população, para 23,5 milhões, 12% da população, tendendo a alcançar 65,0 milhões em 2050, correspondendo a mais de 30% da população brasileira, segundo estimativas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Por outro lado, a taxa de fecundidade vem caindo, passando de 6,3 filhos por casal para 1,86 filhos, o que não permite que haja a reposição da população, tendo em vista que para isso é necessário que a taxa seja de 2 filhos por casal.

Nesse ambiente complexo, não há mais espaço para diferenças fundadas em motivações corporativas ou criadas sem relação com a lógica ou os preceitos constitucionais em matéria previdenciária. Os fundamentos e direitos em matéria de previdência, baseados na busca e na preparação de cobertura e segurança futura durante o período laborativo, para o usufruto dos benefícios originados quando da perda da capacidade dos cidadãos proverem seu sustento e as necessidades com o fruto da remuneração do trabalho, por incapacidade ou por idade avançada, é que devem dar a tônica ao Sistema Previdenciário.

Desde o final dos anos 90 é latente a preocupação com o futuro previdenciário da nação e a busca de soluções que reduzissem essas diferenças, aliás, de acordo com os objetivos fundamentais da República previstos na Carta Maior. Foi assim que se apresentaram as reformas constitucionais em matéria previdenciária, iniciadas com a Emenda Constitucional nº 20/1998, a Emenda Constitucional nº 41/2003, e a Emenda Constitucional nº 47/2005. Paulatinamente, foram sendo introduzidos o caráter contributivo do Regime de Previdência do Servidor Público, a alteração das regras de cálculo e de reajuste dos benefícios à semelhança do que se aplica no Regime Geral de Previdência Social, que no entendimento de vários estudiosos tendem a aproximar o RGPS e o RPPS cada vez mais.

Outro advento trazido pelas Emendas Constitucionais referidas foi a possibilidade de aplicação do limite geral para os benefícios dos Regimes Próprios, em linha com a tendência indicada, levando a que ambos apresentem características de regimes básicos, com o oferecimento do regime complementar para possibilitar que os servidores com remuneração acima do citado limite, pudessem ter a mesma oportunidade que os colaboradores de empresas, inclusive de estatais, já dispunham, estimu-

[1] O princípio retributivo consiste em punir ou recompensar na medida em que haja sido praticada conduta conforme ou não conforme a um modelo de conduta posto como devido por certa sociedade.

lando o esforço previdenciário de abdicar do consumo imediatista, de poupar e receber colaboração do seu empregador para a obtenção de uma renda adicional com a reserva formada com esse intuito.

O regime de repartição simples aplicado ao RPPS, tem se mostrado exaurido, em face da relação muito desfavorável entre servidores ativos e aposentados que, no caso da União, representa cerca de 1,07 servidor em atividade para cada 1 aposentado. A relação não é tão diferente nos estados, DF e municípios, sendo de 1,64 em média para os estados e DF, e de 3,95 para os municípios que possuem regime próprios.

Servidores Públicos Civis e Militares - 2012
Relação entre servidores em atividade, inativos e pensionistas

Ente	Ativos	Inativos e Pensionistas	Total	Relação Ativo/Beneficiário
União	1.111.813	949.848	2.061.661	1.17
Civis	771.750	664.253	1.436.003	1.07
Militares	340.063	285.595	625.658	1.19
Estados	3.028.876	1.844.108	4.872.984	1.64
Municípios	2.262.376	571.807	2.834.183	3.95
Total	**6.403.065**	**3.373.463**	**9.795.828**	**1,90**

Fonte: MPS/SPPS

A relação ideal de quatro servidores ativos para cada um aposentado, no caso específico dos servidores públicos, impõe um severo ônus à sociedade na medida em que determina ao Estado, se quiser manter o equilíbrio financeiro e atuarial obrigatório, uma elevação forte dos gastos para manter essa relação ou pagar pelo déficit decorrente da insuficiência de financiamento.

Segundo estudos do ente que administra a força de trabalho na União, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, teremos cerca de 40% dos atuais servidores em atividade em condições de se aposentar nos próximos quatro anos, algo

em torno de 298 mil servidores. Para manter a relação de 4 x 1[2] a União teria que contratar cerca de 1, 2 milhões de novos servidores e, daqui a algum tempo – tempo médio de 25 anos no serviço publico[3] considerando que conta tempo anterior - para aposentar esses 1,2 milhão de servidores, teria que contratar algo em torno de 4,8 milhões de novos servidores e assim sucessivamente, numa escalada de elevação de gastos exponencial, completamente na contramão da lógica mundial contemporânea.

Em 2012, a União, ou seja, a sociedade por meio dos tributos recolhidos, aportou adicionalmente às contribuições de sua responsabilidade (22% da remuneração do servidor civil), R$ 36,2 bilhões para cobertura dos benefícios de pouco mais de 664 mil aposentados e pensionistas, enquanto que os estados e DF, aportaram R$ 31,1 bilhões para cobertura de 1.840 mil beneficiários de aposentadorias e pensões e, segundo informações colhidas no âmbito do MPS, até 2050, haverá um déficit atuarial da ordem de R$ 2,7 trilhões relacionados aos Regimes Próprios.

[2] No RPPS – União – o servidor recolhe a título de contribuição 11% dos seus ganhos que adicionados aos 22% que a União contribui, perfaz um total de 33% ao mês. Há que se considerar que há uma evolução na remuneração ao longo da carreira do servidor, bem como tempos especiais (tempo menor ou em condições especiais). Sendo assim, a soma das contribuições de 4 servidores na atividade e da União, monta 132% para dar cobertura a cada ex-servidor (aposentado).

[3] O servidor é admitido no serviço público em média com 30 anos e começa a contar tempo de contribuição para os regimes de previdência em torno dos 20 anos quando inicia sua carreira profissional e se filia obrigatoriamente ao RGPS. Dessa forma, considerando que teria que contar com 35 anos de atividade no caso de homem e 30 no caso de mulher, ele permanece e contribui no RPPS por cerca de 25 anos, quando adquire o direito à aposentadoria.

Resultado Previdenciário do RPPS – 2012
Equilíbrio Financeiro – R$ bilhões

Ente da Federação	Receitas	Despesas	Resultado Previdênciário
União (civis e militares)	25,0	82,5	-57,6
Civis	23,0	59,2	-36,2
Militares	2,0	23,3	-21,3
Estados e Distrito Federal	33,0	64,1	-31,1
Capitais	5,1	7,1	-2,0
Demais Municípios com RPPS	11,0	6,6	4,4
Total	**74,1**	**160,3**	**-86,3**

Fonte: MPS/SPPS

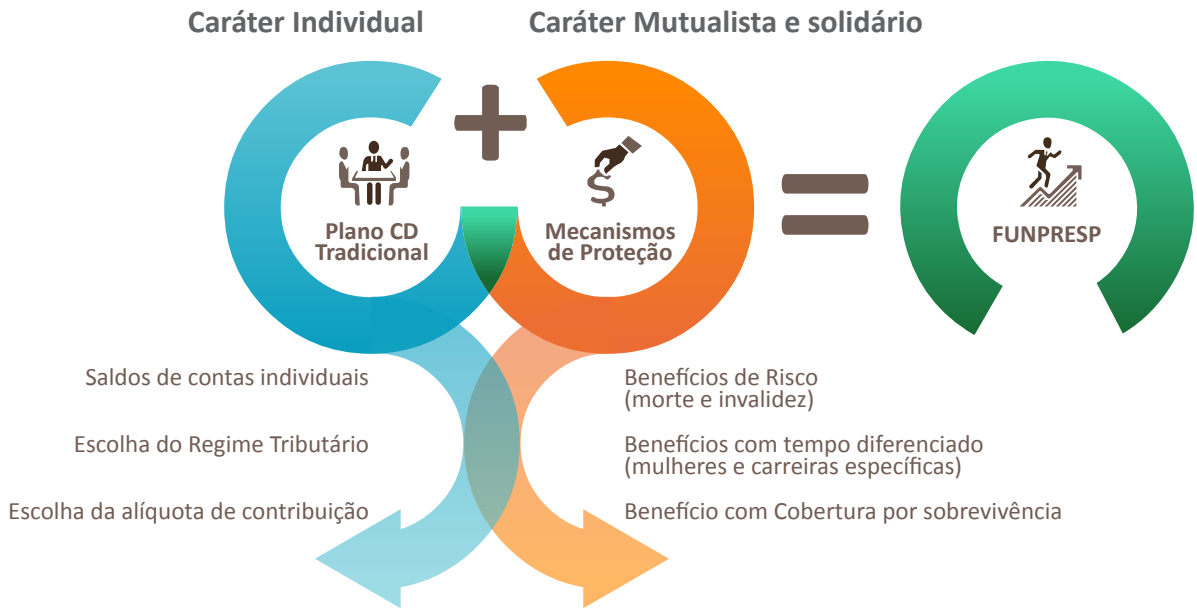
É importante que se diga que nessa questão não se pode atribuir ao servidor público a responsabilidade pela dificuldade por que passa o Regime Próprio de Previdência do Servidor, mas sim a inadequação do método de financiamento adotado em face das peculiaridades que o grupo mostra e a demora em discutir e propor solução para o problema.

Com esse risco posto e em potencial elevado e em face das alterações aprovadas pela Emenda Constitucional nº 41 de 2003, que deu continuidade à reforma iniciada pela EC nº 20 de 1998, foi remetido ao Congresso nacional o Projeto de Lei nº 1992 de 2007, por meio do qual se retomou o que havia sido proposto em 1999, pelo Projeto de Lei Complementar nº 09, ou seja, a aplicação do valor do teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social aos servidores públicos e, como consequência, o oferecimento do Regime de Previdência Complementar por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar. No entanto, por motivos alheios a pressupostos técnicos o PL nº 1992 ficou adormecido por longo tempo.

Entretanto, em 2011, sob a orientação da Presidência da República e a liderança do Ministro Garibaldi Alves, foram retomadas as discussões acerca do PL nº 1992, de 2007. O Ministério da Previdência Social não se furtou ao debate, se fazendo presente em todos os eventos em que o assunto foi tratado, no âmbito dos três poderes da República e junto a associações de classe, sindicatos e sociedade em geral, levando a informação e a motivação técnica para a proposta.

Na proposta, a União foi autorizada a criar 3 entidades fechadas de previdência complementar, uma para cada Poder da República, preservando a independência e as peculiaridades de cada um deles, mantendo, no entanto, a modalidade de contribuição definida para a modelagem de plano, o limite máximo do percentual de contribuição paritária da União, e, em especial a aplicação das disposições das Leis Complementares nº 108 e 109, de 2001.

