

JUSTIÇA
CIDADANIA &

CPis :
INTERPRETAÇÃO E SÍNTESE

MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE

O COMANDANTE DAS ELEIÇÕES DE 2004

Editorial: Reforma Tributária



PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA E FECHADA

Desembargador João Carlos Pestana de Aguiar

Suas origens

Historicamente, desde o período colonial, mais acentuadamente a partir do Séc. XIX, tomou relevo no país a aparição de instituições particulares de proteção social como as Santas Casas de Misericórdia, Confrarias, Sociedades de Auxílios Mútuos, Ordens Terceiras, Montepios, etc.

Por isso mesmo, afirmam alguns especialistas em previdência social que, a musa inspiradora da previdência social pública foi, indubitavelmente, a hoje previdência complementar privada, por esta anteceder àquela.

Foi a Lei 4.682 de 24 de fevereiro de 1923, que autorizou a criação, junto a cada empresa ferroviária, de

uma Caixa de Aposentadoria e Pensão destinada a amparar os respectivos empregados.

Novas leis a seguir surgiram, sendo que em 1930 já existiam 47 Caixas em todo o país protegendo cerca de 140 mil segurados ativos.

Criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio em 1931, passaram a surgir os Institutos de Aposentadoria e Pensões de âmbito nacional para várias classes.

Foram as Caixas transformadas em IAPs nos anos 30 e seguintes, tal ocorrendo ao início com o IAPFESP (IAP dos Ferroviários e Empregados no Serviço Público), e a seguir o IAPM, IAPC, IAPB, IAPTC e IAPI.

Com a unificação de todos os Institutos através da Lei 3.807/60, deu-se origem ao INPS, com abrangência a todos os trabalhadores e contribuição obrigatória, recebendo após, o nome de Instituto Nacional de Seguro Social – INSS.

Tratando-se de fato notório, segundo análise oportuna do advogado e doutrinador Adacir Reis, é extremamente crítico o atual quadro do INSS, em face da extensão da expectativa de vida e queda da natalidade, pelo que de um lado menos trabalhadores ingressam no sistema obrigatório, ao passo que na outra ponta um maior contingente de aposentados depende de seus benefícios por mais tempo

(Fundos de Pensão em Debate, 2002, p. 39). Isso além de outros fatores de alta gravidade.

De toda sorte, é valioso o relevo alternativo da previdência complementar privada em relação à previdência social pública.

A Previdência Privada da Lei 6.435/77

Passou a previdência privada a prosseguir em sua existência paralelamente à previdência social geral e obrigatória, pois através de entidades fechadas ou abertas, complementares ao sistema oficial de previdência e assistência social, ficando as fechadas mais conhecidas como fundos de pensão.

Foi a Lei 6.435 de 17/7/1977 que regulamentou a previdência privada, tendo sido revogada pela Lei Complementar 109/2001 (art. 79).

Em seu art. 34 determinava a Lei 6.435/77:

“As entidades fechadas consideram-se complementares do sistema oficial de previdência e assistência social, enquadrando-se suas atividades na área de competência do M.P.A.S.”

Os arts. 1º a 6º da Lei 6.435/77 cuidavam das entidades fechadas e abertas de previdência privada.

A partir dos arts. 7º e 8º até o 33º, aquela lei regulamentava as entidades abertas, tendo como órgão normativo o Sistema Nacional de Seguros Privados, competindo ao Órgão Executivo do S.N.S.P. as atribuições previstas em seu art. 9º (autorização para se constituir, funcionar, baixar instruções, fiscalizar, liquidar, etc.), sendo a legislação aplicável a da própria Lei 6.435, do Dec. 81.240 de 20/1/1978 e Dec. 3.721 de 8/1/2001, podendo, as entidades de previdência privada aberta, ter ou não fins lucrativos.

As entidades fechadas não podiam e não podem ter fins lucrativos (art. 4º § 1º da Lei 6.435/77 e art. 31 § 1º da Lei Complementar 109/2001).

