

NOTAS SOBRE A SEGURIDADE SOCIAL E A PREVIDÊNCIA PRIVADA

CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO*

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Professor Titular da Faculdade de Direito da PUC-RJ

1. É sempre um privilégio participar das atividades acadêmicas organizadas pelo CEDES. Neste período de trabalho tenho a honra de integrar mesa com a participação de dois cultos conferencistas. O Professor e Deputado Nelson Jobim é um estudioso do direito público brasileiro e estrangeiro. O Professor Sacha Calmon Navarro Coelho é um pioneiro nos comentários à Constituição de 1988, produzindo erudito trabalho sobre o sistema tributário. O que já se ouviu e debateu durante todos esses dias é mais do que suficiente para enriquecer o patrimônio de todos nós. Cumpro, agora, a minha tarefa, limitada, de trazer apenas algumas anotações sobre a seguridade social e a previdência privada na Constituição de 1988.

É sabido que o sistema de previdência social no Brasil passa por momento crítico diante do universo de benefícios e da incapacidade de recursos disponíveis para pagá-los.

Há, a meu juízo, um equívoco grave na estrutura do sistema previdenciário brasileiro, que o torna perverso para os menos dotados de recursos. Não se trata aqui, apenas, do colapso do sistema de saúde pública, que inviabiliza o acesso das camadas populares ao melhor padrão das terapias postas ao dispor dos médicos. Os hospitais públicos, de fato, estão falidos e para todos parece impossível encontrar a solução. O que preocupa, também, é a situação dos que tem saúde mas não conseguem sobreviver com a aposentadoria recebida da previdência social, mesmo após muitos anos de contribuição. Existe, na verdade, uma grave distorção, caracterizada pela possibilidade de aposentadoria em cascata,

cumulada, ademais, coro a permissão de ingresso cumulativo de rendimentos da inatividade e da atividade, sem falar na ausência de idade limite mínima, o que, seguramente, reduz o orçamento público para o setor, culminando, necessariamente, com o sacrifício dos aposentados de menor poder aquisitivo. É matéria que, sem a menor sombra de dúvida, uma próxima alteração constitucional deverá enfrentar, havendo, mesmo, propostas apresentadas quando da revisão compulsória já esgotada. Na nova tentativa, que já se anuncia, o caminho é aproveitar a própria abertura constitucional para a seguridade social alcançando o Poder Público e a sociedade.

O Artigo 194 da Constituição de 1988 já se refere a um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, sendo da competência privativa da União legislar sobre a matéria, a teor do artigo 22, XXIII.

É a partir desse regramento constitucional que se deve analisar o papel da previdência privada no sistema de seguridade social. Na realidade, a seguridade privada nasce para complementar o seguro social prestado pelo Estado, considerando mais especificamente aqueles que se encontravam com melhor acesso ao mercado de trabalho, sendo certo que as entidades que estão vinculadas a uma determinada empresa, as chamadas entidades fechadas de previdência privada, configuram garantia, ou, melhor dizendo, um benefício adicional para os empregados, quase sempre, no estrato superior da grade empresarial brasileira. As pequenas empresas, as micro empresas não dispõem de tal benefício complementar para oferecer aos seus empregados. O que está oferecido para a sociedade de um modo geral está localizado nas entidades abertas de previdência. E todo o sistema legal foi organizado para diferenciar as duas entidades complementares de previdência, até mesmo para efeito de ensejar opinamento variado sobre a própria disciplina do artigo 192, II, da Constituição Federal, no que respeita ao alcance da lei complementar

exigida e a respectiva inserção dessas entidades de previdência privada no sistema financeiro nacional.

É claro que esse aspecto particular do enquadramento das entidades de previdência privada - tanto as abertas como as fechadas - também deve ser objeto de atenção quando da modificação constitucional que se avizinha. E deve porque o comando constitucional que impõe lei complementar para dispor sobre *autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização* está fora de foco, dando ensanchar à busca de interpretação que procura afastar, e com toda substância, essas entidades do eixo das instituições financeiras. E nesse passo, merece lembrada a lição de mestre **Caio Tácito** sobre o desvio de poder de certos atos legislativos, ao estudar o artigo 29 e seu parágrafo único da Lei nº 8.177/91. Em um dos pareceres que ofereceu sobre o assunto, **Caio Tácito**, observou que as "instituições de previdência privada ingressam no inundo financeiro como aplicadores de recursos próprios, visando à produção de renda indispensável à estabilidade econômico-financeira, a que estão obrigadas".

A exata conceituação do sistema privado de previdência não pode fugir do sistema constitucional de seguridade social, no segmento previdenciário discriminado pelo artigo 201 da Constituição de 1988. E nesse passo, com todo o respeito aos entendimentos em contrário, não é possível fichar o sistema privado de previdência no segmento assistência social, que tem objetivos próprios, ao abrigo do artigo 203.

A que se destina a previdência privada ? A complementar, ou a substituir, mediante manifestação de vontade das partes, a previdência pública. Impõe-se, portanto, configurá-la constitucionalmente neste cenário.