O projeto manteve os requisitos técnicos e boa governança corporativa para a criação das novas entidades (Funpresp-Exe, Funpresp-Jud e Funpresp-Leg), já adotados pelas 327 entidades fechadas de previdência complementar, e que tem se mostrado um modelo com excelentes resultados e reconhecido internacionalmente como um dos mais atuais e avançados.



Como fruto do debate democrático foram introduzidos ao projeto original, alguns aperfeiçoamentos na então Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, dentre os quais se destaca a criação de fundo mutualista e solidário para cobertura de benefícios de risco – invalidez e morte – de benefícios com tempo diferenciado – mulheres e servidores em situação de contagem de tempo especial – e também a possibilidade de concessão de benefício por longevidade superior a 85 anos.

Havia ainda, outra questão a resolver. A escala necessária para tornar atuarial e economicamente viável a aplicação do Regime de Previdência Complementar a todos os Poderes da República e entes da federação. Após o necessário esclarecimento das características e funcionamento do RPC, as autoridades do Poder Legislativo entenderam prudente unir-se ao Poder Executivo, ganhar escala e oferecer um plano de Previdência aos seus servidores no Funpresp-Exe.

Os Poderes Executivo e Legislativo iniciaram suas providências para o cumprimento da Lei nº 12.618, de 2012, crian-

do, por intermédio do Decreto nº 7.808, publicado em 21.09.2012, a Funpresp-Exe, que entrou em funcionamento com a publicação da Portaria DITEC/PREVIC/MPS nº 604, em 2.10.2012, que aprovou o seu Estatuto e, em 04.02.2013, com a publicação da Portaria DITEC/PREVIC/MPS nº 44, foi aprovado o Plano Executivo Federal passando a oferecê-lo aos novos servidores públicos do Poder Executivo admitidos a partir daquela data. Da mesma forma, o Legislativo passou a oferecer aos seus novos servidores o Legis-Prev que foi aprovado por intermédio da Portaria DITEC/PREVIC/MPS nº 239, de 6.5.2013, publicada no Diário Oficial da União do dia 7.5.2013.

O Poder Judiciário também criou a Funpresp-Jud, por meio da Resolução nº 496, do Supremo Tribunal Federal, publicada em 29.10.2012, tendo aprovado o seu Estatuto e recebido a autorização para funcionamento por meio da Portaria DITEC/PREVIC/MPS nº 71, publicada em 15.02.2013, restando aprovar o seu plano de benefícios.

O assunto não está ainda concluído. Resta a sua consolidação com a estruturação e organização e pleno funcionamento das entidades, com a adesão dos novos servidores aos planos, que é o desafio da administração provisória das entidades para os dois anos de seu mandato, preparando-a para a administração futura, já com as disposições da Legislação específica, as Leis Complementares nº 108 e 109, de 2001 e a Lei nº 12.618, de 2012.

Aliado a isso, tem-se o desafio de garantir a credibilidade da entidade, com uma administração profissional e competente, com resultados adequados e com o esclarecimento e a informação aos destinatários dos planos que permita a sua adesão de forma segura e consciente, garantindo a segurança jurídica, atuarial, econômica e financeira dos Planos. Não é uma tarefa fácil, haja vista o nível de esclarecimento e educação previdenciária da sociedade brasileira e, como não pode ser diferente, do seu estrato formado pelos servidores públicos.

Portanto, há muito que fazer para consolidar o Regime de Previdência Complementar para os servidores públicos e vencer os desafios que mostram o futuro.

A questão da reforma do RPPS não está ainda finalizada. Temos a questão dos Regimes Próprios administrados por estados, DF e municípios, cerca de 2.000, que representa um esforço financeiro significativo dos governos com a destinação de recursos que poderiam ter uma finalidade e resultados mais efetivos para as populações desses entes.

Inicialmente estava previsto no Projeto de Lei nº 1992, de 2007, a possibilidade de Estados, DF, e municípios aderirem aos planos de benefícios administrados pela entidade fechada de previdência complementar que se previa ser criada pela União. Durante o debate e discussão do projeto essa previsão foi retirada do texto, para ser posteriormente discutida com os demais entes da federação.

No entanto, em agosto de 2012, essa demanda se fez mais forte quando os entes federados, reunidos na 42ª Reunião Ordinária do Conselho Nacional dos Dirigentes de Regimes Próprios de Previdência Social - Conaprev, demonstraram seu interesse e necessidade registradas na Carta de Maceió, com formalização por unanimidade de moção para resolverem seus problemas de escala, requerendo que

o MPS envidasse esforços no sentido de viabilizar solução semelhante à adotada no âmbito dos Poderes da União.

A partir daí o MPS tem feito esforços no sentido de debater no âmbito federal e com seus parceiros na administração pública, uma possível solução para a demanda, surgindo a ideia do PrevFederação, uma entidade fechada de previdência complementar multipatrocinada, com o objetivo principal de administrar planos de previdência para os servidores públicos dos Estados, DF e Municípios.

A questão que surge como fundamental para a viabilização da solução é a questão da natureza pública. Para isso o MPS procurou analisar a questão em relação ao aspecto técnico e jurídico tendo como orientação o entendimento dado pelo art. 8º da Lei nº 12.618, de 2012, que consiste na obrigatoriedade de realização de certame licitatório para aquisição de bens e serviços, de realização de concurso público para seleção e contratação de pessoal permanente e na divulgação de seus demonstrativos.

Buscando-se inovar, vislumbrou-se a possibilidade de que um ente integrante da Administração Pública Indireta, em que reste caracterizada a natureza pública de sua atividade, ao instituir uma entidade fechada de previdência complementar, possa vir a lhe transferir dita natureza pública. É sabido que a Administração, ao instituir fundações, pode conferir a estas a personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, notadamente quando se tratar de atividade não exclusiva do Poder Público.

O legislador constituinte derivado, como anteriormente já esposado, houve por entender que, na hipótese de criação de entidade fechada de previdência complementar, que tenha por fim administrar planos de benefícios a serem ofertados a servidores públicos de cargo efetivo dos entes da federação, esta deve ter a natureza pública.

Com esse entendimento, entendeu-se que seria possível a instituição de uma entidade fechada de previdência complementar por uma empresa pública do ramo financeiro, que adotaria a natureza pública em face da natureza da sua instituidora, estando sujeita às exigências de realização de processo licitatório para contratação de bens e serviços, de realização de concurso para contratação de pessoa permanente, bem como, de dar publicidade aos seus atos e prestação de informações, se lhe aplicando, em especial, as disposições das Leis Complementares nº 108 e 109, de 2001.

Dessa forma, está surgindo o PrevFederação, entidade fechada de previdência complementar, de natureza pública, multipatrocinada e multiplano, com a finalidade principal de administrar planos de benefícios de caráter previdenciário a serem oferecidos a servidores públicos vinculados aos entes da federação.

Com isso, ao mesmo tempo em que se apresenta uma possível solução para déficit dos Regimes Próprios vinculados aos outros entes da federação, semelhante à adotada pela União, pelo Estado de São Paulo e pelo Estado do Rio de Janeiro, fortalecemos o Regime de Previdência Complementar com novas entidades fechadas de previdência complementar, gerando cobertura para milhares de potenciais novos participantes.

Mais uma vez busca-se uma solução construída em consonância com a melhor técnica e um modelo vitorioso e respeitado internacionalmente, em linha com a orientação da ação do Estado de compatibilizar a política previdenciária com a de desenvolvimento social e econômico-financeiro do País, e em atendimento ao disposto no inciso II, do art. 3º da Lei Complementar nº 10, de 2001.

Isso implica uma mudança cultural, normalmente lenta, mas que deve ser pautada com um avanço contínuo na educação previdenciária do brasileiro e, no caso, do servidor público, na divulgação, informação e esclarecimento. Essa missão requer a participação de todos: Estado e iniciativa privada, de forma conjunta.

O esforço já apresenta os primeiros resultados, pois antes de iniciada a retomada do assunto Funpresp, não se ouvia falar na aplicação do RPC aos servidores públicos, hoje temos os Funpresp (Executivo e Legislativo e o Judiciário), a Fundação RJPREV no Estado do Rio de janeiro e a Fundação SP-PREVCOM em São Paulo. Outros entes estão se mobilizando para seguir o mesmo caminho. Resta-nos consolidar essas iniciativas e avançar no sentido de que mais entes adotem a solução.

Com isso, todos ganham. Ganha o Estado, ganha o Regime de Previdência Complementar e ganha a sociedade com regras e direitos mais isonômicos para todos, com a atribuição e assunção do ônus do sistema previdenciário de forma mais justa e igualitária para todos os trabalhadores brasileiros.

Mãos à obra!

■

* Jaime Mariz de Faria Júnior é Secretário de Políticas de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social, Vice-presidente da Comissão Técnica dos Fundos de Investimentos da AISS, Presidente da Comissão Permanente dos Fundos de Pensão da OISS, membro titular do Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC.

NOVAS PROPOSTAS PARA O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR:

Inovar para ampliar a cobertura e promover a sustentabilidade

Paulo Cesar dos Santos*

Os especialistas em previdência privada, em especial os que atuam no segmento das entidades fechadas de previdência complementar, têm defendido com ênfase a necessidade de fomento para o Regime de Previdência Complementar. Fala-se da necessidade de desoneração, de alterações das regras de tributação, de autorregulação, de maior segurança jurídica, de educação previdenciária e de oferecimento de novas soluções mais flexíveis e adequadas à evolução das relações sociais. Uma multiplicidade de ações que encerram em si as ideias de segurança, de credibilidade e de inovação, imprescindíveis à ampliação da cobertura e à sustentabilidade do Regime.

De fato, o fomento, em qualquer ramo de atividade, pode ser feito de diversas formas: com o oferecimento de incentivos, com desregulamentação e redução da burocracia e com a inovação. Nenhuma dessas formas é única ou bastante, por si própria, para que o fomento surta o efeito desejado. No caso do Regime de Previdência Complementar, operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, a ampliação de cobertura e a sustentabilidade do Regime certamente devem passar por iniciativas que congreguem essas formas, tendo em mente que as soluções previdenciárias hoje discutidas e criadas devem ter como destinatários os participantes do futuro, trabalhadores que há pouco tempo entraram no mercado de trabalho e os que entrarão, e as necessidades desse grupo.

Nesse contexto, não devemos entender fomento apenas como forma de facilitar as atividades de quem já atua no RPC, mas principalmente como um meio de atrair novos patrocinadores, instituidores, participantes e associados de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, sem que o Estado: abdique de sua função de supervisor e fiscalizador, deixe de formular políticas públicas que compatibilizem as políticas previdenciárias com as de desenvolvimento social e econômico-financeiro do País e exerça a competência plena de regulador das atividades do Regime.