São fechadas por serem exclusivamente acessíveis a empregados ou associados de uma só empresa ou de um grupo de empresas, sociedades civis, entidades de classes, fundações ou

associações, as quais são denominadas de patrocinadoras ou instituidoras, eis que são por estas criadas.

Se as entidades fechadas integram o direito privado, nem por isso deixam de guardar seu intenso fim social.

As Leis Complementares nºs. 108 e 109/2001

O art. 202 da C.F./88, com a nova redação da Emenda Constitucional nº 20/98, previu a regulamentação do regime da previdência privada por Lei Complementar.

Por isso mesmo foram editadas e estão em vigor as Leis Complementares nºs. 108 e 109, ambas de 29/5/2001.

A Lei Complementar nº 108 regula a relação entre a União, os Estados, o D.F. e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, estas obviamente sem fins lucrativos.

A Lei Complementar de nº 109 revogou a Lei 6.435/77 (art. 79), dispondo sobre o regime de previdência complementar das entidades fechadas e abertas, inclusive prevendo a intervenção e a liquidação extrajudicial como as fórmulas adequadas ao resguardo dos direitos dos participantes e assistidos, sendo que as entidades fechadas não podem solicitar concordata, nem estando sujeitas a falência, mas somente a intervenção prévia e liquidação extrajudicial pelo modo lá estabelecido (arts. 44/46 e 47/53 da Lei Complementar nº 109).

Em dedução lógica, as entidades abertas podem impetrar concordata e estão sujeitas a falência, mas a decretação de sua liquidação extrajudicial suspende as ações e execuções contra si iniciadas (art. 49, I da Lei Complementar nº 109). Logo, a decretação da liquidação suspende a concordata ou falência, sendo que seu levantamento conduz à perda de objeto e conseqüente extinção do processo.

Esse regime de intervenção e liquidação extrajudicial já veio regulamen-

tado para as entidades de previdência privada pela Lei 6.435/77 (arts. 55/62 e 63/74).

Curiosamente, nele a via judicial se submete à via administrativa, a não merecer censura na hipótese.

A despeito de guardarem alguma semelhança, seria melhor a separação regulamentar, como regra, das entidades abertas e fechadas. Se as primeiras são constituídas unicamente sob a feição das sociedades anônimas e assim, a par com seus fins sociais e quase sempre lucrativos em confronto com as entidades fechadas, estas geradas sob a forma de fundação ou sociedade civil e sempre sem fins lucrativos, só haverá possível identidade de textos em limitados pontos comuns.

Parece-nos, pois, de certo modo inadequado conferir-se hoje, à entidade aberta, a possibilidade de não ter fins lucrativos e muito menos de se identificar, perante as entidades fechadas seu regime legal e as isenções tributárias.

As entidades de previdência complementar privada fechada e seus integrantes

Se as entidades que operam na Previdência Complementar privada e fechada não podem ter fins lucrativos, sendo consideradas complementares do sistema oficial de previdência e assistência social, situando-se na área de competência e fiscalização do M.P.A.S., são submissas à legislação constitucional da previdência e assistência social.

Como entidades de previdência fechada, são acessíveis exclusivamente aos empregados de uma só empresa ou de um grupo de empresas, de sociedades civis, entidades de classe e associações, que são denominadas de patrocinadoras ou instituidoras. Através de contrato de adesão são beneficiários contratantes seus empregados, associados ou assistidos, também denominados de participantes, sendo as pessoas jurídicas de caráter empresarial, profissional, classista ou setorial, que as criam. Dependiam essas entidades de autorização para funcionar, através de portaria do Ministro da Previdência e

Assistência Social (art. 37), assim também para qualquer alteração de seus estatutos (art. 38 da Lei 6.435/77).