O sistema vigente, com a disciplina da Constituição de 1998 e com a recepcionada Lei nº 6.435/77 e suas alterações, já submete as entidades de previdência privada ao regime das autorizações,

consagrando a diferenciação entre entidades fechadas e entidades abertas, revestindo estas últimas da categoria de entidades de seguro privado, sob a égide do sistema nacional de seguros privados e as primeiras, apenas estas, considerando-as como complementares ao sistema de previdência oficial. Mas, mantém ambas, como é curial, no âmbito privado, mesmo porque, como é lição dos administrativistas, a autorização simplesmente liberta o direito de que a pessoa de direito privado é titular. O que, todavia, merece, a meu juízo, alterado é a distinção legal existente.

O que ocorre, concretamente, é que o sistema privado de previdência é um todo complementar ao sistema previdenciário público, pouco importando se organizado tão somente para os empregados de uma determinada empresa ou para o público em geral. A natureza dos benefícios oferecidos não é diversa em um ou outro caso. Não se trata de adotar um modelo privatista de previdência, excluído o sistema oficial. O que vale é impor um critério de valoração espontânea, por meio do qual o cidadão possa optar entre o sistema público e o sistema privado, com a vantagem de desafogar, em favor dos mais necessitados, os benefícios oferecidos por este, uma vez que o optante pela previdência privada estaria excluído do sistema público, o que, em alguns casos restritos já ocorre, a exemplo, da mútua dos magistrados. A generalização do sistema de opção permitirá uma considerável melhoria na oferta dos serviços públicos do setor.

Tal organização obviará um equilíbrio entre a natureza mesma dessas entidades de previdência privada e a essência do efeito liberatório da autorização. Como advertem Caio Tácito e Sérgio de Andréa Ferreira, a

permissão do exercício da atividade privada, e, mais ainda, sua complementaridade em relação à atividade estatal, correspondem à figura de entes de colaboração que objetivamente aditam a ação da Administração Pública, sem que, no entanto, subjetivamente se convertam em pessoas paraestatais,

com o que

como entes de colaboração da administração pública, dentro do processo de descentralização administrativa, que os autores chamam, exatamente, de descentralização por colaboração pelo qual o poder público, delegando, autorizando ou chancelando, aproveita a atuação de terceiros para complementar ou suplementar a atividade da administração direta e indireta.

Essa natureza especial das entidades de previdência privada está a exigir uma radical modificação de todo o sistema, escoimando as dúvidas que o próprio texto da Constituição enseja, assim, por exemplo, o enquadramento no sistema financeiro nacional para fins de autorização e funcionamento, a sua configuração como entidades de assistência social para fins da imunidade tributária prevista na letra c), do inciso VI, do artigo 159.

Essas considerações, dentre outras, estiveram presentes em recente julgado da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sendo relator o desembargador Martinho Campos. A autora da ação ajuizou ordinária para que o reajuste do benefício contratado fosse feito com base no salário mínimo. Alegou que quando do contrato o benefício era o equivalente a três salários mínimos. A entidade de previdência privada, contudo, alegou que não mais era possível o reajuste pelo salário mínimo, com o que o reajuste deveria ser, como praticado, pelas ORTNs e índices substitutivos, tudo com base na Lei nova. Ocorre que o resultado da incidência de tais índices resultou em um benefício no valor atual de R\$7,00 (sete reais), ou seja, um décimo do salário mínimo vigente. A Corte considerou que, de fato, a jurisprudência estava firmada no sentido da vedação do salário mínimo como índice. O Supremo Tribunal Federal, relator o Senhor Ministro **Francisco Rezek**, no Recurso Extraordinário nº 105.322-4, decidiu na mesma linha, indicando a ementa que não "há direito adquirido a que os benefícios da previdência privada sejam fixados segundo o valor do salário mínimo, se a lei posterior fixa nova escala móvel, alcançando obrigações de origem contratual ou não".

O Acórdão da 1ª Câmara Cível, porém, considerou que não seria possível frustrar de todo o contrato com severo prejuízo ao beneficiário. O que foi contratado não poderia levar ao absurdo de autorizar um trânsito do momento da contratação para o momento da execução brutalmente desfavorável ao beneficiário, assim o recebimento de uma pensão de um décimo do salário mínimo. Perguntou e respondeu o voto condutor: "Qual era o objetivo do contrato? O de satisfazer a instituição de previdência privada, a estipulante, aquilo que o segurado previa como necessário à sobrevivência da beneficiária". E mandou aplicar o § 5º do artigo 201 da Constituição Federal, que determina que "nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo". Para a Corte a "idéia que decorre do sistema jurídico é a de que o trabalhador e o beneficiário de previdência não podem perceber menos de um salário mínimo" (AC nº 1688/94).

É uma construção, a meu ver importante, para situar todo o sistema de previdência privada no cenário da previdência social. E é isso que se espera venha a ficar claramente disciplinado se vier, como se deseja, uma nova oportunidade de alteração da Constituição.