Para o fomento, outro aspecto que merece relevância é a inovação. Para inovar, além de usar a criatividade, é necessário romper com os paradigmas criados no passado, ainda na época do início do Regime de Previdência Complementar e sob a lógica do *Welfare State* pleno, onde o Estado assumia para si todas as funções e ações na área da previdência, e entender o contexto atual e a evolução do Regime.

A nossa Carta Magna introduziu a ação regulatória em contraponto com a lógica legislativa pura, permitindo que iniciativas e soluções no âmbito de previdência fossem desenvolvidas e administradas pela iniciativa privada, reservando ao Estado as ações mais estratégicas e centrais, fundamentadas nos princípios específicos, no sentido de garantir a higidez do Regime de Previdência Privada.

O constituinte derivado, no art. 202 da Constituição, fixou os princípios fundamentais do Regime de Previdência Privada, como seu caráter complementar e sua organização autônoma em relação aos regimes públicos (aqueles em que os entes públicos, em qualquer nível da federação, são responsáveis pela sua gestão), seu caráter facultativo, a constituição de reser-

vas (capitalização), o caráter contratual dos benefícios oferecidos e sua exclusão do rol de direitos trabalhistas e o direito ao acesso à informação pelos participantes.

Em consonância com esses princípios específicos, com o respeito à livre iniciativa e o caráter indicativo para o setor privado das ações do Estado, respeitados os dispositivos da lei, o marco regulatório geral do Regime de Previdência Complementar, a Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, foi aprovado, delimitando as ações do Estado nos seus arts. 3º, 5º e 72, ou seja, como definidor da política de previdência complementar, de sua compatibilização com as de desenvolvimento social, econômico e financeiro, de garantidor da segurança e do respeito aos contratos, de supervisor e fiscalizador das atividades das entidades de previdência privada.

Passados mais de 12 anos da aprovação do marco regulatório, período durante o qual ocorreu a regulação das atividades, com revisão de conceitos e de regras aplicáveis ao segmento, operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, se faz necessário ousar.

Muito se avançou no sentido de regular as atividades privadas realizadas pelos Fundos de Pensão e o comportamento dos que atuam no Regime, em face do compromisso e das especificidades do contrato previdenciário. Foram definidos limites e condições para a atuação em matérias de interesse do segmento desde os aspectos organizacionais e de governança corporativa, das regras prudenciais e de diversificação relativas aos investimentos, de precificação e contabilização de ativos e compromissos, regramentos para os novos institutos e para a implementação da figura do instituidor, definição dos aspectos procedimentais para aprovação de propostas pelo órgão fiscalizador, critérios sobre a destinação de resultados e equacionamento de déficit, de custeio para despesas administrativas.

Um desses aspectos ainda permanece sem discussão. No marco regulatório de 2001, o legislador teve uma visão diferente daquela vigente quando do início formal do Regime, em 1977, refletindo os novos padrões comportamentais das gerações contemporâneas e a evolução das relações sociais e econômicas. Foi prudente e previdente ao determinar que o órgão regulador normatizasse, além dos planos tradicionais de Benefício Definido, de Contribuição Definida e de Contribuição Variável, outras formas de planos que reflitam a evolução técnica e possibilitem a flexibilidade ao regime de previdência complementar, vislumbrando a importância da dinâmica comportamental das novas gerações e a necessidade de oferecer a eles soluções adequadas à essa evolução.

Nessa linha, ousar é inovar. Ao contrário da visão limitada de que inovar significa apenas criar algo inédito, nunca antes pensado ou discutido, se aplica aqui o conceito amplo e atual de inovação onde buscar novas soluções, otimizar soluções existentes agregando novos conceitos, incorporar novas funcionalidades, reunindo em uma ou mais aspectos de soluções existentes, são possibilidades que o conhecimento, o domínio da técnica e de sua evolução permitem, surgindo daí a inovação.

O exemplo desse conceito mais evidente e visível em nossa sociedade é a evolução das telecomunicações, em especial da telefonia. Antes usada apenas para a conversação, hoje reúne várias funcionalidades antes existentes em outros veículos de comunicação, como troca de mensagens de texto e transferência de arquivos de dados e imagens que antes eram feitas apenas entre computadores, ouvir música antes possível em receptores de rádio, assistir programas de TV, no passado realizadas em receptores de imagem, agendas eletrônicas, controle de contas de cartão de crédito e de saques bancários, comprovantes de passagens aéreas e, mais recentemente, como meio de pagamento de transações

comerciais. Tudo isso sem a alteração da forma como funciona a telefonia, pelo uso do espectro de radiofreqüência e sem que os meios originais de cada uma dessas funcionalidades fosse ignorado ou deixasse de existir como solução específica.

Com essa abordagem, elegendo a inovação como fonte de fomento, o Estado, agente normativo e regulador da atividade econômica, na sua atuação como definidor de políticas públicas compatíveis com as de desenvolvimento social e econômico-financeiro, bem como na condição de incentivador e indicador de rumos para a iniciativa privada, se põe na vanguarda, propondo soluções mais flexíveis e abrangentes para os Fundos de Pensão com o fim precípuo de elevar a cobertura oferecida pelo Regime, para que suas soluções sejam mais atrativas e contem com um número maior de participantes, patrocinadores e instituidores, em especial para a sociedade de amanhã.

Podemos citar, como exemplo disso, a aprovação da aplicação do Regime de Previdência Complementar ao servidor público, em face da fixação do limite de contribuições e benefícios aplicados pelo Regime Geral de Previdência Social, com a indicação da modalidade Contribuição Definida como forma exclusiva para a concessão de benefícios programáveis.

Ao contrário da lógica de capitalização individual e de financiamento apenas do risco, de forma mutualista e solidária, a Lei nº 12.618/2012 inovou com a criação do Fundo para Cobertura de Benefícios Especiais – FCBE, que garante, na mesma arquitetura de plano, benefícios de risco e oferece cobertura para situações de antecipação por contagem de tempo especial e por sobrevivência, em conjunto com os benefícios programados.

Além de propor solução para a questão da exaustão do regime financeiro de repartição simples e sua influência no equilíbrio atuarial e financeiro do Regime Próprio da União, o Governo, por intermédio do Ministério da Previdência Social, buscou o diálogo, debateu e introduziu aperfeiçoamento à proposta original, mostrando a confiança na competência e segurança do Regime de Previdência Privada operado pelas entidades fechadas de previdência complementar.

Outro exemplo da busca pela inovação se dá pela necessidade de atendimento aos clamores dos Estados, Distrito Federal e Municípios em relação à situação dos seus Regimes Próprios que, como o da União, enfrentam o problema da exaustão do regime de repartição simples e suas conseqüências atuariais e financeiras, como forma de financiamento dos benefícios, para que seja disponibilizada uma solução semelhante à conseguida pela União.

No entanto, a adoção do Regime de Previdência Complementar e, por consequência, a fixação do teto do RGPS para as contribuições e benefícios, encontram como aspectos dificultadores a necessidade de se ter escala e a existência dos custos iniciais para a criação e funcionamento de um Fundo de Pensão, entraves que necessitam de medidas inovadoras.

Para essa situação, a solução pode ser a evolução conceitual do sentido da natureza pública, atribuída pela Constituição Federal às entidades fechadas de previdência complementar que é, por definição também constitucional, uma pessoa jurídica de direito privado, quando essas entidades administrarem planos para entes públicos que possuem Regimes Próprios.

O entendimento predominante na corte máxima do Poder Judiciário é o de reconhecer que podem existir fundações privadas, com personalidade jurídica de direito privado, mas com natureza pública, por decisão do seu criador, como se depreende por decisões dos Eminentes Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowsky, Ellen Gracie, Eros Grau e Cármen Lúcia, dos quais destaco os dois últimos:

"Apesar das divergências doutrinárias, podem ser visualizadas no Brasil três tipos de fundações: as privadas, as públicas com regime de direito privado e as públicas propriamente ditas. Afirma que, entre as espécies citadas, a única que prescinde de lei para a sua criação é a estritamente privada, sendo vedada ao Estado a criação de fundações dessa modalidade." - MS n.º 24.427-5/DF, Acórdão de 30 de agosto de 2006, Relator Ministro Eros Grau.

"4. 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. [...]" ADI n.º 191-4/RS Acórdão de 29 de novembro de 2007, Relatora Ministra Cármen Lúcia.

Desses entendimentos e das posições esposadas por vários doutrinadores, depreende-se que se a pessoa jurídica com personalidade de direito privado tiver como finalidade específica exercer atividade não exclusiva do Poder Público, mas que tenha a abrangência numa coletividade, como é o caso da previdência dos servidores públicos, poderá ter natureza pública ou privada, independentemente do regime jurídico adotado.

Esses posicionamentos foram preponderantes para a proposição da solução do PrevFederação, uma entidade fechada de previdência complementar, multipatrocinada e multiplano, criada para administrar planos de benefícios para entes da federação (estados, DF e municípios) que desejem aderir ao Regime de Previdência Complementar.

Seguindo esse entendimento e o de que a definição da natureza do Fundo de Pensão é decorrência da vontade do instituidor, na forma prescrita nos dispositivos dados pelo parágrafo único do art. 41 e pelo art. 62 do código Civil Brasileiro, e sabendo que se trata de um ente que atuará em área de interesse coletivo (conjunto de servidores), em que pese a atividade não ser de atuação exclusiva do Poder Público, não há o impedimento de um ente público criar uma entidade com essas características.

Com essa lógica, a questão de como poderia uma pessoa jurídica adquirir a natureza pública em suas atividades, pode ser esclarecida com a criação de uma entidade fechada de previdência complementar por um ente público – que detenha a natureza pública –, em que pese ser também pessoa jurídica de direito privado, atuando em área cujo Estado não detém a exclusividade, transferindo à entidade fechada criada a natureza que o ente criador detém por sua vontade.

O âmbito de aplicação dessa solução abrange não só os cerca de 2000 entes que possuem Regimes Próprios como também aqueles que tenham seus servidores com vinculação obrigatória ao Regime Geral e que desejem oferecer um benefício adicional ao servidor público que tenha remuneração acima do teto.

Como já foi citado, o legislador, ao disciplinar as modalidades de planos além de prever a possibilidade, determinou que o órgão regulador normatizasse outras formas de planos de benefícios em vista da evolução técnica que possibilitem flexibilidade ao Regime de Previdência Complementar.

Com a inovação focada na ampliação da cobertura e na sustentabilidade da previdência complementar, ou seja, na capacidade de se autossustentar, de se automanter, de se renovar, as novas soluções devem possuir a capacidade de atrair novos participantes, patrocinadoras e instituidores e mantê-los, possibilitando assim a continuidade do Regime.