Hoje, o art. 74 da Lei Complementar nº 109/2001 dispõe quais são os órgãos do M.P.A.S. que regulam e fiscalizam as entidades fechadas, respectivamente o Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC) e a Secretaria de Previdência Complementar (SPC). É este último, pois, o órgão fiscalizador, malgrado tenha a própria lei complementar, em vários de seus textos, colocado no singular o órgão regulador e fiscalizador, a conduzir à pressuposição de ser o mesmo um só, ao contrário do disposto em seu art. 74.

Por seu lado, são fiscalizadas as entidades abertas pelo Ministério da Fazenda, através do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da SUSEP – Superintendência de Seguros Privados.

Já o art. 33 da Lei Complementar nº 109 dispõe que as entidades fechadas dependem, para funcionar, de prévia autorização dos órgãos regulador e fiscalizador competentes. O art. 64 prevê que o órgão fiscalizador competente, mais o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários ou a Secretaria da Receita Federal, constatando irregularidades ou indícios de crimes, noticiará ao Ministério Público, enviando-lhe os documentos comprobatórios.

A constituição de reservas técnicas, provisões e fundos será feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (art. 9º § 1º da Lei Complementar nº 109/2001).

Acentue-se, outrossim, que as entidades de previdência complementar patrocinadas pelo poder público e suas empresas devem ser fechadas e, obviamente, sem fins lucrativos (arts. 1º e 8º da Lei Complementar nº 108/2001), mas com segura aplicação de suas reservas no mercado de capitais.

Sua estrutura organizacional é composta de conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria executiva (art. 9º da L.C. 108 e 35 da L.C. 109).

Os benefícios devem corresponder

àqueles da legislação geral da previdência e assistência social, no que lhes for aplicável, segundo normas aprovadas pelo órgão normativo do M.P.A.S. e os planos com benefício definido.

Em suma, os serviços assistenciais previstos e para os quais tenham autorização, serão custeados pelas respectivas patrocinadoras e participantes assistidos, atendendo a limites e critérios estabelecidos pelo órgão regulador e fiscalizador (art. 7º da Lei Complementar nº 108/2001).

A facultatividade

A previdência complementar aberta ou fechada é facultativa na criação das entidades e na adesão, por contrato, a seus planos de benefícios, revelando-se seu instrumento como um contrato associativo, plurilateral, facultativo e evolutivo de cooperação, baseado em cálculos atuariais precisos e variáveis no tempo, para o bom equilíbrio econômico-financeiro da entidade e garantia de seus participantes.

Há a liberdade de contratar, ao contrário da previdência social oficial, que é obrigatória não só ao funcionário público federal, estadual e municipal, como ao obreiro de todas as classes trabalhadoras. Mas não há liberdade na alteração dos planos de benefícios, que respeitarão as normas aprovadas pelo órgão regulador e fiscalizador, segundo o disposto nos arts. 6º e 7º da Lei Complementar nº 109/2001.

Riscos dos participantes. A intervenção e a liquidação extrajudicial

É óbvio ser hoje, a segurança da previdência social oficial, ainda naturalmente maior que a da previdência complementar privada.

Mas na medida em que haja legislação com bom sistema regulamentar de pesos e contrapesos (checks and balances), através de rigorosa determinação de revisão dos cálculos atuariais e fiscalização constante dos atos da entidade fechada, se necessário, com intervenção e até liquidação extrajudicial, segundo o regime repressivo previsto (arts. 51 e seguintes da Lei 6.435/77, substituídos pelos arts. 63

a 67 da Lei Complementar 109/2001), torna-se improvável um efeito dominó de insolvência no mercado que, em períodos de economia instável (como atualmente ocorre), poderia se multiplicar, em irremediável prejuízo dos participantes e associados, a ocasionar a instabilidade social.

O art. 62 da Lei Complementar 109/2001 prevê a incidência, quando da intervenção e liquidação dessas entidades, dos dispositivos similares das instituições financeiras, cabendo ao órgão regulador e fiscalizador as funções atribuídas ao Banco Central do Brasil.