Para dar a atratividade aos novos e futuros atores que se pretende conquistar, devemos tornar as soluções adequadas às suas realidades e não limitar suas escolhas a soluções que foram e são adequadas às gerações passadas e recentes. Para isso, mais uma vez, a flexibilidade do Regime é fundamental. Daí pode-se dizer que o espírito do legislador que aprovou o atual marco regulatório foi mais que prudente e previdente, foi estratégico e visionário ao deixar consignado essa necessidade e obrigação.

Com esse objetivo, a proposta do Plano de Acumulação Previdenciária Flexível, ou FlexSeguridade, sugere um plano de benefícios que traz em sua arquitetura a possibilidade de conjugar elementos, existentes ou novos, tanto na fase de acumulação como na fase de gozo do benefício, permitindo que se adapte a vários perfis de vida futuros.

A acumulação pode ser efetuada da forma que melhor se adeque à realidade dos contratantes, sejam eles empresas e seus colaboradores ou associações e seus associados, sem ter direcionamento para uma ou outra forma específica.

Já no momento do gozo do benefício, é permitido que os beneficiários possam escolher por receber o benefício na forma definida no plano ou optar por outra forma de gozo que poderá ser encontrada em outra entidade fechada ou mesmo no segmento aberto.

Ainda poderá destinar os recursos para formas específicas e diferentes, tal como parte das reservas para uma renda fixa e por prazo certo, e parte remanescente para receber por cotas, com ajuste atuarial pela longevidade, após o esgotamento da renda por prazo certo, isso dentre uma grande variedade de conjugações possíveis, mesmo que seja no próprio plano.

Diante das disposições relativas às obrigações e contratos, oriundas do código civil, o compromisso contratado deve ter definido o momento de seu cumprimento e extinção, implicando o momento certo de rompimento do compromisso, devendo isso estar claramente estabelecido no contrato previdenciário, ou seja, no regulamento do plano.

Espera-se que essa modalidade atraia pequenos e médios empresários e respectivos colaboradores, incentivando e possibilitando, inclusive, o surgimento de entidades e planos setoriais, por meio de negociações entre sindicatos e associações patronais e de empregados, sem que esteja isso incluído no âmbito das negociações coletivas de trabalho O acordo, fruto dessas negociações, permitiria que, todos os que a ele aderissem (empresas, associações, colaboradores e associados), pudessem contribuir para o plano de benefícios com o intuito de formação de reservas com caráter previdenciário.

Ou seja, propõe-se uma solução previdenciária com alto grau de flexibilidade nos seus arranjos e com a finalidade de acumular recursos para a concessão de benefícios futuros na fase inativa do trabalhador. Permite que o financiamento seja feito de diversas formas, específicas ou conjugadas, que a forma de percepção também possa ser composta de vários arranjos, dentro ou fora da entidade, e que essa forma seja escolhida quando o participante estiver prestes a ser elegível ao benefício, permitindo que ele eleja aquela que melhor se adeque a sua realidade naquele momento.

ESQUEMA FLEX-SEGURIDADE

ESQUEMA PREVSAÚDE

O PrevSaúde, por sua vez, surge como solução previdenciária específica para os trabalhadores que cumprem as regras de elegibilidade mas, em face da perda do acesso ao plano de saúde contratado pela empresa, quando entra em inatividade, acaba não podendo se aposentar.

Como fundo de acumulação, com a finalidade de capitalizar recursos para o participante poder utilizar na contratação ou pagamento de despesas com saúde na fase de aposentadoria, possibilita a continuidade do acesso ao plano de saúde, antes contratado pelo seu empregador ou outro plano do seu interesse.

Durante o período de capitalização, o colaborador e a empresa poderão fazer contribuições, na forma contratada (montante, base de cálculo, periodicidade, forma de aporte), para que ao entrar em inatividade o participante possa, em face do que acumular, utilizar os valores única e exclusivamente para pagamentos de despesas com saúde, em especial as mensalidades dos planos, podendo permanecer no plano que tinha na empresa antes da aposentadoria e enquanto durar o seu saldo.

Certamente, há possibilidade restrita de seu uso em condições que ensejarem recursos do participante para tratamento de situações de doenças graves, o que não poderia ser diferente.

Fique claro que o PrevSaúde não é um plano de saúde. Nem poderia ser, pois são inúmeras as dificuldades e incertezas sobre os gastos futuros em saúde, bem como difere do objetivo específico das atividades dos Fundos de Pensão e da existência de vedação legal. Portanto, o PrevSaúde é um plano de benefícios, de caráter previdenciário, com o intuito de receber contribuições que serão capitalizadas, para que, de forma previdente, possam ser utilizadas de forma exclusiva, no futuro e quando do período de inatividade, para cobertura total ou parcial de despesas com saúde.

O tema tem despertado o interesse dos trabalhadores e das empresas, pois ao tempo que as empresas e seus colaboradores, de forma previdente, procuram se preparar para o futuro, os aposentados e seus dependentes poderão ter atendimento à saúde no período da inatividade, tendência já regulamentada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS órgão regulador das atividades de saúde privada, e permite mudança de tendências como o retardamento da aposentadoria, a mobilidade da força de trabalho e o aumento da pressão sobre os serviços públicos de saúde.

Essas ideias não teriam surgido se tivéssemos o entendimento rígido e fundamentado nas relações regulamentadas pela Lei nº 6.435, de 1977, onde se dava ao Regime de Previdência Complementar tratamento com os fundamentos idênticos ao aplicado ao Regime Geral de Previdência Social, cuja maioria dos planos de benefícios em operação, estruturada com aquela lógica, estão finalizando e entregando o primeiro ciclo de benefícios contratados a partir de 1978, quando entrou em vigor o primeiro marco regulatório do Regime.

A lógica e os fundamentos estão hoje claros na Constituição da República e não se pode deixar de observá-los ou aplicá-los de forma diversa daquela prevista e regulada pelo marco regulatório aprovado em 2001.

Sua lógica contratual, sua autonomia de regras em relação aos regimes públicos, a sua não inclusão no rol das relações do trabalho, além de estar situada na esfera da iniciativa privada, determina a flexibilidade de regras e impõe ao Estado o dever de zelar pela sua segurança, credibilidade e garantia de cumprimento do contrato cujas condições negociadas definem regras e cuidados que devem ser tomados para cumprimento do benefício contratado.

Como já se disse, é imperativo ousar e buscar soluções que sejam atrativas às novas gerações, cujas expectativas, necessidades e

trajetória profissional, são diversas das da geração atual, possibilidades essas não vedadas pela atual legislação.

Para isso, é necessário que não pautemos nossa visão do Regime de Previdência Complementar pelos paradigmas criados com base em estruturas e fundamentos, antes implícitos, cuja sua validade como modelo único está esgotada, mas que olhemos para as novas gerações e procuremos não definir o que julgamos melhor, mas dar possibilidades e alternativas para escolha.

Devemos fugir da acomodação que se configura na frase atribuída a Niestzsche, influente pensador alemão do século XIX, "*Logo que, numa inovação, nos mostram alguma coisa de antigo, ficamos sossegados*". Precisamos sair do sossego, da acomodação e da sensação de controle que o antigo nos dá e buscar o diferente, a evolução. ■

* Paulo Cesar dos Santos – Servidor Público Federal, Especialista em Regulação de Serviços Públicos, bacharel em ciências econômicas com especialização em Administração Financeira - FGV, Gestão Atuarial e Financeira - Fipecafi/USP e Gestão Pública – Enap. Atualmente exerce o cargo de Diretor de Políticas e Diretrizes de Previdência Complementar, de Presidente da Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC, atua como Membro-Suplente do CONEF - Estratégia Nacional de Educação Financeira e membro-suplente do Conselho Fiscal do Funpesp-Exe.

A NOVA VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR OPERADO PELOS FUNDOS DE PENSÃO

Luís Ricardo Marcondes Martins*
Roberto Eiras Messina**

Após amplo processo de modernização que teve início com a constitucionalização da previdência complementar, através da Emenda Constitucional nº 20/98, com a redação dada ao artigo 202 e seus parágrafos, e as publicações das Leis Complementares nº 108 e 109, ambas de 2001, o segmento de previdência complementar fechado vivencia uma nova fase, qual seja, de consolidação.

Isso porque, apesar do avanço no arcabouço legislativo, do aprimoramento da governança dos fundos de pensão, do fortalecimento dos seus órgãos de regulação, supervisão e fiscalização, avanços que reconhecidamente colocaram o Brasil em destaque no cenário internacional, cujo modelo previdenciário, tido como um dos mais modernos, é atentamente observado e até mesmo copiado por diversos países, é fundamental buscarmos consolidar a importância desse regime, garantindo e mantendo as conquistas alcançadas nos últimos anos, sem perder de vista as inúmeras oportunidades de crescimento.

Se por um lado precisamos estar atentos aos costumeiros problemas, buscando agilidade na tomada de decisões e implementando as necessárias mudanças, por outro precisamos valorizar as grandes conquistas alcançadas nos últimos tempos. E não foram poucas, como por exemplo, o fortalecimento dos fundos instituídos, o aprimoramento da fiscalização através da adoção da metodologia da Supervisão Baseada em Risco - SBR, o aperfeiçoamento da governança, a busca constante da capacitação dos dirigentes, dentre outras.

Em nossa percepção, dentre as maiores conquistas do regime merece destaque a instituição da previdência complementar fechada para os servidores públicos, federais, estaduais e municipais. Após mais de cinco anos de debates sobre o Projeto de Lei nº 1.992/2007, foi aprovada a Lei nº 12.618/2012 instituindo o regime de previdência complementar para os novos servidores ingressados no serviço público com salários acima do teto do Regime Geral da Previdência Social (R$ 4.159,00 base 01/2013).

Resultado de amplo processo de debate entre os Poderes da República, Executivo, Legislativo e Judiciário, com exaustiva negociação até o convencimento daqueles que estiveram envolvidos nas discussões, a previdência complementar para os servidores públicos, que busca equacionar ao longo dos próximos anos o excessivo déficit previdenciário gerado pelos Regimes Próprios, que tanto vinha onerando a sociedade brasileira, está despertando o interesse, a curiosidade e finalmente a compreensão por toda a sociedade acerca das características e peculiaridades da Previdência Complementar Fechada.

É importante registrar que a abrangência da discussão sobre a previdência complementar do servidor público, em face do processo legislativo de sua instituição, constituiu, em si mesma, um importante elemento de desmistificação da matéria, muitas vezes vista como pouco confiável por conta de experiências passadas – os montepios – que na verdade nada possuem em comum com o objeto de que tratamos.

Nunca é demais lembrar que no caso dos montepios o que houve foi a falta de preparo legislativo. Era uma época em que a correção monetária não era prevista como obrigatória no ordenamento jurídico, apesar de serem cobradas contribuições corrigidas. Assim, o descompasso entre as contribuições

feitas e os benefícios disponibilizados após longos anos decorreu de falha na legislação, na época estando o Judiciário muito mais "amarrado" a um conceito de legalismo que não mais é admissível nos dias correntes.