A despeito do sistema legal da previdência complementar estar razoavelmente lançado, ainda remanesce o perigo da má fiscalização, malgrado a lei disponha a respeito da responsabilidade dos membros dos órgãos fiscalizadores, quando faltosos (arts. 63 a 67 da Lei Complementar nº 109/2001).

Quanto à indisponibilidade dos bens pertencentes aos administradores e membros dos conselhos deliberativos, consultivos, fiscais ou semelhantes das entidades de previdência privada (art. 59 da Lei Complementar 109/2001), não deveria ter subsistido o § 4º deste artigo, tal como está redigido. O estreito prazo lá previsto de 12 meses, antes da data da decretação da intervenção ou liquidação extrajudicial, não permitirá que permaneçam indisponíveis bens imóveis objeto de contrato de alienação, de promessa de compra e venda, cessão ou promessa de cessão de direitos adquiridos por diretores ou gerentes, se os respectivos instrumentos de pré-contrato foram desde logo levados ao registro público. Sendo aquisição possivelmente originária de desfalques encobertos em escrituração contábil bem maquiada, a valorização do instrumento particular pelo novo Código Civil (Lei 10.406 de 10/1/2002 (em vigor desde janeiro de 2003), diante do disposto em seu art. 221 c/c 1.246, ao admitir a prenotação de todo o instrumento particular relativo a direitos imobiliários, com plena eficácia probatória do registro a partir daí, em curto prazo afastará esses bens

da indisponibilidade.

Esse perigo de fraude com certa perda patrimonial para as entidades de previdência complementar não veio reprimido idealmente nos §§ 1º e 2º do art. 59 da Lei Complementar nº 109/2001, diante da imprevidente reprodução, pelo § 4º de seu art. 59, da idêntica redação do § 4º do art. 71 da Lei 6.435/77.

Os objetivos das sociedades civis e fundações sem fins lucrativos da previdência complementar fechada, perante as Leis Complementares nºs. 108 e 109/2001 e o novo Código Civil

As entidades da previdência complementar fechada previstas no art. 1º da Lei Complementar nº 108/2001 são aquelas patrocinadas e assim, criadas por qualquer entidade ou empresa pública (União, Estados, D.F., Municípios, suas autarquias, Fundações, Sociedades de economia mista e demais Entidades ou Empresas Públicas), destinadas a conferir planos de benefícios aos seus empregados participantes, planos esses subordinados às determinações legais preestabelecidas.

Apesar de ter, algumas das entidades públicas patrocinadoras acima relacionadas, finalidade empresarial, as entidades de previdência complementar fechada pelas mesmas patrocinadas se organizarão sempre sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.

Há, outrossim, entidades particulares sob a forma de associações, sociedades de classes e sociedades civis que poderão instituir sociedades ou fundações de previdência complementar privada e fechada para seus associados.

Estas últimas, criadas para os associados, empregados ou membros dos instituidores, assim também aquelas patrocinadas por entidades públicas, tanto se regulam pelas mesmas normas das Leis Complementares 108 e 109/2001, quanto se diferem em alguns aspectos normativos.

Como exemplo, aquelas entidades públicas na qualidade de patrocinadoras, farão contribuições para o plano de benefícios, mas de modo algum excedente à contribuição dos participantes (art. 6º, §

1º da Lei Complementar nº 108/2001).

Os benefícios conferidos aos participantes são complementares à previdência social geral, pública e obrigatória, sendo facultativo o ingresso e de acordo com os critérios previstos nos regulamentos dos planos de benefícios, complementando a assistência à saúde, invalidez, morte, maternidade, desemprego involuntário, idade avançada pelo tempo de serviço, além de outros benefícios que atendam os dependentes dos beneficiados.