Situação completamente diferente da hoje vivenciada, já que a sociedade aprendeu muito com a questão da inflação e da necessidade de estabelecer-se mecanismos de preservação do valor da moeda ao longo do tempo, além do estabelecimento de um entorno normativo muito mais eficaz, seja no âmbito da previdência complementar – cuja matéria foi alçada a nível constitucional – seja no âmbito da legislação civil comum, aplicável ao segmento, com seus preceitos da função social do contrato e da própria boa-fé objetiva a propiciar mecanismos muito mais assertivos de proteção ao contrato previdenciário.

Paralelamente a este novo cenário, também se progrediu bastante no aparato regulador e fiscalizador, por parte do Estado, a ponto de ter sido constituída uma estrutura mais robusta na figura da Superintendência Nacional da Previdência Complementar – PREVIC, criada pela Lei 12.154, de 2009, que juntamente com o Conselho Nacional de Previdência Complementar, na função de órgão regulador, a Secretaria de Políticas de Previdência Complementar, e da Câmara de Recursos da Previdência Complementar, na função de órgão revisor de decisões disciplinares da PREVIC, compõem um regime muito mais integrado e efetivo na busca pela expansão da experiência da previdência complementar fechada.

Agora, também é necessário enfatizar que apenas a criação do aparato não é suficiente para alterar o estado de coisas então vivido. É – e tem sido - fundamental a percepção dos integrantes dos órgãos criados acerca da capital importância de sua postura propositiva e integradora do regime à sociedade. Com efeito, a previdência complementar fechada possui um sentido de enorme interesse social, então a demanda para sua construção é premente e deve ser atendida de acordo com a formulação conjunta com a própria sociedade.

Assim, este importante segmento começa a ser visto, lido e mencionado nos principais veículos de comunicação do país, seja mídia televisa, impressa e digital. Com isto as pessoas começaram a enxergar que este importante instrumento de conquista dos trabalhadores ultrapassa a finalidade de valorizar o trabalhador, e passa a representar um mecanismo efetivo de segurança social, com promoção do desenvolvimento econômico e o estabelecimento de uma igualdade positiva valorizadora da cidadania. Assim, o Brasil está descobrindo a previdência complementar e sua importância para a sociedade.

Com efeito, a Previdência Complementar tem se revelado um dos mais importantes meios de sustentação do mercado de capitais e também imobiliário, face ao acúmulo de poupança interna decorrente do regime obrigatório de capitalização sob o qual se constituem os ativos garantidores das reservas técnicas dos planos de previdência administrados pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar - EFPCs.

Este importante aprofundamento sobre a matéria previdência complementar torna-se de capital importância que seja levado aos nossos magistrados para que o encaminhamento dos numerosos processos judiciais que tramitam pelos diversos tribunais do país, fruto das inúmeras ações ajuizadas ao longo dos últimos anos contra as EFPC's e as próprias empresas patrocinadoras/instituidoras, sejam decididos de forma mais harmônica possível segundo as premissas em que assentado o regime, para impedir sua descaracterização ou violação.

Importante frisar que muitas destas ações foram ajuizadas de maneira prematura e por desconhecimento das partes postulantes, sendo que algumas delas acabaram gerando precedentes incorretos e que prejudicaram a compreensão da previdência complementar.

Com efeito, o Judiciário, ambiente último de solução de conflitos, já faz tempo não vem dando conta de responder à sociedade com a celeridade e a qualidade necessárias ao estabelecimento do primado da justiça.

Por outro lado, as partes litigantes também possuem sua parcela de responsabilidade nisso. Participantes e assistidos, muitas vezes se deixam levar pela promessa de ganho – às vezes acreditando mais em terceiros do que na própria entidade de que participam – e as Entidades, por vezes, equivocaram-se nos processos de comunicação a seus participantes e assistidos, gerando insatisfações legítimas, mas que não puderam ser contornadas por opções estratégicas equivocadas na formulação das defesas.

Contudo, com a ampliação do debate envolvendo Previdência Complementar, através dos fatos retro narrados, e o aperfeiçoamento na transmissão das informações técnicas necessárias, os magistrados vêm entendendo melhor a estruturação de um plano de benefícios e hoje observamos decisões enfrentando e analisando profundamente, com ímpar brilhantismo os complexos conceitos e as variadas premissas que envolvem a previdência complementar fechada.

Não são poucas as decisões que discorrem com propriedade sobre a necessidade de constituição de reservas que garantam o benefício contratado, sobre a premissa da facultatividade – que não será abalada com a implantação da automaticidade da filiação –, sobre o princípio da contratualidade, enfim sobre os princípios maiores do regime expressamente estabelecidos no art. 202 e parágrafos, da Constituição Federal.

Prova disso foi o recente e histórico julgamento proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal que, seguindo a diretriz trazida com o parágrafo 2º do artigo 202, da CF, reconheceu a competência da Justiça Comum para julgar questões envolvendo a Previdência Complementar.

Dilema que se instalou há décadas no Poder Judiciário e que trazia muita insegurança para todo o regime dado que processos transitavam e tramitavam entre justiça comum e justiça trabalhista, sem qualquer lógica ou orientação jurídica processual, com decisões contraditórias e inusitadas. Temos agora uma definição de norte. Aquela incerteza que tanto afligia e que obrigava dispêndio desnecessário de expressivos recursos financeiros, finalmente resta afastada.

O Supremo, como Corte máxima do Judiciário Brasileiro, decidiu por 6 (seis) votos a 3 (três), ser da justiça comum a competência para analisar as questões relacionadas a previdência complementar, dando objetividade a decisão. No julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 586.453 e 583.050, cuja tese vencedora foi conduzida em 2010 pela então Relatora originária Ministra Ellen Gracie (já aposentada).

Finalmente o regime teve a indicação do caminho a ser trilhado quando qualquer assunto do contrato previdenciário for levado ao crivo do Judiciário. Com a definição de que a relação entre participante e seu fundo de pensão não é trabalhista, vez que disciplinada pelo contrato previdenciário, e como a matéria teve repercussão geral reconhecida, passando a valer para todos os feitos que tramitam nas diversas esferas do Poder Judiciário, houve a necessidade de modular os efeitos desta decisão, restando definido que permanecerão na Justiça Laboral os processos que já tiveram sentença de mérito proferida até a decisão da Suprema Corte, devendo os demais seguirem para a Justiça Comum.

Histórico julgado restou assim ementado:

> "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 Trabalho, até final da execução, todos os processos dessa espécie em que já tenha sido proferida sentença de mérito, até o dia da conclusão do julgamento do recurso"

É fato que há um novo desafio pela frente, apesar desta importante definição esperada de há muito para aqueles que militam no segmento, em especial aqueles envolvidos nas demandas já ajuizadas. Necessário, agora, encontrar os caminhos para as diversas situações que se desenvolveram no curso das décadas e principalmente aquelas que estão por vir notadamente frente ao novo cenário do processo eletrônico digital que certamente causará efeitos imediatos naqueles processos que serão transferidos para a Justiça Comum, nos termos do encaminhamento dado pela Suprema Corte por força da modulação.

De todo modo, cumprindo sua missão de guardião da Carta Magna, esta decisão da Suprema Corte possibilita que regime tão importante como o da Previdência Complementar, saiba para onde e como direcionar seus conflitos.

Além, desta exemplar decisão que indica uma nova realidade de entendimento do Judiciário frente às questões de previdência complementar que lhes são colocadas para deliberar, outras envolvendo questões ainda mais específicas do segmento também começam a ser acertadamente enfrentadas.

Com efeito, não são poucas as decisões que discorrem adequadamente sobre a necessidade de constituição de reservas que garantam o benefício contratado, princípio primordial que decorre da preocupação com a solvência do regime e sua decorrente credibilidade.

O Judiciário começa a entender que o objetivo maior do regime de previdência complementar é nada mais, nada menos, que constituir reserva e garantir o benefício contratado. Esta compreensão está intimamente ligada com a análise da legitimidade de postulações formuladas em face da concessão de benefícios de aposentadoria.

Note-se que o Judiciário já identificou a importância de, por exemplo, ouvir o responsável pela implantação das premissas técnicas estabelecidas no plano de benefício – o atuário -, conforme desenho desejado por patrocinador e participantes e bem assim pelo acompanhamento da evolução dessas premissas quando já implantado o plano e ao longo de sua existência, de modo que seja propiciada, a tempo e modo, a adoção de medidas necessárias e suficientes à sua estabilidade e ao equilíbrio entre o custeio e os benefícios prometidos.

Nesse sentido, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, ao considerar a necessidade de atuário ser indicado como perito judicial a apurar questões envolvendo plano de benefícios de previdência privada reconhecendo a especificidade imposta, consoante se lê da ementa proferida:

> "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. REVISÃO DE PENSÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PERÍCIA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO.
>
> I.- .....omissis.....
>
> II.-.....omissis.....
>
> III.- Impõe-se a realização da perícia requerida, na hipótese em que o Tribunal de origem não se utilizou de fundamentos técnicos suficientes para deferir a revisão do valor do benefício, para que seja possível apurar se realmente ocorreu o desequilíbrio contratual alegado pela autora, bem como se a pretendida revisão afetará o equilíbrio econômico atuarial da entidade de previdência privada.
>
> Recurso Especial provido, com observação e recomendação."
>
> (RECURSO ESPECIAL Nº 1.193.040 - RS 2010/0085543-2 RELATOR : MINISTRO SIDNEI BENETI)

Ter a presença deste profissional especializado na matéria de atuária reconhecida por decisão judicial indica o desejado aperfeiçoamento da compreensão da previdência complementar. Vislumbrar a importância do assentamento de bases técnicas na formulação dos cálculos cabíveis à aferição da suficiência dos recursos necessários ao pagamento de rendas vitalícias evidencia que a relação previdenciária complementar está sendo analisada de forma equilibrada e compassada ao longo e contínuo processo de formação de reservas possibilitando o

pagamento de benefícios, de forma segura e dentro do regime de mutualismo a todos os seus participantes.

Mas não é só. A 4ª Turma do STJ apreciando o Recurso Especial nº 1.244.810, também envolvendo a necessidade de prova pericial atuarial em discussão sobre revisão de benefício, evidenciou ser fundamental a verificação do equilíbrio financeiro e atuarial, capaz de assegurar a garantia de cumprimento dos compromissos assumidos.

Referido acórdão, de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 19.02.2012, restou assim ementado:

> RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. REVISÃO DE PENSÃO. ÍNDICE DE CONTRIBUIÇÃO. FAIXA ETÁRIA. REALIZAÇÂO DE PERÍCIA. OBRIGATORIEDADE. EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL
>
> 1.....omissis.....
>
> 2. A pretensão de revisão de benefício pago por entidade de previdência privada, segundo critérios diversos estabelecidos no contrato, deve ser precedida de perícia técnica na qual fique comprovado que não será inviabilizada a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do correspondente plano de benefícios. Precedentes....”