Perante as sociedades previstas no Título II – Das Pessoas Jurídicas, do Livro I do Código Civil editado pela Lei 10.406 de 11/1/2001, temos as associações e fundações lá reguladas, sendo as associações pelos arts. 53 a 61 e as fundações pelos arts. 62 a 69.

Quanto às associações previstas no novo Código Civil, são aquelas constituídas para fins não econômicos sob a forma lá determinada, a corresponder às entidades particulares que poderão ser instituidoras de sociedade civil ou fundação destinada a prestar benefícios, a seus associados, de previdência complementar privada e fechada.

Obviamente, não se submetem as últimas ao regime legal das instituidoras.

Já no que concerne às fundações, dispõe o art. 62 do atual Código Civil que deverão ser instituídas por escritura pública para fins de assistência (art. 62 § único do Código Civil).

As novas normas codificadas a respeito assim se conciliam com as leis previdenciárias pelo que, além da submissão aos órgãos regulador e fiscalizador da previdência complementar será, tal entidade instituída, velada pelo Ministério Público do local de sua sede (art. 66 do Código).

Advirta-se ter, a entidade de previdência complementar, personalidade jurídica própria e assim, distinta de sua instituidora e patrocinadora para efeito de eventuais litígios.

O contrato de adesão da entidade fechada com o beneficiário empregado da entidade patrocinadora

Nos moldes da classificação de Francesco Messineo (Dottrina Generale del Contrato), cuida-se de um con-

trato de adesão facultativa derivado, na origem, do contrato de trabalho com a entidade patrocinadora, oferecido a todos os participantes associados ou assistidos.

Nem por isso perdurará qualquer relação de interdependência, eis que são contratos absolutamente distintos em seus fins, nada impedindo que os contratantes mantenham a relação contratual previdenciária, mesmo havendo a demissão do empregado na empresa patrocinadora.

É o que hoje se deduz do disposto no art. 68 da Lei Complementar nº 109/2001.

Logo, salvo o vínculo de origem permissivo da contratação, somente um outro permanece entre a relação laboral e a previdenciária complementar, pelo que a competência *ratione materiae*, para qualquer litígio decorrente desta última relação, é da jurisdição estadual, como já está jurisprudencialmente definido.

Estoutro vínculo supracitado é o do benefício proporcional diferido, em razão da cessação do liame empregatício (art. 14, I, da LC 109), medida com previsão legal, obrigatória e radical contra o empregado despedido, a merecer melhor análise, mormente se for tolerado o afastamento do resgate do art. 14, III, o que é desarrazoado.

Quadro atual da previdência complementar privada, a compreender os fundos de pensão com seu potencial sócio-econômico

Sua regulamentação mais completa ocorreu inicialmente, como vimos, em 1977, através da Lei 6.435/1977, já revogada.

Em setembro de 1996 o número de fundos de pensão em atividade já era de 350 com cerca de três milhões de participantes, chegando a dez milhões o número de nacionais beneficiados, com volume de recursos na ordem de 80 bilhões de dólares.

Hoje esses números e valores se encontram em patamares bem superiores, a revelar um giro colossal de moeda corrente e de

trabalhadores nacionais beneficiados. E ainda é imensa a área inexplorada.

Todavia, como bem o informam os poucos especialistas no tema, falta a ideal qualificação de técnicos preparados para a elaboração de normas relativas à previdência complementar privada, tal o relevo e complexidade da regulamentação otimizada.

Dizem, igualmente com razão, que a norma jurídica em tese é uma coisa, sendo outra o caso concreto e complexo passível de ocorrer, tanto que a norma se realiza e se completa quando aplicada à hipótese individual. Sustentam, a mais, que os direitos dos segurados da previdência não podem ser atingidos por mudanças de emendas constitucionais. Consideramos, pois, no âmbito das normas fundamentais da Constituição Federal (art. 60 § 4º, IV da C.F.).