Mas a demonstração de que os membros das mais altas Cortes de Justiça estão ficando esclarecidos sobre como funcionam os Fundos de Pensão, e como seus complexos e peculiares institutos devem ser aplicados, fica ainda mais evidente quando o debate envolve o direito adquirido.

Conforme já registramos em outras oportunidades, o direito adquirido é um instituto fundamental sempre que vem à tona qualquer pretensão de alteração de regra estabelecida em plano de benefício, vez que estamos falando de revisão de contrato para o qual a vontade das partes restou consolidada. E isto ocorre porque o direito adquirido implica evidente limitação a qualquer proposta de revisão de plano de benefícios ou proposta que cause como decorrência a alteração do plano, tal como ocorre na retirada de patrocínio ou mesmo na hipótese de transferência de gestão, em especial.

O Judiciário, mais uma vez, examinando com acuidade questão envolvendo o tema direito adquirido no tocante a previdência complementar, deixou assente que a concessão ou alteração de qualquer benefício somente poderá ocorrer se estiver “baseado na constituição de reserva que garanta o benefício contratado”.

Tal entendimento está apontado no julgamento do Recurso Especial nº 1.111.077/DF – sendo Relator Ministro João Otávio de Noronha, cuja ementa, publicada no DJ 19.12.2011, deixa assente que:

> **EMENTA**
>
> PROCESSUAL CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA. EC N. 20/1998. LEI COMPLEMENTAR N. 108/2001. PARIDADE CONTRIBUTIVA. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO ENTRE PATROCINADOR E FUNDO DE PENSÃO. IDEM COM RELAÇÃO À UNIÃO. DIREITO ADQUIRIDO A DETERMINADO PERCENTUAL DE CONTRIBUIÇÃO. INEXISTÊNCIA.
>
> 1. Não há relação jurídica entre o fundo de pensão e o patrocinador que exija a presença deste em processo em que se discute a respeito da paridade contributiva instituída pela EC n. 20/98.
> 2. A atuação meramente normativa e fiscalizadora da Secretaria de Previdência Complementar não gera, por si só, interesse jurídico em relação a lide entre particulares, de modo a atrair a presença da União como litisconsorte necessário.
> 3. A decisão que reconhece, no caso concreto, a ocorrência de direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada situa-se no campo do direito infraconstitucional, devendo ser impugnada por recurso especial.
> 4. Nos planos previdenciários de benefício definido, não há direito adquirido a determinado regime de contribuições, as quais podem ser alteradas para manter o equilíbrio atuarial do plano sempre que ocorrerem situações que o recomendem ou exijam.
> 5. Recurso especial provido.” (os grifos são nossos)

A sinalização advinda deste julgamento demonstra que as premissas econômico-financeiras – que na verdade são atuariais - em um plano de previdência privada não

são imutáveis, mas dependem justamente de comportamentos efetivos, que escapam às meras projeções estimativas ou, por outras palavras, possuem sua validade e eficácia adstritas à manutenção das condições originariamente (ou em dados momentos) projetadas.

Pode ser entendido, portanto, que é incorreto falar direito adquirido à imutabilidade de premissas atuariais para qualquer classe de participantes de planos de benefícios de previdência privada, sobremodo instituídos em modalidade de benefício definido ou misto, isto é, com componentes de mutualismo. Aliás, sob o aspecto do mutualismo, é importante lembrar que a judicialização do regime coloca em risco toda a comunidade de participantes que integra o plano de benefícios. Esta é uma realidade que precisa ser muito bem discutida e compreendida por tantos quantos estejam inseridos na previdência complementar fechada.

Entretanto, apesar deste cristalino aperfeiçoamento e correto entendimento em muitas disputas judiciais, é fato que ainda existem decisões jurisprudenciais e súmulas que precisam ser revistas, vez que colidem com os conceitos da previdência complementar.

Sempre é bom ressaltar que os fundos de Pensão, vocacionados à harmonização de conflitos e ao desenvolvimento social, com todas as vênias necessárias, em outras questões também importantes para sua estruturação e pleno aperfeiçoamento estão sendo incompreendidos – para não dizer agredidos - por quem compete ser o guardião do ordenamento jurídico pátrio.

Exemplo de uma impropriedade remanescente é a persistência da Súmula nº 321, do Superior Tribunal de Justiça[4] , assim expressa: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes".

Ao analisar os precedentes ensejadores desta singela e equivocada conclusão, identificam-se apenas cinco julgados[5] que não promovem, data venia, o debate aprofundado que se deve esperar tenha o condão de firmar um entendimento da Alta Corte sobre algum tema relevante.

A assertiva constante da Súmula nº 321 até poderia ser admitida caso acrescentasse a palavra "aberta" como qualificadora da "entidade de previdência privada" citada. E isto porque em relação a estas o mercado de consumo atinge a demanda de aquisição de produto ou serviço de caráter securitário, mediante remuneração.

Já entre as entidades fechadas de previdência complementar tal possibilidade inexiste!

A começar pelo fato de que grupo(s) fechado(s) de empregados de uma - ou mais – empresa(s), ou ainda grupo(s) fechado(s) de pessoas vinculado(s) por associações classistas, profissionais ou setoriais[6] , não constituem o chamado *mercado de consumo*. Por outras palavras, o acesso à previdência complementar fechada não é disponibilizado ao mercado, senão àqueles que manifestarem vontade de estruturar um plano de benefícios específico, passando pela autorização do Estado.

Além disto, a Lei Complementar nº 109/01, atualizando o marco regulatório da previdência complementar no Brasil segundo o disposto no artigo 202 da CF, não impôs a cobrança de qualquer remuneração pela gestão e administração de planos previdenciários, sendo certo que eventual repartição de custo administrativo não se compara a preço, e isto sem mencionar a imposição legal de os Fundos de Pensão não possuírem finalidade lucrativa.

Finalmente a circunstância significativa de que o Código de Defesa do Consumidor

[4] de 23 de novembro de 2005

[5] 3 (três) deles versando sobre entidades abertas de previdência complementar e apenas 2 (dois) sobre entidades fechadas de previdência complementar. RESP´s 591756-RS; 56938-RO; 600744-DR; 306155-MG; 119267-SP

[6] em torno dos quais se estabelece o plano de benefícios de natureza previdenciária administrado por um Fundo de Pensão

inspira-se na proteção do hipossuficiente no *mercado de consumo*, representando um escudo para a defesa dos interesses de quem não possui acesso aos meios de produção mas é ponto fundamental da existência daqueles.

Falar da impropriedade da Súmula nº 321 do STJ, impõe reverenciar o parecer emitido pela ***Professora Doutora Ada Pellegrini Grinover*** para a ABRAPP – Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, em 30 de outubro de 2006. A robustez de sua análise vem sendo compartilhada em julgados como a seguir:

> "Com efeito, estabelece a Súmula 321 do STJ que "o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes". Contudo, mostra-se oportuno, no caso em tela, efetuar a distinção entre empresas abertas e fechadas de previdência privada. No que se refere às empresas abertas, são submetidas à fiscalização do Ministério da Fazenda, através da Superintendência de Seguros Privados. Têm como administradoras entidades financeiras, objetivando um número ilimitado de participantes, que, em regra, entabulam um contrato de adesão. Inequívoco, portanto, que tais empresas tem como alvo o mercado comum, com manifesto interesse de lucro. Por seu turno, **empresas fechadas** de previdência privada, também denominadas fundos de pensão, assumem a forma de fundações ou sociedades civis, sendo fiscalizadas pelo Ministério da Previdência Social, tendo por finalidade oferecer aos empregados de uma empresa (um grupo restrito de pessoas) a possibilidade de capitalização de recursos para posterior percepção de renda, decorrido pré-determinado período. **Têm como órgão máximo uma Assembléia, que, de forma direta ou indireta, permite o acesso e a tomada de decisões por todos os participantes.** Atuam sem fins lucrativos. Embora não exauriente, demonstra a distinção acima efetuada que, embora inexista na Súmula 321 a distinção entre empresas abertas ou fechadas de previdência privada, visa a Súmula a proteção do consumidor, figura presente apenas na relação existente entre empresas abertas de previdência privada e seus participantes." (AI 847.502-5/6-00, j. 09/02/2009, ***Rel. Des. Thales do Amaral***)
>
> (grifos e negritos nossos)

Como se vê, a necessidade de revisão desta Súmula é imperiosa. A natureza jurídica da relação estabelecida no ambiente da previdência complementar fechada não tem as características de uma relação de consumo, estando, assim, fora do campo de aplicação da lei protetiva do consumidor. **Não há oferta de serviços ao mercado aberto de consumo** e que, a EFPC, por sua natureza jurídica, não pode **ser considerada fornecedora de serviços, assim como seus participantes não se enquadram no conceito de consumidor.**

A expectativa é grande no segmento de previdência complementar fechado para que o Superior Tribunal de Justiça revise o teor da Súmula nº 321. Temos dois segmentos de previdência privada no país, e a interpretação adotada não está adequada aos fundos de pensão, pois não destacou a diferença entre o segmento aberto e o fechado.

É importante destacar, nesse debate, que os Fundos de Pensão não pretendem diluir a proteção dos participantes e dos assistidos ao pleitear o afastamento das regras do direito consumerista para o caso. Cuida-se, na verdade, de não promover desequilíbrio em uma relação que possui seu equilíbrio estabelecido nas premissas da Lei Complementar nº 109, de 2001.

De outro lado já falamos aqui que os princípios da boa-fé objetiva dos contratos, da função social do contrato, mas também do necessário equilíbrio econômico-financeiro do contrato, são fundamentais para a compreensão e o equilíbrio dessa relação jurídica, de modo que com a representatividade de participantes e assistidos assegurada nos termos da legislação, em órgãos de deliberação colegiada, não seria o Código de Defesa do Consumidor que poderia estabelecer uma condição equânime de tratamento de participantes e de assistidos. Assim como em relação ao tema da competência da justiça comum, o objetivo do segmento é evitar custos desnecessários ou distorções no equilíbrio planejado pelo legislador.

Finalmente, vale uma rápida abordagem sobre a aplicação do instituto da prescrição,

cuja análise também merece uma melhor reflexão pelas nossas cortes de Justiça. Sempre é importante termos em mente que nenhum direito de ação pode perpetuar-se de maneira indefinida. É fundamental para preservação do Estado de Direito e para a segurança jurídica das relações a correta aplicação do lapso prescricional.

Nas questões envolvendo a previdência complementar o correto entendimento da aplicação do instituto da prescrição é de fundamental importância como meio de pacificação e de solução dos conflitos, notadamente porque se trata de relação contratual de longo prazo, de mais de 20 ou 30 anos, de longa duração, muitas das vezes produzindo efeitos mesmo após o falecimento do participante.

Assim é preciso que tenhamos o exato alcance e a correta aplicação da prescrição parcial, que muitas das vezes decorre de pretensão postulatória envolvendo interpretação de cláusula do contrato previdenciário atingindo as prestações superadas pelo lapso prescricional qüinqüenal, e bem assim da prescrição total do fundo do direito, ou seja, quando a tutela pretendida visa discutir um ato único, específico, para que a partir dele nasça o suporte para eventuais diferenças posteriores.

Importante que venha, com a necessária clareza, esta definição, para propiciar uma tentativa de estabelecer o entendimento a ser dado quando a matéria envolver revisão de benefício, para o fim de delimitar o alcance dos efeitos das alterações, em função do tempo decorrido.

Corroborando o exposto, vale citar os ensinamentos do Ilustre Ministro Maurício Godinho Delgado, do C. TST, que em sua obra Curso de Direito do Trabalho[1], bem ressalta:

> "Quer isso dizer que, ocorrendo a lesão em 1989, por exemplo, relativamente a uma complementação de aposentadoria que vem sendo paga desde 1980 (ao aposentado ou à pensionista, registre-se), deflagra-se, nesta data, a *actio nata*, extinguindo-se a pretensão em 1994. Protocolada a ação em 2011, com pedidos de diferenças em face da lesão ocorrida em 1989, encontra-se naturalmente, extinta pela prescrição (caso tenha sido arguida pelos reclamados, na Instância Ordinária, é claro). Outro exemplo: **se a regra dos reajustes da complementação foi alterada em 1991, eliminando-se a regra anterior tida como mais benéfica, começa nesta data de violação do direito (1991) a correr a prescrição – actio nata; proposta a ação apenas no ano de 2011, está fulminada pela incidência prescritiva a pretensão do autor."** (grifamos)

No mesmo sentido, oportuna a transcrição da ementa de acórdão proferido pela **Ilustre Ministra Katia Magalhães Arruda, da 5ª Turma do C. TST**, *verbis*:

> "RECURSO DE REVISTA. COMPLEMENTAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA. DIFERENÇAS DECORRENTES DE ALTERAÇÃO PROMOVIDA NO ESTATUTO DA PREVI. CRITÉRIOS NUNCA UTILIZADOS. PRESCRIÇÃO TOTAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 326 DO TST. Se a alteração prejudicial da norma, quanto à parcela integrante da complementação de aposentadoria, ocorreu ainda na vigência do contrato de trabalho, a pretensão quanto à manutenção do direito deve observar a prescrição bienal, contada da data da extinção do ajuste (Súmula nº 326 do TST). Neste caso, o reclamante jamais recebeu complementação de aposentadoria com base na norma regulamentar anterior, de modo que não há como se aplicar a prescrição parcial a que se refere a Súmula nº 327 do TST. Recurso de revista de que não se conhece." (RR-105400-81.2009.5.10.0002 – DEJT 24/06/2011)

Resta evidente que o atual momento de estruturação da previdência complementar indica crescimento significativo e um estágio avançado de sua consolidação. Ocupando cada vez mais lugar de destaque no cenário nacional e também internacional, enquanto importante ferramenta de construção de uma sociedade mais justa e equilibrada, esta consolidação do regime decorre principalmente do aumento significativo da expectativa de vida da população, das dificuldades enfrentadas pelo Regime Geral da Previdência Social, do crescente desequilíbrio financeiro que a folha de pagamento dos aposentados e pensionistas vem causando nos cofres dos Estados da Federação, e da constante busca por melhor

qualidade de vida no período da inatividade, a Previdência Complementar Fechada tem como missão ocupar cada vez mais um lugar de destaque.

E o Judiciário possui papel fundamental no aperfeiçoamento e no correto encaminhamento das discussões das questões que ameaçam o regular cumprimento dos contratos previdenciários, e a própria segurança do regime. Com efeito, embora o judiciário seja um poder isento, por definição, para que na prática possa efetivamente exercer tal isenção, necessita estar munido de condições objetivas para bem analisar os temas e as controvérsias que lhe são propostos.

A jurisprudência de nossos tribunais, como fonte do direito que embasa a revisão e a aplicação do direito positivo, acaso acertadamente continue a reafirmar a importância do princípio de constituição de reservas, de modo a assegurar o equilíbrio financeiro e atuarial frente ao benefício contratado, será fundamental para minimizar o risco e os prejuízos que tanto ameaçam a poupança de cada participante causados pela judicialização descontrolada.

Quem sabe a jurisprudência consolidada nos permitirá uma reflexão maior, chamando a atenção das pessoas no sentido de que uma ação judicial pode colocar em risco toda a coletividade de participantes e a própria credibilidade do regime de previdência complementar, lembrando para tanto as sempre sábias palavras do saudoso **Miguel Reale**, em sua obra Lições Preliminares de Direito, São Paulo, 1985, p. 168, no sentido de que: ”*O ato de julgar não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais, mas implica notável margem de poder criador*”. ■

* Luís Ricardo Marcondes Martins é Advogado - Sócio Titular da Messina Martins e Lencioni Advogados Associados, especialista em Previdência Complementar, Diretor Presidente da OABPrev-SP, Vice-Presidente do Sindicato Nacional das Entidades Fechadas de Previdência Complementar - Sindapp e membro da Câmara de Recursos da Previdência Complementar.

** Roberto Eiras Messina é Advogado - Sócio Titular da Messina Martins e Lencioni Advogados Associados, especialista em Direito tributário e Previdência Complementar, membro do Conselho Deliberativo da OABPrev-SP, da Comissão Técnica Nacional de Assuntos Jurídicos da Abrapp, autor de várias obras e artigos sobre Previdência Complementar.

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA:

Evolução e Atualizações Necessárias

Alano Roberto Santiago Guedes *
Danilo Ribeiro Miranda Martins **

A expressão "processo administrativo sancionador" é um conceito doutrinário de construção relativamente recente. Utilizado para se referir à etapa posterior à lavratura de auto de infração, atrai usualmente o debate sobre a aplicação de princípios constitucionais, em especial a ampla defesa e o contraditório, tão caros para o Estado e para todos os cidadãos.

A sanção administrativa é a consequência repressiva, estipulada pela ordem jurídica e imposta por autoridade administrativa, no exercício da função administrativa, desfavorável ao sujeito (infrator ou responsável), com a finalidade de desestimular as pessoas a descumprirem as normas do ordenamento normativo, em virtude de conduta (comissiva ou omissiva) praticada em ofensa ao mandamento da norma jurídica[7].

Pode-se extrair da conceituação acima que o caráter principal da sanção é o preventivo ou educativo, visto que a sanção existe para atemorizar os eventuais infratores, fazendo com que os indivíduos ajustem os seus comportamentos aos padrões admitidos pelo Direito. O caráter punitivo da sanção é efeito de sua imposição, e não o seu objetivo.

Para o Estado importa que, quando a legislação não for observada, os responsáveis sejam adequadamente punidos. Tanto a ausência de punição quanto o excesso não interessam ao Estado, pois ambos geram a sensação de injustiça. A ampla defesa e o contraditório, desse modo, contribuem para que haja proporcionalidade e razoabilidade entre a gravidade da infração e a penalidade aplicada.

Para os cidadãos, por sua vez, é importante terem certeza de que não serão privados de seus bens e direitos sem que lhes seja dada a oportunidade de se manifestarem. É importante saberem, ainda, que podem ter suas considerações submetidas a uma autoridade diversa daquela que lhe aplicou a pena. E é a Constituição Federal que lhes garante isso.

O estabelecimento de regras prévias e claras sobre a forma como são aplicadas as penas é um elemento chave sob esse aspecto. Esse é um dos motivos pelos quais discutimos reiteradamente se as normas em vigor são adequadas para atingir essas múltiplas finalidades.

Na previdência complementar fechada, os primeiros dispositivos a tratar de aplicação de penalidades foram os artigos 75, 78 e 79 da Lei nº 6.435, de 1977. Ali, pela primeira vez, foram estabelecidas as penas aplicáveis por infração à legislação da previdência complementar fechada e foi prevista a existência de recurso para o "órgão normativo".

Deixou-se, porém, a definição do valor das multas para o órgão fiscalizador, observado apenas um limite máximo, e relegando-se para o órgão normativo a definição das demais regras sobre o processo administrativo sancionador.

[7] VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 66.

Dezessete anos depois, foi editada a Resolução CGPC nº 4, de 1994, com a finalidade de estabelecer "normas de aplicação das sanções administrativas previstas nos artigos 75 a 79 da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977". Com apenas vinte e sete artigos, podemos considerar esse o primeiro grande marco do processo sancionador no regime de previdência complementar fechada.

A definição das penalidades viria em seguida, por meio da Instrução SPC nº 3, de 1995. Tal norma estabeleceu o valor das multas aplicáveis a oito tipos diferentes de infração, instituindo ainda algumas regras referentes ao recolhimento da multa.

A partir daí se constata uma sucessão de normas, buscando aprimorar o procedimento para a aplicação de penalidades. Vale destacar, em especial, a Instrução SPC nº 15, de 1997, que estabeleceu diversas regras voltadas para a etapa de fiscalização, prévia à lavratura do auto de infração, definiu critérios mais objetivos para a aplicação das penalidades e criou uma série de infrações para as quais até então não havia tipo específico.

A partir de então, com a edição das Leis Complementares nº 108 e 109, de 2001, o regime de previdência complementar fechada entrou em uma nova etapa. Especificamente com relação ao processo sancionador, nota-se a tentativa de se dar mais estabilidade às normas relativas à aplicação de penalidades, que passam a ter que ser definidas em regulamento, como previsto nos artigos 65 e 66 da LC nº 109/2001.

Outro fato de especial relevo foi a entrada em vigor da Lei nº 9.784, de 1999, que regulamentou o processo administrativo em âmbito federal. Mesmo tendo a mencionada Lei apenas aplicação subsidiária à legislação específica, diversos de seus preceitos passaram a influenciar a doutrina e a jurisprudência, inclusive a administrativa, notadamente pela presença de princípios de aplicação geral, prestigiando principalmente o contraditório e a ampla defesa.

A edição do Decreto nº 4.942, de 2003, que regulamentou os artigos 65 e 66 da LC nº 109/2001, ao mesmo tempo em que conferiu maior estabilidade para as normas relativas à aplicação de penalidades, representou também a consolidação de todo o feixe normativo e experiência acumulada ao longo de mais de duas décadas de aplicação da Lei nº 6.435/77.