A relevância econômico-social dos fundos de pensão

Há que se atentar para o relevante papel que as entidades de previdência privada e fechada já assumiram. É muito mais avançarão nos planos econômico e social, alavancando as riquezas de nosso país, a par com a proteção complementar à paz social, numa adequada simbiose com a previdência oficial obrigatória. Nem será improvável que, *ad futurum*, venha assumir novéis deveres de assistência social que vindouras normas de Lei Federal a possam transferir com os respectivos meios de implementação.

Observe-se, nesse intento, serem hoje de escasso número as imensas fortunas particulares no país. E as grandes entidades nacionais, na atualidade, patrocinadoras de subsidiárias de previdência privada e fechada, são poucas, havendo numerosas empresas que não as implementaram.

Por isso mesmo, o capital estrangeiro disponível, provavel-

mente sob os auspícios de seus fundos de pensão dos países de origem, está se introduzindo em nosso país e se apropriando de notáveis empreendimentos e empresas nacionais, assim também ocupando a maior parte do mercado em seus múltiplos e crescentes setores, sem que se possa coibi-lo, sob risco de se conter o progresso do país. Seu perigo é, a qualquer momento, seu retorno estratégico a suas origens alienígenas.

Através da previdência privada complementar nacional concretizada nos fundos de pensão, teremos um mecanismo cada vez mais produtivo de imensos aportes de capital estável para notáveis fins sociais, também passível de ser necessariamente aplicado no mercado financeiro nacional, sem risco de repentina retirada em massa para suas origens ou até mesmo o mercado de outros países momentaneamente mais rentáveis.

Incentivando os fundos de pensão, teremos formidáveis vértices sociais e de reservas de contingência (art. 20 da L.C. 109), estas últimas fontes de provável enriquecimento dos mercados nacionais de capital, segundo as diretrizes do Conselho Monetário Nacional, com o conseqüente estímulo a investimentos nos mais variados setores de produção da economia nacional e geração de novos empregos.

A par com essa ampliada e rendosa ciranda financeira dentro do mercado nacional, em sentido lato, terá o obreiro beneficiado a previsão de garantias complementares de assistência social, saúde e aposentadoria confortáveis a si e seus familiares mais próximos, conferidas pelo fundo de pensão ao qual aderiu.

Conclusão

Volta e meia o noticiário jornalístico equivocadamente envolve num mesmo contexto econômico-financeiro os fundos de pensão da

previdência privada e o déficit da previdência social no pagamento das aposentadorias pelo INSS, prevendo que este crescerá em dez bilhões de reais no ano de 2003, afetando aquele. É o que se vê na notícia mais desenvolvida da página 30 do 1º caderno do jornal O Globo de 8/9/2002, enquanto que na 2ª página do mesmo caderno, a chamada para esse noticiário limitado a Previdência Social informou que os fundos de aposentadoria da Previdência Privada resistem à crise nos mercados decorrente da Previdência Social pública.

Reiteremos neste final que, embora de origem histórica comum, Previdência Social oficial e Previdência Complementar privada fechada gravitam hoje em órbitas legais e financeiras absolutamente distintas, uma não podendo ocasionar qualquer impacto mais grave na outra.

Encerrando, não sendo oportuno se adentrar em críticas ao projeto de Reforma da Previdência, atualmente em avançada tramitação no Congresso Nacional, torna-se imperioso ser promovida, a par e passo, a revisão ampla e segura da legislação previdenciária privada, perante nova ordem previdenciária pública, que já se delinea como severamente desfavorável aos inativos em geral.

Não obstante, vaticine-se acerca do contundente fracasso que ocorrerá, caso a previdência privada, precipitadamente convocada e tal como hoje se encontra, não atender aos atávicos anseios de todos nós. Assim também se a ordem constituída de nossa festejada Constituição Federal cidadã vier a sofrer qualquer desrespeito em suas normas fundamentais do cidadão, intangíveis até por emenda (art. 60, § 4º, inc. IV da Constituição Federal).

1º Vice-Presidente do TJ/RJ