Tratava-se de um instrumento adequado para um novo momento, propiciado pela publicação das Leis Complementares nº 108 e 109/2001, de consolidação do regime e de surgimento de novos desafios. Sobressaía, então, a necessidade de estabelecimento de regras claras, que conferissem a segurança jurídica necessária para o desenvolvimento e expansão da previdência complementar em nosso País.

A correspondência perceptível entre diversos deveres e obrigações, instituídos nas referidas Leis Complementares para as entidades e seus dirigentes, ademais, tinha o papel fundamental de reforçar a necessidade de que as novas disposições legais fossem efetivamente observadas.

Após a publicação das Leis Complementares observou-se a edição de um grande número de normas pelo órgão regulador, o extinto Conselho de Gestão da Previdência Complementar, visando regular diversos dispositivos das novas Leis.

Sob o influxo do Acordo de Basiléia II, que introduziu o conceito de melhores práticas de gestão do risco, e inspirados pelos princípios de governança corporativa divulgados pela OCDE e pelo Código das Melhores Práticas do IBGC, nasceu então a Resolução CGPC nº 13, de 2004.

Essa Resolução instituiu o dever das entidades fechadas de previdência comple-

mentar - EFPCs de observarem princípios, regras e práticas de governança corporativa, gestão e controles internos. Seguindo as melhores práticas adotadas internacionalmente, passou-se a exigir dos dirigentes mais do que o cumprimento de regras, impondo-lhes a observância plena de seus deveres fiduciários.

A preocupação, desse modo, passa a envolver todo o processo decisório da entidade, buscando-se meios para se assegurar que conselheiros e diretores não estão agindo em prol de interesses conflitantes com o da entidade.

A exigência de observância dos deveres de fidúcia pode ser percebida também nas normas que se sucederam regulamentando os limites de investimentos dos recursos garantidores das EFPCs, tema de competência do Conselho Monetário Nacional - CMN desde a Lei nº 6.435/77.

Vê-se, assim, que a primeira norma a mencionar a exigência de elevados "padrões éticos" por parte dos dirigentes de EFFCs foi a Resolução CMN nº 2.829, de 2001. Mas a incorporação maciça de princípios relativos ao dever fiduciário desses dirigentes ocorreu realmente com a edição da Resolução CMN nº 3.792/2009, que reforçou ainda os deveres de criação de mecanismos de controles internos e de avaliação de riscos.

Percebe-se, então, que a norma, editada em um cenário de maior estabilidade econômica e de juros mais baixos, com limites para investimentos mais flexíveis que as regulações anteriores, exigia um controle maior do processo de decisão da entidade.

Essa mudança na legislação exigia, igualmente, uma alteração no foco do órgão supervisor, que se inspirou mais uma vez nas melhores práticas adotadas internacionalmente, levando à adoção gradativa da Supervisão Baseada em Risco - SBR.

Vale registrar, nesse sentido, a expedição da Recomendação CGPC nº 2, de 2009, que recomendou que o órgão fiscalizador passasse a adotar "a metodologia de supervisão baseada em risco na atividade de supervisionar as entidades fechadas de previdência complementar" (art. 1º).

Conforme esclarece a Recomendação, a SBR compreende a identificação, a avaliação, o controle e o monitoramento da exposição a riscos que possa comprometer a realização dos objetivos da EFPC. Essa é uma diretriz que passa a ser utilizada inclusive na elaboração do programa anual de fiscalização.

Outros princípios da SBR, como o foco na responsabilidade dos diretores e membros de conselhos estatutários, bem como a preocupação crescente com a orientação desses agentes, passam a estar também cada vez mais presentes na agenda do órgão supervisor.

Nesse contexto é que devem ser compreendidas a edição dos guias de melhores práticas, pelo órgão supervisor, e a utilização de novos mecanismos de supervisão e de fiscalização. Merece destaque, aqui, a criação do Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, previsto no artigo 24, inciso VI, do Decreto nº 7.075/2010 e regulamentado pela Instrução PREVIC nº 03, de 2009.

A instituição de um instrumento mais flexível e consensual, capaz de resolver mais rapidamente e com mais eficácia determinadas situações, amolda-se perfeitamente aos princípios da SBR. Com esse mecanismo torna-se possível a aplicação do auto de infração apenas em situações mais graves, ou naquelas em que não seja possível a construção do consenso e a pronta solução do problema verificado.

Não devemos deixar de mencionar ainda a criação da Superintendência Nacional

de Previdência Complementar - PREVIC e da Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC, pela Lei nº 12.154, de 2009. Passa-se, com a nova Lei, a contar com um órgão colegiado com competência para julgar os autos de infração, submetendo-se o recurso a órgão dedicado exclusivamente ao julgamento em segunda instância administrativa, o que não havia até então.

Assim, o poder sancionatório do Estado passou a ser exercido em instância recursal pela CRPC, cujo pronunciamento encerra a instância administrativa. A CRPC tem como membros: representantes do poder público, das entidades fechadas de previdência complementar, dos patrocinadores e instituidores, dos participantes e assistidos.

Essa composição bastante eclética é salutar para o segmento, pois permite que vários ângulos possíveis sobre os temas sejam observados, produzindo resultados mais justos.

Enfim, nesses quase dez anos de vigência do Decreto nº 4.942/2003 houve mudanças na legislação, na jurisprudência e na doutrina. Muitas discussões ocorreram sobre a aplicação de princípios constitucionais, limites e definição de responsabilidades no âmbito do processo administrativo sancionador. Novos mecanismos de supervisão e de fiscalização passaram a ser utilizados com sucesso por outros órgãos fiscalizadores.

Foi a partir do reconhecimento dessa nova realidade, jurídica e econômica inclusive, que a PREVIC e o Ministério da Previdência Social deram início ao trabalho de revisão do Decreto nº 4.942/2003.

Desde a primeira minuta desenvolvida pela PREVIC, levada posteriormente para debate com outros atores no âmbito da CRPC, foram mais de dois anos de discussão até se chegar a uma proposta consensual entre os representantes dos órgãos envolvidos. Todas as sugestões apresentadas na época do debate travado na CRPC foram consideradas, embora a posição final tenha que refletir uma posição de Estado, principalmente por se tratar de exercício de poder de polícia, ao qual o Estado não pode renunciar tendo em vista tratar-se de mandamento legal.

E não são poucos, a nosso ver, os avanços verificados na proposta atual.

A proposta de Decreto desenvolvida em conjunto pela PREVIC e pela Secretaria de Políticas de Previdência Complementar - SPPC incorpora ao processo sancionador do regime de previdência complementar fechada, definitivamente, os princípios da SBR. Ou seja, ao lado dos princípios da Lei nº 9.784/99, devem ser observados também os princípios da SBR nas atividades de fiscalização e supervisão das EFPCs.

O TAC é inserido no processo sancionador, ao lado de outros mecanismos modernos de supervisão e de fiscalização, dentre os quais a multa cominatória e a delação premiada, já utilizados há muito e com sucesso por outras entidades supervisoras do Sistema Financeiro Nacional.

Regras mínimas sobre o procedimento de fiscalização, prévio à lavratura do auto de infração, são inseridas no regulamento, com a finalidade de proporcionar maior segurança para os entes fiscalizados. O papel do inquérito administrativo também fica mais claro, voltado principalmente para a apuração da responsabilidade pela causa de prejuízos à EFPC em situações de intervenção ou liquidação extrajudicial.

Propõe-se também, com o novo Decreto, que seja extinto o recurso de ofício, mantendo-se apenas o recurso voluntário, com a proibição de agravamento da situação do acusado em segunda instância, como forma de se prestigiar a ampla defesa.

A proposta define normas gerais para aplicação das penalidades, inexistentes no Decreto em vigor, com definição mais clara sobre sujeitos ativos, critérios para aplicação das penalidades, responsabilidade subjetiva, reabilitação e aplicação das normas no tempo. São questões que geram muitas dúvidas na prática e que têm sido resolvidas geralmente por manifestações da PREVIC e da CRPC, nem sempre de modo uniforme, como seria desejável.

Foram incorporadas pela proposta de Decreto, ainda, tipos infracionais específicos para diversos deveres instituídos pela regulação, em especial situações envolvendo conflito de interesses, criação de mecanismos de controle interno, segregação de funções, reafirmando o dever de fidúcia dos dirigentes e membros de conselhos de EFPCs.

As penalidades foram igualmente ajustadas, permitindo que as multas mais brandas sejam utilizadas em situações menos gravosas, mas que haja punição rigorosa em casos mais graves.

Pela proposta desenvolvida, as infrações leves são punidas com pena máxima de até R$ 35.000,00, as infrações médias com pena máxima de até R$ 50.000,00, e as infrações graves com pena máxima de até R$ 200.000,00. A exceção é a pena aplicável para infração relativa ao exercício de atividade de EFPC sem a autorização da PREVIC (mais conhecida como "mercado marginal"), situação em que é possível a aplicação de pena de até um milhão e novecentos mil reais.

Apenas a título de comparação, as entidades abertas de previdência complementar estão sujeitas a mais de vinte tipos infracionais com penas máximas iguais ou superiores a R$ 500.000,00 (vide Resolução CNSP nº 243, de 2011).

Vale observar que as penalidades mínimas previstas na proposta, em geral, são equivalentes àquelas já aplicáveis pelo Decreto atualmente em vigor.

Com a aprovação do novo Decreto deixaremos, portanto, o "sistema binário" do regulamento atual, em que o Estado apenas decide se aplica ou não a penalidade, em valor fixo, para um modelo mais complexo, em que várias opções estão disponíveis para o órgão supervisor, permitindo que a ação do Estado seja proporcional à gravidade da conduta verificada.

Sem dúvida o novo modelo exigirá dos órgãos de Estado ainda mais preparo e um esforço argumentativo muito maior. Mas a estruturação e consolidação da PREVIC e da CRPC, bem como a evolução e aprimoramento constantes no processo e na qualidade das decisões dos órgãos, nos permitem caminhar seguramente nessa direção.

Não se trata, em suma, de punir mais ou punir menos, mas de se buscar a necessária adequação e proporcionalidade nas ações do Estado. Afinal, a busca de soluções cada vez mais equilibradas e justas é um anseio de todos nós, cidadãos.

■

* Alano Roberto Santiago Guedes – Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, Coordenador-Geral de Análise Técnica e Regulatória da SPPC, membro suplente da Câmara de Recursos da Previdência Complementar e representante da SPPC na Comissão Nacional de Atuária da Previdência Complementar.

** Danilo Ribeiro Miranda Martins - procurador federal, Coordenador-Geral de Consultoria e Assessoramento Jurídico junto à PREVIC, com especialização em Direito Previdenciário, Gestão Previdenciária e Previdência Complementar pelo CEUB (2006) e MBA em Finanças pelo IBMEC (2013).